



Sentenza del 29 novembre 2017
Corte dei reclami penali

Composizione

Giudici penali federali Stephan Blättler, presidente,
Tito Ponti e Roy Garré,
Cancelliera Susy Pedrinis Quadri

Parti

1. A.,

2. B.,

entrambi rappresentati dall'avv. Elio Brunetti,

Ricorrenti

contro

MINISTERO PUBBLICO DEL CANTONE TICINO,

Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale
alla Germania

Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP)

Fatti:

- A.** Il 28 marzo 2014, il Procuratore capo di Berlino (Germania) ha presentato alla Svizzera una domanda di assistenza giudiziaria internazionale nell'ambito di un procedimento penale aperto nei confronti di C. e altri a titolo di accettazione di vantaggi (art. 331 CP/D). In sostanza C., nella sua veste di amministratore unico della D. GmbH società con compiti di pubblica amministrazione nel campo della sanità, avrebbe assegnato la ristrutturazione e i lavori dell'impianto telefonico della D. GmbH – del valore complessivo di EUR 4.3 milioni – alla E. GmbH, invece che alla F. AG. Per tale operazione, C. avrebbe accettato dal rappresentante della E. GmbH, G. la carta VISA n. 1, su cui avrebbe potuto addebitare fino ad EUR 230'000.--. La carta di credito in questione gli sarebbe stata messa a disposizione da un intermediario, ossia A. in qualità di rappresentante della H. GmbH.

Con la domanda rogatoria summenzionata, l'autorità estera ha chiesto di bloccare la somma di EUR 230'000.-- presso un conto bancario della banca I. su cui era appoggiata la menzionata carta di credito VISA; secondariamente, ha postulato informazioni in merito a tutte le operazioni effettuate con la detta carta, nonché tutti gli estratti conto e la documentazione di apertura e successiva in relazione al conto di appoggio (dossier Ministero pubblico del Cantone Ticino [di seguito: MP/TI], atto 11).

- B.** Il medesimo giorno, il MP/TI, autorità alla quale l'Ufficio federale di giustizia (di seguito: UFG) ha delegato l'esecuzione della rogatoria (dossier MP/TI, atto 1), ha emesso un ordine di perquisizione e di sequestro per il conto riconducibile alla predetta carta di credito VISA (dossier MP/TI, atto 2), sequestro che è stato ordinato nella decisione di entrata in materia del 4 aprile 2014 a concorrenza di EUR 230'000.-- (dossier MP/TI, atto 7).
- C.** Tramite scritto dell'8 aprile 2014, la banca I. ha comunicato al MP/TI che la carta di credito VISA n. 1 era correlata a un conto presso la banca J. (ora banca K. (dossier MP/TI, atto 9). Il giorno seguente il MP/TI ha quindi ordinato il sequestro alla banca K. della relazione bancaria riconducibile alla carta di credito in questione (dossier MP/TI, atto 10).

- D.** Il 14 aprile 2014, la banca I. ha comunicato al MP/TI che la carta VISA n. 1, sostituita il 31 marzo 2014 dalla carta VISA n. 2, era intestata A. e correlata al conto n. 3, aperto a nome dello stesso A. presso la banca K. (dossier MP/TI, atto 13).
- E.** Con scritto del 6 maggio 2014, il MP/TI ha indicato al Ministero pubblico di Berlino che la carta VISA era stata rilasciata a nome di A. e che nei mesi di marzo e aprile 2014 erano state effettuate transazioni per un totale di EUR 2'805.50, precisando inoltre di non aver trovato elementi di correlazione fra la somma di EUR 230'000.-- e la predetta carta VISA. Il MP/TI ha quindi assegnato all'autorità rogante un termine di 5 giorni per comunicare per iscritto se intendeva mantenere il sequestro del conto bancario intestato a A. (dossier MP/TI, atto 23).
- F.** Con complemento rogatorio dell'8 maggio 2014, l'autorità estera ha confermato che il procedimento penale concerneva anche A. e ha chiesto di ottenere, in primis, alcune informazioni in merito alla carta di credito VISA n.2, in particolare sul limite massimo e sul conto di appoggio, e, secondariamente, gli estratti del conto di appoggio della carta per il periodo dal 1° gennaio 2013 fino alla data del complemento (dossier MP/TI, atto 25).
- G.** Il MP/TI, nella decisione di entrata in materia complementare del 9 maggio 2014, ha ordinato il sequestro del conto n. 3 intestato a A. presso la banca K. (dossier MP/TI, atto 26), emanando lo stesso giorno un ordine di perquisizione e sequestro (dossier MP/TI, atto 27).
- H.** Il 26 maggio 2014, con il consenso di A., il MP/TI ha trasmesso al Procuratore capo di Berlino l'estratto per il periodo dal 1° gennaio 2014 al 15 aprile 2014 del conto n. 3, oscurandone le informazioni relative alla provenienza degli accreditati e ai destinatari degli addebiti. Nel contempo, il MP/TI ha pure informato l'autorità estera della revoca del sequestro del conto intestato a A., non essendo mai stati prelevati importi considerevoli e non essendo mai stato raggiunto il limite di credito della carta VISA (dossier MP/TI, atti 33, 36, 39).

