

TPF 2015 134

24. Estratto della sentenza della Corte dei reclami penali nella causa A. SA contro Amministrazione federale delle dogane del 4 novembre 2015 (RR.2015.210)

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale; consegna di mezzi di prova. Principio della doppia punibilità.

Art. 44 LFINMA, art. 1 cpv. 2 LBCR

Esame della doppia punibilità alla luce dell'art. 44 LFINMA. Senza alcuna descrizione concreta dei comportamenti, delle modalità dei trasferimenti, delle tipologie dei valori procurati, né benché minima indicazione dei valori in gioco, non è possibile stabilire se l'attività concretamente descritta nella commissione rogatoria ricadrebbe, nel diritto svizzero, sotto una delle attività soggette ad autorizzazione giusta l'art. 44 LFINMA. In base all'art. 1 cpv. 2 terza proposizione della legge sulle banche, la mera emissione di prestiti non ricade sotto il predetto regime di autorizzazione (consid. 2.3).

L'esercizio di un'attività finanziaria senza autorizzazione, ossia un comportamento rientrante nel campo di applicazione dell'art. 44 LFINMA, non costituisce un crimine, prevedendo quale sanzione una pena detentiva sino a tre anni o la pena pecuniaria: ne discende che, secondo il diritto svizzero, il reato di riciclaggio di denaro non può entrare in considerazione (consid. 2.4).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Herausgabe von Beweismitteln. Prinzip der doppelten Strafbarkeit.

Art. 44 FINMAG, Art. 1 Abs. 2 BankG

Überprüfung der doppelten Strafbarkeit im Lichte des Art. 44 FINMAG. Ohne konkrete Beschreibung weder der Verhaltensweisen, der Modalitäten der Überweisungen, der Art der beschafften Vermögenswerte noch des geringsten Hinweises zur Höhe der betreffenden Vermögenswerte ist es unmöglich zu bestimmen, ob die im vorliegenden Rechtshilfeersuchen konkret beschriebenen Handlungen unter schweizerischem Recht unter eine der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten gemäss Art. 44 FINMAG fallen würden. Die blosser Auflage von Anleihen im Sinne des Art. 1 Abs. 2 Satz 3 des Bankengesetzes fällt nicht unter die vorerwähnte Bewilligungspflicht (E. 2.3).

Das Ausüben einer Finanzhandelstätigkeit ohne Bewilligung bzw. ein in den Anwendungsbereich von Art. 44 FINMAG fallendes und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedrohtes Verhalten, stellt kein Verbrechen dar. Daraus folgt, dass nach schweizerischem Recht der Tatbestand der Geldwäscherei nicht in Betracht fällt (E. 2.4).

Entraide judiciaire internationale en matière pénale; remise de moyens de preuve. Principe de la double incrimination.

Art. 44 LFINMA, art. 1 al. 2 LB

Examen de la double incrimination à la lumière de l'art. 44 LFINMA. En l'absence de toute description concrète des comportements, des modalités ayant présidé aux transferts, du type de valeurs obtenues, ni même de la moindre indication des montants en jeu, il n'est pas possible de déterminer si l'activité concrètement décrite dans la demande d'entraide tomberait, en droit suisse, sous l'une des activités sujettes à autorisation selon l'art. 44 LFINMA. Selon l'art. 1 al. 2, 3e phr. de la loi sur les banques, la simple émission d'emprunts ne tombe pas sous le régime d'autorisation précité (consid. 2.3).

L'exercice d'une activité financière sans autorisation, respectivement un comportement sanctionné par l'art. 44 LFINMA d'une privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire, ne constitue pas un crime: il en découle que, selon le droit suisse, l'infraction de blanchiment d'argent ne peut entrer en considération (consid. 2.4).

Riassunto dei fatti:

Il 1° aprile 2014 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Massa (Italia) ha presentato alla Svizzera una domanda d'assistenza giudiziaria, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di svariati soggetti per i reati di riciclaggio (art. 648-bis CP italiano) e abusiva attività finanziaria (art. 132 Decreto legislativo 385/1993) con l'aggravante del reato transnazionale (art. 3 Legge 146/2006). Secondo l'attività investigativa svolta in Italia, commercianti all'ingrosso e al dettaglio di gioielli e preziosi avrebbero trasferito il ricavo delle vendite, tra cui anche contanti, a imprenditori del settore del marmo. Questi ultimi avrebbero a loro volta trasferito/scambiato il denaro ricevuto, mediante cessione a terzi imprenditori nazionali o tramite l'apertura di rapporti bancari o finanziari all'estero (anche in Svizzera), mediante ditte fittizie, al fine di occultarne la provenienza. Con la domanda di assistenza, l'autorità rogante ha segnatamente postulato l'acquisizione presso banca B., di informazioni e documentazione a far tempo dal 1° gennaio 2005, in particolare della documentazione completa di apertura, dei documenti C. e degli allegati, delle procure e dei documenti di identificazione delle persone abilitate a disporre e degli estratti conto relativamente alla relazione intestata alla A. S.A. Con e-mail del 19 agosto 2014 l'autorità estera ha precisato che dalle indagini sarebbe emersa anche l'ipotesi del reato di associazione per

