Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal

Numero dell'incarto: RR.2023.21

Sentenza del 4 maggio 2023
Corte dei reclami penali

Composizione

Giudici penali federali
Roy Garré, Presidente,
Daniel Kipfer Fasciati e Nathalie Zufferey,
Cancelliere Giampiero Vacalli

Parti

A. SA, rappresentata dall'avv. Cyrus Siassi,
Ricorrente

contro

MINISTERO PUBBLICO DELLA CONFEDERAZIONE,
Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Ucraina

Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP)

Fatti:

A. In data 23 dicembre 2021, il National Anti Corruption Bureau of Ukraine (in seguito: NABU), Ufficio Anticorruzione Ucraino, Kiev (UA), ha presentato alla Svizzera una richiesta di assistenza giudiziaria internazionale nell'ambito di un procedimento penale a carico di ignoti per i reati di cui agli art. 191 e 364 del Codice penale ucraino (peculato, appropriazione indebita o appropriazione di beni per abuso d'ufficio e abuso d'autorità). In sostanza, gli indagati sono sospettati di malversazioni all'origine della situazione di grave insolvenza della banca B., un istituto bancario d'importanza sistemica per l'economia nazionale. Lo Stato ucraino è intervenuto per palliare a tale insolvenza, con iniezione di somme equivalenti a USD 4,4 miliardi, importo corrispondente al danno subito dal medesimo (v. atto 01-00-0001 e segg. dell'incarto del Ministero pubblico della Confederazione [di seguito: MPC]).

Con la rogatoria, l'autorità estera ha chiesto alle autorità elvetiche di procedere alla consegna di molteplici documenti relativi al conto bancario n. 1 intestato alla società A. SA, aperto presso la banca C., Ginevra, già oggetto di trasmissione spontanea di informazioni da parte del MPC giusta l'art. 67*a* AIMP (v. atto 01-00-0007 e seg. incarto MPC). Quest'ultimo sarebbe infatti identificato fra gli altri quale conto sul quale sarebbero confluiti valori patrimoniali originariamente distratti a danno della banca B.

B. Mediante decisione del 28 gennaio 2022, il MPC, al quale l'Ufficio federale di giustizia (di seguito: UFG) ha delegato l'esecuzione della rogatoria, è entrato nel merito della domanda formulata dall'autorità ucraina, precisando che le misure di esecuzione sarebbero state ordinate con decisioni separate (v. act. 1.1).

C. Con ordine di consegna del 12 luglio 2022, il MPC ha ingiunto alla banca C. la trasmissione di svariata documentazione relativa al conto bancario intestato alla società A. SA, per il periodo identificato tra il 1° gennaio 2010 ed il 31 dicembre 2016 (v. atto 05-04-0001 e segg. incarto MPC).

Con complemento del 16 agosto 2022, l'autorità d'esecuzione ha ordinato alla banca C. la trasmissione di ulteriore documentazione relativa al conto intestato ad A. SA, e meglio quella concernente il periodo tra il 1° settembre 2009 ed il 31 dicembre 2009 (v. atto 05-04-0013 e segg. incarto MPC).

D. Mediante scritto del 6 dicembre 2022, il MPC ha trasmesso ad A. SA copia degli atti del procedimento rogatoriale. Nel medesimo scritto l'autorità invitava

la società ad esercitare il proprio diritto di essere sentita. Entro il termine impartito, essa non si è manifestata (v. act. 1.2, p. 3).

E. Con decisione di chiusura del 4 gennaio 2023, l'autorità d'esecuzione ha accolto la rogatoria, autorizzando la trasmissione all'autorità richiedente di svariata documentazione riguardante la relazione bancaria di cui sopra (v. act. 1.2).

F. Il 6 febbraio 2023, A. SA ha impugnato la decisione di chiusura congiuntamente alla decisione incidentale di entrata nel merito del 28 gennaio 2022 dinanzi alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale. La ricorrente postula l'annullamento di tali decisioni, con il rifiuto quindi di trasmettere la documentazione litigiosa, così come la reiezione della domanda di assistenza ucraina.