- I.** Con complemento del 29 novembre 2016, l'autorità rogante ha chiesto di inviarle gli estratti già forniti in precedenza senza dati anneriti (dossier MP/TI, atto 43).
- J.** Il 20 gennaio 2017, l'avv. Brunetti ha comunicato che il suo mandante si opponeva alla trasmissione semplificata della documentazione richiesta dall'autorità rogante (dossier MP/TI, atti 46 e 50).
- K.** Con complemento del 24 maggio 2017, il Procuratore capo di Berlino ha indicato che, secondo le risultanze delle indagini, la relazione bancaria della H. GmbH avrebbe funto da conto di trasferimento per bustarelle versate dalla E. GmbH; dal conto della H. GmbH sarebbero stati in particolare trasferiti importi verso la relazione n. 4 intestata alla L. Ltd presso la banca K. Egli ha pertanto chiesto la trasmissione delle liste dei movimenti intervenuti su tale conto dal 1° marzo 2013 al 1° maggio 2014, con indicazione dei dettagli di provenienza e destinazione (dossier MP/TI, atto 51).
- L.** Con decisione di entrata in materia complementare del 19 luglio 2017 (dossier MP/TI, atto 54), il MP/TI ha segnatamente ordinato alla banca K. l'edizione dei documenti bancari relativi al conto della L. Ltd, documentazione che è stata trasmessa il 20 luglio 2017 (dossier MP/TI, atto 55).
- M.** Con decisione di chiusura del 25 luglio 2017 (act. 1.1), il MP/TI ha accolto la domanda di assistenza giudiziaria del 24 maggio 2017, con particolare richiamo al secondo complemento rogatorio del 29 novembre 2016, ordinando la consegna all'autorità germanica della seguente documentazione:
- “a. *documentazione bancaria afferente il conto n. 4 intestato a L. Ltd, presso la banca K., Lugano per il periodo 01.03.2013 – 01.05.2014 e meglio:*
- *estratto conto dal 01.01.2014 al 30.06.2014;*
- *dettaglio dell'accredito effettuato in data 07.03.2014;*
- *dettaglio dell'accredito effettuato in data 13.03.2014;*
- b. *documentazione bancaria afferente il conto n. 3 intestato a A., presso la banca K. (già: banca J.) e meglio, l'estratto conto relativo al periodo 01.01 – 15.04.2014” (act. 1.1, pag. 7).*

- N.** Il 24 agosto 2017, A. e B. hanno interposto ricorso contro la suddetta decisione dinnanzi alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, postulandone l'annullamento (act. 1).
- O.** Con osservazioni del 3 ottobre 2017, l'UFG ha postulato la tutela della decisione del 25 luglio 2017, proponendo la reiezione del ricorso, con spese, tasse e ripetibili a carico dei ricorrenti (act. 7). Mediante scritto del 4 ottobre 2017, il MP/TI ha chiesto, in via principale, di dichiarare irricevibile il ricorso nei confronti di B. e di respingere integralmente nel merito il ricorso di A., e, in via subordinata, di respingere integralmente nel merito il ricorso (act. 8).
- P.** Con memoriale di replica del 26 ottobre 2017, trasmesso per informazione al MP/TI e all'UFG, i ricorrenti si sono riconfermati nelle conclusioni espresse in sede ricorsuale (act. 11).

Le argomentazioni di fatto e di diritto delle parti saranno riprese, per quanto necessario, nei considerandi di diritto.

Diritto:

- 1.**
- 1.1** In virtù dell'art. 37 cpv. 2 lett. a della legge federale del 19 marzo 2010 sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione (LOAP; RS 173.71), la Corte dei reclami penali giudica i gravami in materia di assistenza giudiziaria internazionale.
- 1.2** I rapporti di cooperazione in materia penale fra la Confederazione Svizzera e la Repubblica federale di Germania sono anzitutto retti dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, entrata in vigore il 20 marzo 1967 per la Svizzera ed il 1° gennaio 1977 per la Germania (CEAG; RS 0.351.1), e dal suo secondo Protocollo addizionale, concluso a Strasburgo l'8 novembre 2001, entrato in vigore il 1° febbraio 2005 per la Svizzera e il 1° giugno 2015 per la Germania (RS 0.351.12). Allo scopo di agevolare l'applicazione della CEAG, completandone altresì i contenuti normativi, Svizzera e Germania hanno inoltre concluso un Accordo completo il 13 novembre 1969 (RS 0.351.913.61), entrato in vigore il 1° gennaio 1977. Applica-

bile alla fattispecie è pure la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, conclusa l'8 novembre 1990 (CRic; RS 0.311.53), entrata in vigore per la Svizzera il 1° settembre 1993 e per la Germania il 1° gennaio 1999. Dal 12 dicembre 2008, gli art. 48 e segg. della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985 (CAS; testo non pubblicato nella RS ma ora consultabile nel fascicolo "Assistenza e Estradizione" edito dalla Cancelleria federale, Berna 2014; Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. L 239/19-62 del 22 settembre 2000), si applicano anche all'assistenza giudiziaria in materia penale tra la Germania e la Svizzera (v. Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. L 327/15-17 del 5 dicembre 2008).

Alle questioni che il prevalente diritto internazionale contenuto in detti trattati non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello pattizio, si applicano le legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (AIMP; RS 351.1), unitamente alla relativa ordinanza (OAIMP; RS 351.11; v. art. 1 cpv. 1 AIMP; DTF 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2; 137 IV 33 consid. 2.2.2, con rispettivi rinvii). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c; TPF 2016 129 consid. 1.2; 2008 24 consid. 1.1).