delinquere (art. 416 CP italiano), come pure che i commercianti di gioielli non sarebbero indagati per violazioni ai fini IVA, mentre alcuni dei soggetti indicati nella domanda rogatoria sarebbero indagati per reati tributari nel settore delle imposte dirette. Con decisione del 16 giugno 2015 l'AFD ha ordinato la trasmissione all'autorità richiedente della documentazione sequestrata relativa alla relazione intestata alla A. SA. Il 14 luglio 2015 quest'ultima ha interposto ricorso contro tale decisione dinanzi alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale.

La Corte dei reclami penali ha accolto il ricorso ed annullato la decisione impugnata.

Dai considerandi:

2. Nella propria impugnativa, la ricorrente censura anzitutto la violazione del principio della doppia punibilità. In particolare, ella evidenzia come le fattispecie evocate nella rogatoria non permetterebbero di determinare per quali reati esattamente siano indagate le persone menzionate nella rogatoria, ciò che non permetterebbe la verifica dell'esistenza del reato posto alla base della richiesta di assistenza.

2.1 Aderendo alla Convenzione europea del 20 aprile 1959 di assistenza giudiziaria in materia penale (CEAG; RS 0.351.1), 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. a 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). L'art. X n. 1 dell'Accordo del 10 settembre 1998 tra la Svizzera e l'Italia che completa la CEAG e ne agevola l'applicazione (RS 0.351.945.41) prevede a sua volta che l'assistenza giudiziaria consistente in una misura coercitiva è concessa solo se il fatto che ha dato luogo alla commissione rogatoria è punibile secondo il diritto dei due Stati. 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 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. 3c/bb; 112 Ib 576 consid. 11b/bb pag. 594). 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 rinvi).

2.2 Nel caso di specie, l'inchiesta estera porta su diverse ipotesi di reato [...], ossia il riciclaggio (art. 648-bis CP italiano) e l'abusiva attività finanziaria (art. 132 Decreto legislativo 385/1993) con l'aggravante del reato transnazionale (art. 3 Legge 146/2006). L'autorità richiedente sostiene infatti che commercianti all'ingrosso o al dettaglio di gioielli e preziosi, in gran parte di origine indiana, esercitando illecitamente l'attività finanziaria, avrebbero procurato del denaro, anche in contanti, ad imprenditori italiani operanti nel settore dell'estrazione e della commercializzazione di marmo. A loro volta, detti imprenditori avrebbero – al fine di ostacolare la ricostruzione della sua provenienza – trasferito/sostituito il denaro ricevuto cedendolo a terzi imprenditori italiani o aprendo rapporti bancari/finanziari all'estero, verosimilmente in Svizzera, ricorrendo a società-schermo.

2.3 Dalla decisione finale impugnata, si evince che l'AFD ha considerato adempiuto il requisito della doppia punibilità alla luce dell'art. 44 della legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LFINMA; RS 956.1). In effetti il reato di abusiva attività finanziaria giusta l'art. 132 del Decreto legislativo 385/1993 presenta affinità con le equivalenti norme di diritto svizzero relative alla vigilanza sui mercati finanziari, attività per l'appunto svolta dalla FINMA (v. NOBEL, *Schweizerisches Finanz-marktrecht und internationale Standards*, 3a ediz., Berna 2010, pag. 484).

Secondo l'art. 44 LFINMA, chiunque, intenzionalmente, esercita senza autorizzazione, riconoscimento, abilitazione o registrazione un'attività soggetta ad autorizzazione, riconoscimento, abilitazione o registrazione conformemente alle leggi sui mercati finanziari è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria (cpv. 1). Chi ha agito per negligenza è punito con la multa sino a 250'000 franchi (cpv. 2). In caso di recidiva entro cinque anni da una condanna passata in giudicato, la pena pecuniaria è di almeno 45 aliquote giornaliere (cpv. 3).