G. Con risposte del 6 risp. 10 marzo 2023, l'UFG e il MPC propongono la reiezione del gravame.

H. Invitata a replicare con scritto del 13 marzo 2023 (v. act. 15), la ricorrente è rimasta silente.

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

Diritto:

1.

1.1 La Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale giudica i ricorsi contro le decisioni di prima istanza delle autorità federali o cantonali in materia di assistenza giudiziaria internazionale, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 25 cpv. 1 legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale [AIMP; RS 351.1] del 20 marzo 1981, unitamente ad art. 37 cpv. 2 lett. a legge sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione [LOAP; RS 173.71] del 19 marzo 2010).

1.2 Il ricorso è redatto, legittimamente, in lingua francese. Contrariamente a quanto preteso dalla ricorrente (v. act. 1, p. 10 lett. e), non vi è tuttavia motivo di scostarsi dalla regola secondo cui il procedimento si svolge nella lingua della decisione impugnata, in concreto quella italiana (v. art. 33*a* cpv. 2 PA). Come si evince dal contenuto stesso del ricorso, non vi è altresì ragione per ritenere che il patrocinatore della ricorrente non sia in grado di comprendere la decisione

impugnata sia in fatto che in diritto ed in ogni caso, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, da un avvocato attivo nel nostro Paese è lecito pretendere che abbia perlomeno competenze recettive relative alle lingue ufficiali svizzere (v. sentenza del Tribunale federale 1A.235/2003 dell'8 gennaio 2004 consid. 1; sentenza del Tribunale penale federale RR.2018.236 del 13 novembre 2018 consid. 2). La richiesta avanzata dalla ricorrente va quindi respinta.

2.

2.1 I rapporti di assistenza giudiziaria in materia penale fra Ucraina e Confederazione Svizzera sono anzitutto retti dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (CEAG; RS 0.351.1), entrata in vigore il 9 giugno 1998 per l'Ucraina e il 20 marzo 1967 per la Svizzera, e dal Secondo Protocollo addizionale dell'8 novembre 2001 alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (PAII CEAG; RS 0.351.12), entrato in vigore il 1° gennaio 2012 per l'Ucraina ed il 1° febbraio 2005 per la Svizzera. Di rilievo nella fattispecie è anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (RS 0.311.56), entrata in vigore il 1° gennaio 2010 per l'Ucraina e il 24 ottobre 2009 per la Svizzera.

2.2 Alle questioni che il prevalente diritto internazionale non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello convenzionale (cosiddetto principio di favore) si applica la legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale unitamente alla relativa ordinanza (OAIMP; RS 351.11; v. art. 1 cpv. 1 AIMP; DTF 145 IV 294 consid. 2.1; 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 145 IV 294 consid. 2.1; 123 II 595 consid. 7c; TPF 2016 65 consid 1.2.).

2.3 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; v. DANGUBIC/KESHELAVA, Commentario basilese, 2015, n. 1 e segg. ad art. 12 AIMP), di cui ai precedenti considerandi.

3.

3.1 Le decisioni dell'autorità cantonale o federale d'esecuzione relative alla chiusura della procedura d'assistenza giudiziaria (cosiddette decisioni di chiusura) possono essere impugnate congiuntamente alle decisioni incidentali anteriori, con termine di ricorso di trenta giorni (v. art. 80*e* cpv. 1 e 80*k* AIMP).

3.2 Interposto tempestivamente contro la sopraccitata decisione di chiusura, il ricorso è ricevibile sotto il profilo degli art. 25 cpv. 1, 80*e* cpv. 1 e 80*k* AIMP.

Titolare del conto bancario n. 1 presso la banca C., la ricorrente è legittimata a ricorrere (v. art. 80*h* lett. b AIMP e art. 9*a* lett. a OAIMP nonché DTF 137 IV 134 consid. 5.2.1; 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; TPF 2007 79 consid. 1.6 pag. 82).