- 1.3** La procedura di ricorso è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021) e dalle disposizioni dei pertinenti atti normativi in materia di assistenza giudiziaria (art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP e 12 cpv. 1 AIMP; TPF 2016 129 consid. 1.3; v. DANGUBIC/KESHELAVA, Commentario basilese, Internationales Strafrecht, Basilea 2015, n. 1 e segg. ad art. 12 AIMP).
- 1.4** In materia di "altra assistenza" le censure ammissibili nelle impugnative contro le decisioni dell'autorità d'esecuzione sono in primo luogo elencate all'art. 80i AIMP. Il ricorrente può far valere la violazione del diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di appezzamento (v. anche art. 49 lett. a PA), nonché l'applicazione inammissibile o manifestamente inesatta del diritto straniero nei casi di cui all'art. 65 AIMP. La Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale sindaca inoltre l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti nonché l'adeguatezza della decisione impugnata giusta l'art. 49 lett. b e c PA (TPF 2007 57 consid. 3.2). In base al principio *iura novit curia* il Tribunale applica d'ufficio il diritto e non è vincolato in nessun caso dai motivi del ricorso (v. art. 62 cpv. 4 PA). Esso può accogliere o respingere un ricorso anche per motivi diversi da quelli invocati o su cui si è fondata l'autorità precedente (v. DTF 133 II 249 consid. 1.4.1; sentenza del Tribunale

federale 2C_1037/2016 del 24 agosto 2017, consid. 2.1; cosiddetta *sostituzione dei motivi*).

1.5 Interposto tempestivamente contro la decisione di chiusura del 25 luglio 2017 emanata dall'autorità cantonale di esecuzione, il ricorso è ricevibile sotto il profilo degli art. 25 cpv. 1, 80e cpv. 1 e 80k AIMP.

1.6 La ricevibilità del gravame presuppone altresì la legittimazione a ricorrere dell'insorgente giusta l'art. 80h AIMP. In base a quest'ultima disposizione, oltre all'UFG (art. 80h lett. a AIMP), ha diritto di ricorrere chiunque è toccato personalmente e direttamente da una misura d'assistenza giudiziaria e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della stessa (art. 80h lett. b AIMP; v. anche l'art. 21 cpv. 3 AIMP per quanto concerne le persone contro cui è diretto il procedimento penale all'estero). L'interesse può essere sia giuridico che fattuale e non deve forzatamente corrispondere a quello protetto dalla norma invocata (DTF 126 II 258 consid. 2; TPF 2010 91 consid. 1.5). Il concetto di persona toccata ai sensi dei predetti articoli di legge trova concretizzazione sia nella giurisprudenza che all'art. 9a OAIMP. Per essere considerato personalmente e direttamente toccato da una misura di assistenza giudiziaria internazionale, il ricorrente deve avere un legame sufficientemente stretto con la decisione litigiosa (DTF 123 II 161 consid. 1 d/aa; TPF 2016 129 consid. 1.5.1). Più concretamente, nel caso di una richiesta d'informazioni su un conto bancario è considerato personalmente e direttamente toccato il titolare del conto (v. art. 9a lett. a OAIMP; DTF 137 IV 134 consid. 5.2 e 5.2.1; 130 II 162 consid. 1.1; 118 Ib 547 consid. 1d; TPF 2010 91 consid. 1.5). In via giurisprudenziale è stato altresì precisato che la legittimazione a ricorrere compete alla persona direttamente sottoposta a una misura coercitiva (perquisizione, sequestro o interrogatorio; DTF 134 IV 134 consid. 5.2.2; 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 127 II 198 consid. 2d; 126 II 258 consid. 2d; 124 II 180 consid. 1b; TPF 2010 91 consid. 1.5; 2007 79 consid. 1.6 pag. 82), mentre gli interessati toccati solo in maniera indiretta, come ad esempio il mero avente diritto economico di un conto bancario, non possono impugnare tali provvedimenti (DTF 137 IV 134 consid. 5.2.1 e 122 II 130 consid. 2b e rinvii; TPF 2014 60 consid. 1.5).

Eccezionalmente, la qualità per ricorrere è riconosciuta all'avente diritto economico di una società titolare di un conto quando la stessa è disciolta, riservato l'abuso di diritto (DTF 137 IV 134 consid. 5.2.1; 123 II 153 consid. 2c e d; v. sentenza del Tribunale penale federale RR.2016.135 del 9 gennaio 2017, consid. 1.5.1 e rinvii). In questo caso, tocca all'avente diritto economico dimostrare anzitutto la liquidazione della società mediante documentazione ufficiale (sentenze del Tribunale federale 1A.212/2001 del 21 marzo 2002, consid. 1.3.2; 1A.10/2000 del 18 maggio 2000, consid. 1e; 1A.131/1999 del

26 agosto 1999, consid. 3; 1A.236/1998 del 25 gennaio 1999, consid. 1b/bb). Egli deve inoltre dimostrare attraverso questa stessa documentazione oppure mediante altre prove di essere il beneficiario dello scioglimento della società in quanto tale (sentenza del Tribunale federale 1C_370/2012 del 3 ottobre 2012, consid. 2.7; sentenze del Tribunale penale federale RR.2016.135 del 9 gennaio 2017, consid. 1.5.1; RR.2012.257 del 2 luglio 2013, consid. 1.2.1; RR.2012.252 del 7 giugno 2013, consid. 2.2.1) e quindi non semplicemente di un suo conto bancario (TPF 2009 183 consid. 2.2.2). La giurisprudenza ha precisato che la produzione del modulo A, firmato dall'avente diritto economico del conto di cui è titolare una società sciolta, non è sufficiente per comprovare la sua qualità di beneficiario dello scioglimento di questa società (TPF 2009 183 consid. 2.2.2 e rinvii).