Sotto il profilo oggettivo la fattispecie presuppone l'esistenza di un'attività soggetta ad autorizzazione, riconoscimento, abilitazione o registrazione da parte della FINMA (v. SCHWOB/WOHLERS, Basler Kommentar, Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2a ediz., Basilea 2011, n. 11 ad art. 44 LFINMA). Ora, dalla descrizione contenuta nella domanda di assistenza, non risulta quale sarebbe l'attività finanziaria illecitamente esercitata dai commercianti di gioielli e preziosi, limitandosi l'autorità estera ad indicare che essi si sarebbero «adoperati per procurare del denaro, talora in contanti, in dispregio ai vincoli e senza le prescritte autorizzazioni richiesti dal D. Lgs. n. 385/1993 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), in favore di imprenditori italiani, con aziende ubicate sul territorio nazionale, operanti nel settore dell'estrazione e della commercializzazione del marmo».

Su tale base, senza alcuna descrizione concreta dei comportamenti, delle modalità dei trasferimenti, delle tipologie dei valori procurati, né benché minima indicazione dei valori in gioco, non è possibile stabilire se l'attività asseritamente svolta dai citati commercianti ricadrebbe, nel diritto svizzero, sotto una delle attività soggette ad autorizzazione giusta l'art. 44 LFINMA. Del resto in base all'art. 1 cpv. 2 terza proposizione della legge federale dell'8 novembre 1943 sulle banche e le casse di risparmio (legge sulle banche, LBCR; RS 952.0), la mera emissione di prestiti non basta per far ricadere un'attività sotto il regime di autorizzazione (v. anche art. 2 dell'ordinanza del 30 aprile 2014 sulle banche e le casse di risparmio [ordinanza sulle banche, OBCR; RS 952.02]), né l'autorità d'esecuzione ha in alcun modo spiegato in virtù di quale disposizione della stessa LBCR l'attività in parola, se trasposta nel diritto svizzero, costituirebbe un reato penale. Gli elementi forniti dall'autorità rogante sono altresì talmente scarni da rendere impossibile una simile valutazione, per tacere del fatto che una violazione delle disposizioni in ambito di fiscalità indiretta (che di per sé permetterebbe misure di assistenza ex art. 50 CAS; v. DTF 136 IV 88 consid. 3.2 pag. 91) è stata esclusa e le pretese violazioni in ambito di fiscalità diretta cadrebbero comunque nella riserva di cui all'art. 3 cpv. 3 AIMP.

Ne discende che, sotto questo profilo, il requisito della doppia punibilità non può considerarsi adempiuto.

2.4 L'autorità rogante reputa che l'agire dei commercianti e degli imprenditori italiani adempirebbe anche la fattispecie del reato di

riciclaggio di denaro. L'AFD, dal canto suo, non ha ritenuto di dover approfondire questo aspetto, avendo già ritenuto adempiuto il requisito della doppia punibilità con l'applicazione dell'art. 44 LFINMA.

In base all'art. 305^{bis} CP chiunque compie un atto suscettibile di vanificare l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria (n. 1). Nei casi gravi, la pena è una pena detentiva sino a cinque anni o una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria sino a 500 aliquote giornaliere (n. 2). Vi è caso grave segnatamente se l'autore: agisce come membro di un'organizzazione criminale (lett. a), agisce come membro di una banda costituitasi per esercitare sistematicamente il riciclaggio (lett. b) o realizza una grossa cifra d'affari o un guadagno considerevole facendo mestiere del riciclaggio (lett. c). L'autore è punibile anche se l'atto principale è stato commesso all'estero, purché costituisca reato anche nel luogo in cui è stato compiuto (n. 3).

Nel diritto svizzero dunque, presupposto per l'esistenza del reato di riciclaggio di denaro, è che il reato a monte sia costituito da un crimine, ossia da un reato per cui è comminata una pena detentiva di oltre tre anni (art. 10 cpv. 2 CP). In *casu*, il reato presupposto sarebbe costituito, stando alla descrizione contenuta nella rogatoria, dall'esercizio di un'attività finanziaria senza autorizzazione, ossia da un comportamento rientrante nel campo di applicazione dell'art. 44 LFINMA. Detta norma, tuttavia, oltre a non essere comunque concretamente applicabile visto quanto ritenuto al consid. 2.3, non costituisce nemmeno un crimine, prevedendo essa quale sanzione una pena detentiva sino a tre anni o la pena pecuniaria. Ne discende che, secondo il diritto svizzero, il reato di riciclaggio di denaro non potrebbe entrare in considerazione.