4. La ricorrente censura la violazione del suo diritto di essere sentita, nella misura in cui l'autorità d'esecuzione non le avrebbe notificato correttamente la lettera del 6 dicembre 2022 con la quale veniva invitata ad esprimersi sulla trasmissione litigiosa (v. Fatti, lett. C). La stessa sarebbe stata recapitata presso il corretto indirizzo ma ad una società terza con sede nel medesimo stabile. La ricorrente sostiene che la lettera, benché spedita per raccomandata e nelle debite forme, non sarebbe stata correttamente recapitata dalla Posta Svizzera (v. act. 1.6). Essa non sarebbe quindi stata in misura di prendere conoscenza del contenuto della rogatoria, della decisione di entrata in materia e della documentazione bancaria. Ciò non le ha permesso di esprimersi prima dell'emanazione della decisione di chiusura, quest'ultima notificata nelle debite forme. Secondo la ricorrente, detto vizio di notifica sarebbe di portata sufficiente a mutare in maniera irrevocabile il corso del procedimento, al punto da non poter essere riparato altrimenti che mediante un riesame da parte del MPC. Quest'ultimo, con risposta 10 marzo 2023, si riconferma nella sua posizione affermando che le condizioni di un riesame non sarebbero nella fattispecie riunite. Esso sostiene, mediante la prova dell'avvenuta consegna della missiva litigiosa, che il vizio di notifica invocato non gli sarebbe imputabile e si tratterebbe del resto di un vizio suscettibile di essere sanato nell'ambito della presente procedura (v. act. 13, pag. 2 e seg.).

4.1

4.1.1 Il diritto di essere sentito, ancorato all'art. 29 cpv. 2 Cost., viene concretizzato nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale agli art. 29 e segg. PA richiamati dall'art. 12 cpv. 1 AIMP (ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5a ediz. 2019, n. 472). Esso è di natura formale (DTF 126 I 19 consid. 2d/bb pag. 24; 125 I 113 consid. 3; ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, pag. 449 con rinvii). Una violazione di questo diritto fondamentale da parte dell'autorità d'esecuzione non comporta comunque automaticamente l'accoglimento del gravame e l'annullamento della decisione impugnata (v. WEISS/CASANOVA, Leichte oder schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs?, in: ZBJV 2020, pag. 27 e segg.). Secondo la giurisprudenza e la dottrina una violazione del diritto di essere sentito può essere sanata, se la persona toccata ottiene la possibilità di esprimersi in merito davanti ad una autorità di ricorso, la quale, come nella fattispecie la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, dispone del medesimo potere d'esame dell'autorità d'esecuzione stessa (v. DTF 124 II 132 consid. 2d; sentenze del Tribunale federale

1C_525/2008 e 1C_526/2008 del 28 novembre 2008 consid. 1.3 nonché 1A.54/2004 del 30 aprile 2004; TPF 2008 172 consid. 2.3; TPF 2007 57; ZIMMERMANN, *op. cit*., n. 472).

4.1.2 Anche in presenza di una violazione grave del diritto di essere sentito, il Tribunale federale ha già ritenuto ammissibile prescindere da un rinvio all'autorità inferiore allorquando questo costituirebbe una mera formalità, provocando un ritardo inutile nella procedura, incompatibile con l'interesse della parte interessata ad un'evasione celere della sua causa (DTF 137 I 195 consid. 2.3.2; 133 I 201 consid. 2.2). La riparazione del vizio deve tuttavia, segnatamente in presenza di violazioni particolarmente gravi, rimanere l'eccezione, non fosse altro perché la concessione successiva del diritto di essere sentito costituisce sovente solo un surrogato imperfetto dell'omessa audizione preventiva. La possibilità della sanatoria, che tiene conto della necessità di un'esecuzione celere della domanda rogatoriale giusta l'art. 17*a* AIMP e dell'economia procedurale, non deve inoltre essere interpretata dall'autorità d'esecuzione come un invito a violare i diritti processuali della persona toccata (sentenza del Tribunale federale 1C_560/2011 del 20 dicembre 2011 consid. 2.2). Una riparazione entra in linea di considerazione solo se la persona interessata non abbia a subire pregiudizio dalla concessione successiva del diritto di essere sentito, rispettivamente dalla sanatoria (DTF 129 I 129 consid. 2.2.3). In nessun caso, comunque, può essere ammesso che l'autorità pervenga attraverso una violazione del diritto di essere sentito ad un risultato che non avrebbe mai ottenuto procedendo in modo corretto (DTF 135 I 279 consid. 2.6.1).