- 1.6.1** A. – titolare del conto presso la banca K. n. 3, oggetto della decisione impugnata – dispone della legittimazione ricorsuale (v. art. 80h lett. b AIMP e art. 9a lett. a OAIMP nonché DTF 137 IV 134 consid. 5.2.1 e TPF 2007 79 consid. 1.6 pag. 82).
- 1.6.2** Riguardo a B. si osserva quanto segue. La società L. Ltd – titolare del conto bancario n. 4 – è stata disciolta il 14 aprile 2015 (act. 1.2 e 1.5). B. ritiene di essere legittimato a impugnare la decisione di chiusura quale suo avente diritto economico. Come esposto sopra, l'avente diritto economico è legittimato a rappresentare una società disciolta soltanto se dimostra la liquidazione della stessa e prova di essere il beneficiario dello scioglimento della società in quanto tale. Nella fattispecie è provato che la società è stata disciolta (act. 1.2 e 1.5), che B. ne era stato direttore e amministratore unico (act. 1.3) e che egli solo aveva il diritto di firma sul conto in oggetto (act. 1.5). Tuttavia azionista unico della società non era direttamente B. ma una Holding di cui egli nel 2013 risultava certo azionista unico (act. 1.4), ma del cui sopravveniente destino non è in alcun modo dato sapere dalle allegazioni ricorsuali, motivo per cui, alla luce della sopraccitata giurisprudenza non si può ritenere apportata la prova necessaria per fondare la legittimazione ricorsuale di B.
- 1.6.3** Di seguito saranno quindi esaminate unicamente le censure concernenti il conto n. 3 intestato a A.
- 2.** Il ricorrente sostiene innanzitutto che la domanda di assistenza non adempia le esigenze minime sancite dalla dottrina e dalla giurisprudenza, essendo l'esposizione fattuale talmente generica, carente e lacunosa da giustificare il rifiuto (act. 1, pag. 8 e 9).

2.1 Per quanto attiene alla domanda di assistenza, gli art. 14 CEAG, 27 n. 1 CRic e 28 AIMP esigono in sostanza che essa sia scritta, che indichi l'ufficio da cui emana e all'occorrenza l'autorità competente per il procedimento penale, il suo oggetto, il motivo, la qualificazione giuridica del reato, i dati, il più possibile precisi e completi, della persona contro cui è diretto il procedimento penale, presentando altresì un breve esposto dei fatti essenziali, al fine di permettere allo Stato rogato di verificare che non sussistano condizioni ostative all'assistenza (DTF 129 II 97 consid. 3; 118 Ib 111 consid. 5b pag. 121, 547 consid. 3a; 117 Ib 64 consid. 5c; TPF 2015 110 consid. 5.2.1). In questo ambito, non si può tuttavia pretendere dallo Stato richiedente la presentazione di un esposto dei fatti totalmente esente da lacune o contraddizioni, visto che lo scopo della rogatoria è proprio quello di chiarire punti oscuri relativi alle fattispecie oggetto d'indagine all'estero, fermo restando che la verifica delle condizioni per la concessione dell'assistenza deve rimanere possibile (v. DTF 117 Ib 64 consid. 5c, con giurisprudenza citata). Ciò non implica per lo Stato richiedente l'obbligo di provare la commissione del reato, ma solo quello di esporre in modo sufficiente le circostanze sulle quali fonda i propri sospetti, per permettere allo Stato richiesto di escludere la sussistenza di un'inammissibile ricerca indiscriminata di prove (v. su questo tema DTF 129 II 97 consid. 3.1; 125 II 65 consid. 6b/aa; 122 II 367 consid. 2c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.92 del 18 luglio 2017, consid. 2.2). L'esame della colpevolezza è riservato al giudice straniero del merito, per cui non compete a quello svizzero dell'assistenza (DTF 113 Ib 276 consid. 3a; 112 Ib 576 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1C_562/2011 del 22 dicembre 2011, consid. 1.5; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.21 dell'8 maggio 2017, consid. 2.1). L'autorità rogata non si scosta dall'esposto dei fatti contenuto nella domanda, fatti salvi gli errori, le lacune o altre contraddizioni evidenti ed immediatamente rilevati (DTF 142 IV 250 consid. 6.3; 136 IV 4 consid. 4.1; 133 IV 76 consid. 2.2; 132 II 81 consid. 2.1; 118 Ib 111 consid. 5b pag. 121 e seg; TPF 2011 194 consid. 2.1.).

2.2 Dagli atti rogatori risulta che, nell'estate 2013, era prevista la ristrutturazione dell'impianto telefonico della D. GmbH, società alla quale erano stati affidati compiti di pubblica amministrazione nel campo della sanità. I lavori, per un valore complessivo di EUR 4.3 milioni, avrebbero dovuto essere realizzati da una società designata mediante concorso pubblico. Gli organi dirigenti della D. GmbH avrebbero deciso di affidare l'appalto alla F. AG. G, rappresentate della E. GmbH, durante la procedura del bando di concorso pubblico, si sarebbe messo in contatto con C., amministratore delegato della D. GmbH, proponendogli un cospicuo compenso affinché egli si adoperasse presso F. AG a convincerla a rinunciare all'esecuzione del mandato a favore di E. GmbH. Onde evitare ogni contatto fra C. e G., essi avrebbero deciso di fare capo a

A., rappresentate della H. GmbH. Quest'ultima società avrebbe messo a disposizione una relazione bancaria per fare da sponda al trasferimento di fondi su conti presso banche all'estero. Secondo quanto indicato nella documentazione in mano agli inquirenti, A. avrebbe consegnato a C., la sera del 12 marzo 2014, la carta di credito VISA n. 1 che gli permetteva di prelevare denaro dal conto n. 3 fino ad EUR 230'000.-- (dossier MP/TI, atto 13). Successivamente è pure emerso che da conti intestati alla H. GmbH sarebbero stati trasferiti importi verso relazioni riconducibili alla L. Ltd, e meglio sul conto n. 4. Risulta pure dagli atti rogatoriali che l'accusato C., durante il suo interrogatorio del 27 marzo 2014, ha ammesso le circostanze di fatto e ha consegnato la carta VISA oggetto del procedimento (dossier MP/TI, atto 43).