2.5 Certo ci si può chiedere se l'abusiva attività finanziaria che viene rimproverata ai commercianti di gioielli e preziosi in questione non comprenda anche il commercio stesso di preziosi e quindi se a livello di doppia punibilità non potrebbe entrare in considerazione un'eventuale violazione delle disposizioni penali di cui agli art. 44 e segg. della legge federale del 20 giugno 1933 sul controllo del commercio in metalli preziosi e in lavori di metalli preziosi (legge sul controllo dei metalli preziosi, LCMP; RS 941.31). Sennonché nella rogatoria non vi è alcun elemento in tal senso e viene fatto riferimento esclusivamente al fatto di essersi «adoperati per procurare del denaro, talora in contanti, in dispregio ai

vincoli e senza le prescritte autorizzazioni richiesti» dal Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Non vi è dunque nessun elemento per ritenere che essi abbiano esercitato in maniera abusiva anche l'attività di commerciante di gioielli e preziosi e che quindi, se trasposta nel diritto svizzero, la loro attività avrebbe dovuto essere sottoposta alla sorveglianza da parte dell'Ufficio centrale di controllo dei metalli preziosi (v. art. 3 e segg. dell'ordinanza dell'8 maggio 1934 sul controllo del commercio in metalli preziosi e in lavori di metalli preziosi [ordinanza sul controllo dei metalli preziosi, OCMP; RS 941.311]). Del resto l'art. 132 del citato Testo unico si riferisce ad attività finanziarie in senso stretto e non ad altre forme di commercio, come appunto quello dei metalli preziosi. La dottrina italiana (v. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Leggi complementari, vol. I, I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza, 14a ediz., a cura di Luigi Conti, Milano 2013, pag. 339 e seg.) sottolinea a questo proposito come la norma in questione «trova la sua ragion d'essere in una esigenza di controllo dell'esercizio, nei confronti del pubblico, dell'assunzione di partecipazioni, concessione di finanziamenti, prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi, negozi tutti compresi nella formula 'attività finanziaria' (art. 106 legge bancaria)». In una prospettiva di doppia punibilità non viene nemmeno in soccorso l'art. 2 cpv. 3 lett. c della legge federale del 10 ottobre 1997 relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (legge sul riciclaggio di denaro, LRD; RS 955.0), perlomeno sulla base delle informazioni agli atti, nella misura in cui l'estensione della nozione di «intermediario finanziario» anche alle persone che commerciano, per conto proprio o per conto terzi, segnatamente metalli preziosi, con conseguente assoggettamento ad una specifica vigilanza ex art. 12 lett. c LRD (v. SCHWOB/WOHLERS, op. cit., n. 17 ad art. 44 LFINMA), non è prevista all'art. 132 Testo unico, né l'autorità rogante sembrerebbe sostenere che gli illeciti siano stati commessi nell'esercizio del commercio di gioielli e preziosi. Su quest'ultimo aspetto la rogatoria è comunque lacunosa e non permette al giudice dell'assistenza di valutare se potrebbe eventualmente entrare in considerazione una doppia punibilità alla luce dell'art. 12 lett. c LRD. Ciò non toglie che, con un esposto dei fatti più completo, potrebbe emergere l'esistenza di irregolarità sotto il profilo delle autorizzazioni in quanto commercianti di preziosi.

Vi è quindi ragione per rinviare il fascicolo all'autorità precedente affinché chieda senza indugio all'autorità rogante un completamento ai sensi dell'art. 28 cpv. 6 AIMP.

2.6 Per il resto non occorre chinarsi sulle ulteriori censure formulate dalle ricorrente non potendosi comunque fornire assistenza senza che i predetti chiarimenti vengano effettuati dall'autorità precedente e se del caso venga emanata una nuova decisione che affronti la questione della doppia punibilità giusta l'art. 44 LFINMA in combinato disposto con l'art. 12 lett. c LRD.

TPF 2015 141

25. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération et Tribunal des mesures de contrainte du 18 novembre 2015 (RR.2015.167)

Entraide judiciaire internationale en matière pénale. Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Qualité pour recourir.

Art. 80h let. b EIMP

Celui qui acquiert une carte téléphonique prépayée sous un faux nom ne peut se voir reconnaître le droit de recourir contre la transmission des données tirées des contrôles téléphoniques y relatifs (consid. 4).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Beschwerdelegitimation.

Art. 80h lit. b IRSG

Wer unter falschem Namen eine Prepaid-Telefonkarte erwirbt, ist nicht befugt, gegen die Herausgabe der mit Überwachung dieser Nummer gesammelten Daten Beschwerde zu führen (E. 4).