In base all'art. 80*b* cpv. 1 AIMP gli aventi diritto possono partecipare al procedimento ed esaminare gli atti sempreché ciò sia necessario alla tutela dei loro interessi. Secondo la giurisprudenza, l'autorità di esecuzione, dopo aver concesso al detentore della documentazione la possibilità di addurre i motivi che si opporrebbero alla trasmissione di determinati atti e la facoltà di partecipare alla necessaria cernita, ha l'obbligo di motivare accuratamente la decisione di chiusura (v. art. 80*d* AIMP e DTF 130 II 14 consid. 4.4 pag. 18). Essa non potrebbe infatti ordinare in modo acritico e indeterminato la trasmissione dei documenti, delegandone *tout court* la selezione agli inquirenti esteri (DTF 127 II 151 consid. 4c/aa pag. 155; 122 II 367 consid. 2c; 112 Ib 576 consid. 14a pag. 604). Questo compito spetta all'autorità svizzera d'esecuzione che, in assenza di un eventuale consenso all'esecuzione semplificata (art. 80*c* AIMP), prima di emanare una decisione di chiusura, deve impartire alle persone toccate giusta l'art. 80*h* lett. b AIMP e l'art. 9*a* OAIMP un termine per addurre riguardo a ogni singolo documento gli argomenti che secondo loro si opporrebbero alla consegna. Questo affinché esse possano esercitare in maniera concreta ed effettiva il loro diritto di essere sentite (v. art. 30 cpv. 1 PA), secondo modalità di collaborazione comunque rispettose del principio della buona fede (art. 5 cpv. 3 Cost.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Praxiskommentar VwVG, 2a ediz. 2016, n.

54 ad art. 12 PA). La cernita deve aver luogo anche qualora l'interessato rinunci ad esprimersi (DTF 130 II 14 consid. 4.3 e 4.4; 126 II 258 consid. 9b/aa pag. 262; cfr. anche DTF 127 II 151 consid. 4c/aa; ZIMMERMANN, *op. cit*., n. 484, 723-724; DE PREUX, L'entraide internationale en matière pénale et la lutte contre le blanchiment d'argent, in SJZ 104/2008 n. 2 pag. 34).

4.2 Nella fattispecie, occorre innanzitutto rilevare che effettivamente lo scritto del 6 dicembre 2022, mediante il quale il MPC invitava A. SA a prendere posizione in merito al procedimento rogatoriale non è mai pervenuto a quest'ultima. Come chiaramente indicato nell'attestazione di ricevimento agli atti e di cui risulta che il MPC abbia preso conoscenza il 17 gennaio 2023 (v. act. 4.13), detto scritto è stato erroneamente notificato a D. SA, una società con sede nello stesso stabile dell'insorgente. Dopo avere preso conoscenza di questo palese errore, certo non imputabile al MPC ma nemmeno alla ricorrente, il MPC ha respinto le legittime richieste della ricorrente volte all'ottenimento di una restituzione del termine (v. act. 1.4 e 1.5), limitandosi a far notare come l'errore sia da attribuire alla Posta (v. act. 1.6 e 13, pag. 2 e seg.). Tale modo di procedere ha impedito alla ricorrente di esprimersi sui documenti oggetto della trasmissione litigiosa e di partecipare quindi alla cernita *prima* dell'emanazione della decisione di chiusura, violando in maniera grave il suo diritto di essere sentita. Di fatto si è così eluso un passo obbligatorio e cruciale della procedura di assistenza privando la ricorrente dei relativi diritti di partecipazione fattiva. È ovvio che questa omissione non può essere semplicemente compensata in sede ricorsuale perché questo significherebbe spostare *eo ipso* di fronte all'autorità di ricorso una fase della procedura che deve essere originariamente e obbligatoriamente svolta di fronte all'autorità d'esecuzione (v. art. 80*b* cpv. 1 AIMP). In considerazione della gravità della violazione del diritto di essere sentita della ricorrente, questa non è sanabile dinanzi alla presente Corte, nonostante il pieno potere di esame di cui essa dispone.