Dal sopraccitato esposto dei fatti emergono con sufficiente chiarezza le circostanze sulle quali il Procuratore capo di Berlino fonda i propri sospetti, permettendo di verificare che non sussistano condizioni ostative all'assistenza (per quanto riguarda l'esame della doppia punibilità si vedano però le criticità emerse infra al consid. 3.3, comunque in definitiva irrilevanti alla luce di quanto in seguito rilevato al consid. 3.4). Detto esposto adempie le esigenze legali richieste. La censura va quindi respinta.

- 3.** Il ricorrente lamenta anche una violazione del principio della doppia punibilità, affermando di non essere mai stato un funzionario, ruolo che peraltro non gli sarebbe mai stato attribuito neanche dall'autorità estera. Di conseguenza egli non potrebbe essere perseguito ai sensi dell'art. 331 CP/D, né tantomeno ai sensi dell'art. 322^{sexies} CP, come invece evocato dal MP/TI (act. 1 pag. 12).
- 3.1** Aderendo alla CEAG, la Svizzera ha posto il principio della doppia punibilità quale condizione all'esecuzione di ogni commissione rogatoria esigente l'applicazione di una qualsiasi misura coercitiva (v. art. 5 n. 1 lett. 1 CEAG e la riserva formulata mediante l'art. 3 del decreto federale del 27 settembre 1966 che approva la Convenzione del Consiglio d'Europa, RU 1967 p. 843 e segg.). Nel diritto interno, tale principio è espresso all'art. 64 cpv. 1 AIMP. Il giudice dell'assistenza e prima di esso le autorità d'esecuzione non devono procedere a un esame di merito dei reati e delle norme penali menzionati nella domanda di assistenza, ma devono semplicemente vagliare, limitandosi a un esame *prima facie*, se i fatti adottati nella domanda estera – effettuata la dovuta trasposizione – sarebbero punibili anche secondo il diritto svizzero, ricordato che la punibilità secondo il diritto svizzero va determinata senza tener conto delle particolari forme di colpa e condizioni di punibilità da questo previste (DTF 124 II 184 consid. 4b/cc pag. 188; 118 Ib 543 consid. 3b/aa pag. 546; 116 Ib 89 consid. 3b/bb; 112 Ib 576 consid. 11b/bb pag. 594; TPF 2015 134 consid. 2.1).

I fatti incriminati non devono forzatamente essere caratterizzati, nelle due legislazioni toccate, dalla medesima qualificazione giuridica (DTF 124 II 184 consid. 4b/cc pag. 188). Nel campo della cosiddetta piccola assistenza (a differenza dell'extradizione) le misure di cooperazione sono già ammesse se la doppia punibilità è ossequiata alla luce di una singola fattispecie (sentenza del Tribunale federale 1C_138/2007 del 17 luglio 2007, consid. 2.3.2 e rinvii; TPF 2015 134 consid. 2.1).

3.2 Nel caso di specie, l'inchiesta estera portava inizialmente sull'ipotesi di accettazione di vantaggi secondo l'art. 331 CP/D (dossier MP/TI, atto 18). Nella successiva corrispondenza rogatoria (dossier MP/TI, atti 43, 51) vengono per contro indicati i reati di corruzione attiva e passiva aggravata (art. 332 e 334 unitamente ad art. 335 CP/D). Dalla decisione di chiusura impugnata (act. 1.1 pag. 4) si evince che il MP/TI ha considerato adempiuto il requisito della doppia punibilità alla luce dell'art. 322^{sexies} CP, secondo il quale è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria chiunque, in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio, per sé o per terzi, in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale.

3.3 Nell'esame della doppia punibilità l'autorità svizzera non si scosta dall'esposto dei fatti contenuto nella domanda (DTF 134 IV 156 consid. 4.4), tranne nei casi di errori, lacune o contraddizioni evidenti e immediatamente determinabili (DTF 118 Ib 111 consid. 5b, 115 Ib 68 consid. 3b/bb). Lo stesso principio vale per quanto riguarda l'esame delle norme penali menzionate (DTF 124 II 184 consid. 4). Lo Stato richiesto deve unicamente analizzare se i fatti, così come descritti nella domanda, sarebbero punibili anche nel nostro Paese (DTF 116 Ib 89 consid. 3c/aa e 124 II 184 consid. 4b). Non tocca quindi a questa Corte esaminare se C., in qualità di amministratore unico della D. GmbH, è considerato un funzionario ai sensi dell'art. 331 CP/D (risp. degli art. 332 e 334 CP/D), richiamato l'art. 11 n. 2 dello stesso Codice. Tale esame va tuttavia effettuato nella trasposizione dei fatti nel diritto svizzero.

Sotto il profilo oggettivo l'art. 322^{sexies} CP, su cui si basa la decisione impugnata, presuppone che il conferimento di un vantaggio all'autore avvenga *in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale*. Tale vantaggio dev'essere atto a influire sul modo in cui l'autore svolge le sue funzioni e presentare un legame con il suo comportamento futuro nell'esercizio della sua attività. Semplici compensi non costituiscono indebiti vantaggi ai sensi dell'art. 322^{sexies} CP (DTF 135 IV 198 consid. 6.3).

Secondo l'autorità rogante, C., nella sua qualità di amministratore unico della D. GmbH, avrebbe in sostanza accettato da G., rappresentante della E. GmbH, un vantaggio economico di natura corruttiva, volto ad assicurare che i lavori e la ristrutturazione dell'impianto telefonico della D. GmbH venissero attribuiti alla E. GmbH, invece che alla F. AG. In base alle informazioni fornite in rogatoria, alla D. GmbH sono affidati compiti di pubblica amministrazione nel campo della "*Daseinvorsorge*", e la stessa è obbligata nei confronti della "*Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales*" di Berlino, in base al contratto societario, ad agire come "il suo braccio destro" (dossier MP/TI, atto 5).

Si pone dunque il quesito di sapere se C., effettuata la necessaria trasposizione, potrebbe essere considerato un funzionario ai sensi dell'art. 322^{sexies} CP. In base all'art. 110 cpv. 3 CP per funzionari s'intendono i funzionari e impiegati di un'amministrazione pubblica e della giustizia, nonché le persone che vi occupano provvisoriamente un ufficio o un impiego o esercitano temporaneamente pubbliche funzioni. La nozione comprende sia i funzionari in senso stretto sia le persone che assumono tale veste in termini *funzionali*. In quest'ultimo caso, è determinante la natura della funzione esercitata. Se questa consiste nell'adempimento di compiti pubblici, l'attività è ufficiale e le persone che la svolgono sono dei funzionari ai sensi del diritto penale (DTF 135 IV 196 consid. 3.3, con relativi riferimenti dottrinali). Non deve, per contro, essere considerato un funzionario colui che, nonostante l'esercizio di una funzione ufficiale, non è legato alla collettività da una relazione di dipendenza (DTF 121 IV 216 consid. 3a). Il concetto di funzionario secondo il Codice penale è comunque più estensivo del funzionario secondo il diritto pubblico, visto che l'art. 110 cpv. 3 CP contempla esplicitamente anche persone che "occupano provvisoriamente un ufficio o un impiego o esercitano temporaneamente pubbliche funzioni" (v. già RIGHETTI, Il funzionario nel diritto penale svizzero, in Rep 1961, pag. 8): decisivo è l'esercizio (originario o derivato) di funzioni di natura ufficiale, ovvero l'adempimento di compiti che secondo il diritto pubblico ricadono nelle *competenze dell'ente statale* (v. DTF 121 IV 216 consid. 3a, con richiamo alle DTF 70 IV 212 e 71 IV 139).

La D. GmbH è una società a garanzia limitata secondo il diritto privato tedesco che offre prestazioni nel campo ospedaliero. Essa è stata fondata il 1° gennaio 2001 ed ha sede a Berlino, città nella quale, secondo le informazioni fornite nel suo sito internet, gestisce 9 ospedali, 13 case di cura, 2 case per anziani e numerose altre istituzioni nel campo della sanità. Trattandosi di una persona giuridica di diritto privato non è così scontato assimilare i suoi impiegati a funzionari pubblici giusta l'art. 110 cpv. 3 CP. Dalla domanda rogatoria, come visto, risulta che alla predetta società sono stati affidati compiti di pubblica amministrazione nel campo della "*Daseinvorsorge*", termine che comprende sostanzialmente le attività statali che servono per l'approvvigionamento della

popolazione di beni e servizi essenziali e che può quindi rientrare nei concetti di *servizio pubblico* e *prestazioni di base* dell'ordinamento giuridico svizzero. Il Consiglio federale si è già espresso a più riprese su questa tematica. In particolare in un rapporto del 2004 si trova la seguente definizione: "Il servizio pubblico è stabilito a livello politico e consiste nell'approvvigionamento di base in beni e servizi d'infrastruttura di buona qualità che siano accessibili a tutte le cerchie della popolazione e a tutte le regioni del Paese, alle stesse condizioni e a prezzi equi" (Rapporto del Consiglio federale "Il servizio universale nelle infrastrutture [servizio pubblico]" del 23 giugno 2004, FF 2004 4076). In un sistema federale come il nostro tali compiti vengono assunti, a dipendenza delle competenze costituzionalmente definite, dalla Confederazione, dai Cantoni o dai Comuni. A determinate condizioni è altresì possibile il trasferimento di taluni di questi compiti a persone o enti privati (DTF 140 II 112; 138 I 196; 129 I 330; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7a ediz., Zurigo/San Gallo 2016, pag. 400). Per quanto riguarda in particolare il campo sanitario si tratta di una competenza principalmente cantonale (v. però art. 41 e art. 118 e segg. Cost.), per cui ogni Cantone ha ovviamente le sue particolarità legislative (v. CRIVELLI/FILIPPINI, *Il federalismo nel settore sanitario*, in *Il Ticino nella Svizzera*, a cura di Andrea Ghiringhelli, Locarno 2003, pag. 353 e segg.). Trasponendo dunque alla realtà elvetica l'esposto dei fatti presentato dall'autorità rogante, vi è da chiedersi se in Svizzera un dirigente di un'azienda privata attiva in un servizio simile a quello esercitato dalla D. GmbH a Berlino possa essere considerato un funzionario ai sensi dell'art. 110 cpv. 3 CP. Certo la forma giuridica privata della società non è rilevante per determinare se essa adempie o meno compiti pubblici (RÜTSCHKE, *Was sind öffentliche Aufgaben?*, in *recht* 2013, pag. 160). Il criterio determinante per riconoscere la qualità di funzionario è l'adempimento di un compito di pertinenza dell'ente pubblico (DTF 141 IV 329 consid. 1.4). Tuttavia dalla domanda rogatoria mal si comprende quali sarebbero i compiti formalmente attribuiti alla D. GmbH dall'ente pubblico germanico, rispettivamente le modalità e le basi legali con cui questi compiti vengono attribuiti ed esercitati dalle persone implicate nei fatti oggetto dell'inchiesta. Certo dal sito internet è possibile estrapolare alcune di queste informazioni, ma giusta l'art. 14 n. 2 CEAG esse dovrebbero essere esposte nella stessa domanda rogatoria (v. *supra* consid. 2.2) e non si può pretendere che sia il giudice dell'assistenza a dover procedere *ex officio* ad accertamenti simili. Tuttavia il problema si rivela in definitiva irrilevante nella misura in cui la doppia punibilità può essere ammessa, senza necessità di ulteriori approfondimenti, alla luce di un'altra fattispecie penale (v. anche *supra* consid. 3.1 *in fine*), di cui nel seguente considerando.