L'art. 61 cpv. 1 PA prevede che l'autorità di ricorso può eccezionalmente rinviare la causa all'autorità inferiore con istruzioni vincolanti. Ciò è ad esempio il caso quando vi è una violazione del diritto di essere sentito (CAMPRUBI, in Auer/Müller/Schindler (ed.), VwVG Kommentar, 2a ediz. 2019, n.11 ad art. 61 PA). La decisione impugnata deve quindi essere annullata e la causa rinviata all'autorità precedente, la quale impartirà alla ricorrente un nuovo termine per partecipare alla cernita e per addurre i motivi che si opporrebbero alla trasmissione di determinati atti. Di conseguenza l'esame delle ulteriori censure ricorsuali si rivela superfluo.

5. In conclusione, il ricorso va accolto, e la causa è rinviata al MPC per nuova decisione nel rispetto del diritto di essere sentita della ricorrente.

6.

6.1 Visto l'esito della procedura, non si riscuote tassa di giustizia (art. 63 cpv. 2 PA richiamato l'art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP). La cassa del Tribunale penale federale restituirà alla ricorrente l'anticipo delle spese già pervenuto pari a fr. 5'000.–.

6.2 Giusta l'art. 64 cpv. 1 PA l'autorità di ricorso, se ammette il ricorso tutto o in parte, può, d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente un'indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato. Il regolamento del Tribunale penale federale sulle spese, gli emolumenti, le ripetibili e le indennità della procedura penale federale (RSPPF; RS 173.713.162), concretizza questa disposizione agli artt. 10 e segg. In base all'art. 12 cpv. 2 RSPPF, se l'avvocato, come *in casu*, non presenta alcuna nota delle spese, l'onorario è fissato secondo il libero apprezzamento della Corte dei reclami penali. Nella fattispecie, appare adeguato un onorario di fr. 2'000.–. L'indennità è messa a carico del Ministero pubblico della Confederazione in quanto autorità inferiore giusta l'art. 64 cpv. 2 PA.

Per questi motivi, la Corte dei reclami penali pronuncia:

1. L'istanza di cambiamento della lingua della procedura è respinta.

2. Il ricorso è accolto. La decisione di chiusura RH.22.0006 del Ministero pubblico della Confederazione del 28 gennaio 2023 è annullata e la causa è rinviata a tale autorità per una nuova decisione nel rispetto del diritto di essere sentita di A. SA.

3. Non si prelevano spese. La cassa del Tribunale penale federale restituirà alla ricorrente l'anticipo delle spese già pervenuto pari a fr. 5'000.–.

4. Il Ministero pubblico della Confederazione verserà alla ricorrente un importo di fr. 2'000.– a titolo di ripetibili.

Bellinzona, 8 maggio 2023

In nome della Corte dei reclami penali
del Tribunale penale federale

Il Presidente: Il Cancelliere:

Comunicazione a:

- Avv. Cyrus Siassi
- Ministero pubblico della Confederazione
- Ufficio federale di giustizia, Settore Assistenza giudiziaria
- Ministero pubblico della Confederazione, Servizio esecuzione delle sentenze

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). Gli atti scritti devono essere consegnati al Tribunale federale oppure, all'indirizzo di questo, alla posta svizzera o a una rappresentanza diplomatica o consolare svizzera al più tardi l'ultimo giorno del termine (art. 48 cpv. 1 LTF). In caso di trasmissione per via elettronica, per il rispetto di un termine è determinante il momento in cui è rilasciata la ricevuta attestante che la parte ha eseguito tutte le operazioni necessarie per la trasmissione (art. 48 cpv. 2 LTF).

Il ricorso è ammissibile soltanto se concerne un'estradizione, 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).