3.4 Nel giugno 2012 il Consiglio federale ha deciso di procedere alla revisione delle disposizioni penali sulla corruzione, onde tenere conto di talune critiche emerse a livello nazionale e internazionale (v. FF 2014 3103 e segg.; v. PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, in *forumpoenale* 4/2017, pag. 241 e segg. nonché QUELOZ/SADIK, *Commentaire romand*, Basilea 2017, n. 1 e segg. ad 322^{octies} CP). Dal 1° luglio 2016 sono entrati in vigore gli art. 322^{octies} e 322^{novies} CP concernenti la corruzione attiva e passiva privata (RU 2016 1287). La doppia punibilità deve essere esaminata secondo il diritto in vigore nello Stato richiesto nel momento in cui la decisione sulla cooperazione è presa, e non secondo il diritto in vigore al momento della conclusione di un trattato, della commissione di un'eventuale infrazione o della presentazione della domanda di assistenza (v. sentenza del Tribunale federale 1A.205/2006 del 7 dicembre 2006, consid. 3.2 e sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.36 del 7 maggio 2007, consid. 1 con rinvii). Nella fattispecie la decisione di entrata in materia complementare è datata 19 luglio 2017 e la decisione di chiusura è stata presa il 25 luglio 2017, motivo per il quale l'esame della doppia punibilità va effettuato tenendo in considerazione queste nuove disposizioni (v. comunque già gli art. 4a e 23 della legge federale contro la concorrenza sleale, LCSl; RS 241; per un confronto fra le due normative v. PIETH, *ibidem*, pag. 242 nonché FF 2014 3117). Secondo l'art. 322^{octies} CP si rende colpevole di corruzione di privati nella forma attiva "chiunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un lavoratore, a un socio, a un mandatario o a un altro ausiliario di un terzo nel settore privato, a favore di lui o di terzi, per indurlo a commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività di servizio o d'affari e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento". Il comportamento rimproverato a A., ovvero il fatto di avere consegnato a C. la carta di credito in questione affinché egli si attivi per fare in modo che i lavori vengano assegnati alla E. GmbH invece che alla F. AG, rientrerebbe nel campo di applicazione di tale articolo, trattandosi pacificamente dell'offerta di un *indebito vantaggio* per indurre lo stesso C., in quanto amministratore della D. GmbH, a commettere *un atto contrastante con i suoi doveri d'ufficio* o comunque *sottostante al suo potere d'apprezzamento*. Di converso, il comportamento rimproverato a C., che avrebbe accettato la predetta carta, potendo così prelevare fino a EUR 230'000.--, rientrerebbe nel campo di applicazione della fattispecie dell'art. 322^{novies} CP, secondo il quale si rende colpevole di corruzione di privati in forma passiva "chiunque, in qualità di lavoratore, socio, mandatario o altro ausiliario di un terzo nel settore privato domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio, per sé o per terzi, per commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività di servizio o d'affari e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento". Potendo C. prelevare fino a EUR 230'000.-- è esclusa inoltre l'eccezione dell'art. 322^{decies} cpv. 1 lett. b per "i vantaggi di lieve entità, usuali nelle relazioni sociali".

Visto quanto precede, previa sostituzione dei motivi (v. supra consid. 1.4 in fine), il requisito della doppia punibilità è da considerarsi adempiuto.

4. Il ricorrente sostiene infine che la domanda di assistenza tende, in maniera generalizzata e con ricerca esplorativa e indiscriminata di prove in urto con il principio della proporzionalità, ad ottenere informazioni su relazioni bancarie che nulla hanno a che vedere con il procedimento penale estero. Inoltre, l'autorità estera chiede la trasmissione di informazioni relative ai conti bancari senza disporre di alcun valido motivo. Informazioni che a dire di A. non sarebbero nemmeno idonee a far progredire le indagini in Germania (act. 1, pag. 13).
- 4.1 Il principio della proporzionalità esige che vi sia una connessione fra la documentazione richiesta e il procedimento estero (DTF 130 II 193 consid. 4.3; 139 II 404 consid. 7.2.2; 136 IV 82 consid. 4.1/4.4; 129 II 462 consid. 5.3; 122 II 367 consid. 2c; decisione del Tribunale penale federale RR.2016.257 del 26 maggio 2017 consid. 4.3.1), tuttavia la questione di sapere se le informazioni richieste nell'ambito di una domanda di assistenza siano necessarie o utili per il procedimento estero deve essere lasciata, di massima, all'apprezzamento delle autorità richiedenti (sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.146 del 4 agosto 2017, consid. 2.1). Lo Stato richiesto non dispone infatti dei mezzi per pronunciarsi sull'opportunità di assumere determinate prove e non può sostituirsi in questo compito all'autorità estera che conduce le indagini (DTF 132 II 81 consid. 2.1 e rinvii). La richiesta di assunzione di prove può essere rifiutata solo se il principio della proporzionalità è manifestamente disatteso (DTF 120 Ib 251 consid. 5c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.21 dell'8 maggio 2017, consid. 3.1 e rinvii) o se la domanda appare abusiva, le informazioni richieste essendo del tutto inidonee a far progredire le indagini (DTF 122 II 134 consid. 7b; 121 II 241 consid. 3a; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.21 dell'8 maggio 2017, consid. 3.1 e rinvii). Inoltre, da consolidata prassi, quando le autorità estere chiedono informazioni per ricostruire flussi patrimoniali di natura criminale si ritiene che necessitino di regola dell'integralità della relativa documentazione, in modo tale da scoprire tutte le persone o entità giuridiche coinvolte (v. DTF 129 II 462 consid. 5.5; 124 II 180 consid. 3c inedito; 121 II 241 consid. 3b e c; sentenze del Tribunale federale 1A.177/2006 del 10 dicembre 2007, consid. 5.5; 1A.227/2006 del 22 febbraio 2007, consid. 3.2; 1A.195/2005 del 1° settembre 2005 in fine; sentenza del Tribunale penale federale RR.2016.250 del 17 febbraio 2017 consid. 2.1). La trasmissione dell'intera documentazione potrà evitare altresì l'inoltro di eventuali domande complementari (DTF 136 IV 82 consid. 4.1; 121 II 241 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1C_486/2008 dell'11 novembre 2008, consid. 2.4; sentenza del Tribunale penale federale

RR.2011.113 del 28 luglio 2011, consid. 4.2). In base alla giurisprudenza l'esame da parte delle autorità di esecuzione e del giudice dell'assistenza va limitato alla cosiddetta *utilità potenziale*, secondo cui la consegna giusta l'art. 74 AIMP è esclusa soltanto per quei mezzi di prova *certamente* privi di rilevanza per il procedimento penale all'estero (DTF 126 II 258 consid. 9c; 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a e b; TPF 2010 73 consid. 7.1). Vietata in particolare è la cosiddetta *fishing expedition*, la quale è definita dalla giurisprudenza una ricerca generale ed indeterminata di mezzi di prova volta a fondare un sospetto senza che esistano pregressi elementi concreti a sostegno dello stesso (DTF 137 I 218 consid. 2.3.2; 125 II 65 consid. 6b/aa pag. 73 e rinvii; TPF 2007 57 consid. 6.1). Questo modo di procedere non è consentito in ambito di assistenza internazionale sia alla luce del principio della specialità che di quello della proporzionalità (TPF 2007 57 consid. 6.1 e rinvii). Tale divieto si fonda semplicemente sul fatto che è inammissibile procedere a casaccio nella raccolta delle prove (DTF 113 Ib 257 consid. 5c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.21 dell'8 maggio 2017, consid. 3.1).

- 4.2** Ora, per quanto riguarda il conto n. 3 intestato a A., il solo qui esaminabile (v. supra consid. 1.6.1-1.6.3), le informazioni richieste presentano senz'altro un'utilità potenziale per il procedimento estero, poiché si tratta proprio del conto d'appoggio alla carta di credito messa a disposizione da A. per gli ipotetici intenti corruttivi in parola (v. dossier MP/TI, atto 14). Spetterà comunque al giudice estero del merito valutare nel dettaglio tale documentazione e accertare l'esistenza o meno di una connessione penalmente rilevante fra il conto dell'imputato e gli atti corruttivi oggetto di inchiesta. Alla luce della domanda rogatoria e dei relativi complementi, risulta che gli estratti conto di cui sopra sono potenzialmente utili per l'inchiesta estera, motivo per cui la sua trasmissione non costituisce in alcun modo una *fishing expedition* ed è conforme al principio della proporzionalità.
- 5.** In definitiva, la decisione impugnata va integralmente confermata e il gravame respinto, nella misura della sua ammissibilità.
- 6.** Le spese seguono la soccombenza (v. art. 63 cpv. 1 PA richiamato l'art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP). La tassa di giustizia è calcolata giusta gli art. 73 cpv. 2 LOAP, 63 cpv. 4^{bis} PA, nonché 5 e 8 cpv. 3 del regolamento del 31 agosto 2010 sulle spese, gli emolumenti, le ripetibili e le indennità della procedura penale federale (RSPPF; RS 173.713.162) ed è complessivamente fissata a CHF 6'000.-- a carico dei ricorrenti in solido; essa è coperta dall'anticipo spese già versato di CHF 6'000.--.

Per questi motivi, la Corte dei reclami penali pronuncia:

1. Il ricorso di B. è inammissibile.
2. Il ricorso di A. è respinto.
3. La tassa di giustizia di CHF 6'000.-- è posta a carico dei ricorrenti in solido ed è coperta dall'anticipo delle spese già versato.

Bellinzona, il 30 novembre 2017

In nome della Corte dei reclami penali
del Tribunale penale federale

Il Presidente:

La Cancelliera:

Comunicazione a:

- Avv. Elio Brunetti
- Ministero pubblico del Cantone Ticino
- Ufficio federale di giustizia, Settore Assistenza giudiziaria

Informazione sui rimedi giuridici

Il ricorso contro una decisione nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale deve essere depositato presso il Tribunale federale entro 10 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 e 2 lett. b LTF). Il ricorso è ammissibile soltanto se concerne un'extradizione, un sequestro, la consegna di oggetti o beni oppure la comunicazione di informazioni inerenti alla sfera segreta e se si tratti di un caso particolarmente importante (art. 84 cpv. 1 LTF). Un caso è particolarmente importante segnatamente laddove vi sono motivi per ritenere che sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune (art. 84 cpv. 2 LTF).