

Svizzera

NUOVO CODICE SVIZZERO DI PROCEDURA PENALE: INNOVAZIONI E SFERA PERSONALE PRIVATA

Valenza interpretativa attuale e preparativi in vista dell'entrata in vigore: 2010 o 2011?

Introduzione

1. Il nuovo CPP-CH (ben 457 articoli ed un elenco di 34 leggi federali abrogate o rivedute) venne approvato dalle Camere federali il 5 ottobre 2007, ma l'entrata in vigore, prevista per il 2010, potrebbe slittare al 2011. Infatti, parecchi Cantoni chiedono proroghe al Consiglio federale per disporre del tempo sufficiente alla revisione della propria organizzazione giudiziaria. Ciò malgrado, anche per il Compliance Officer qualche primo approccio non è prematuro:
 - a) anzitutto, poiché il CPP-CH costituisce in gran parte la codificazione della giurisprudenza e della prassi. Pertanto, qualcuna delle sue norme, ma specialmente il commento espresso dalla nuova dottrina (cfr. bibliografia allegata) e dal Messaggio governativo N. N. 05.092 del 21 dicembre 2005, offrono spunti interpretativi utili anche per qualche norma di procedura federale o cantonale vigente;
 - b) inoltre, i procedimenti penali richiedono tempi lunghi: una denuncia o un'accusa, anche se formulata nel 2008, potranno trovarsi disciplinati dalle norme del nuovo CPP-CH.

Pertanto, vengono elencati di seguito, accompagnati da una descrizione sommaria, in primo luogo, le innovazioni principali dal punto di vista della banca e dell'impresa coinvolta quale parte lesa oppure quale destinataria di provvedimenti coercitivi e, in secondo luogo, le soluzioni, talune nuove, adottate per la protezione della sfera personale privata, ed in particolare del segreto professionale, compreso quello bancario. Infatti, anche se i numerosi tentativi concentrici, a livello internazionale, di erodere la portata del segreto bancario aumentano le eccezioni in favore di procedimenti stranieri, specialmente fiscali, l'obbligo del segreto bancario, a livello interno, sicuramente rimarrà ancora a lungo, per cui, anche nell'ambito del procedimento penale, si dovrà continuare a tenerne conto.

1. Innovazioni principali

2. Anzitutto, è stata codificata la prassi, elaborata nei decenni scorsi, riguardante il rispetto dei principi fondamentali, come il rispetto della dignità umana, l'obbligo della correttezza, del principio della buona fede e della equità di trattamento (art. 3 CPP) nonché il diritto di essere sentito (art. 107 CPP) ed inoltre la presunzione di innocenza ed il principio *in dubio pro reo* (art. 10 CPP). Poiché è stato abolito l'istituto del Giudice Istruttore, la direzione del procedimento penale dal suo inizio sino all'apertura del dibattimento davanti al Giudice del merito, è stata attribuita ad un'unica autorità, ossia il Ministero Pubblico (art. 61 CPP). Per bilanciare il potere processuale attribuito a quest'ultima autorità, è stato istituito il Giudice dei provvedimenti coercitivi (art. 18 CPP) quale autorità competente per ordinare la carcerazione preventiva e la carcerazione di sicurezza nonché per disporre determinati provvedimenti coercitivi di carattere particolarmente invasivo rispetto ai diritti individuali, come per esempio la

sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni (art. 272 CPP), l'impiego di apparecchi tecnici di sorveglianza (art. 281 cpv. 4 CPP), l'inchiesta mascherata (art. 286 CPP) e la sorveglianza delle relazioni bancarie (art. 284 CPP).

3. Inoltre, è stata introdotta la facoltà della polizia di interrogare, non solo, come sinora, l'accusato e le persone informate sui fatti, bensì anche i testimoni, con facoltà di avvisarli riguardo all'obbligo di testimoniare e di dire la verità (art. 177 CPP) e con diritto per l'imputato di esigere la presenza del suo difensore anche in caso di interrogatorio da parte della polizia (art. 159 cpv. 1 CPP) e comunque dopo il primo interrogatorio da parte del Pubblico Ministero (art. 131 cpv. 2 CPP). Anche questa, definita come "avvocato della prima ora", costituisce una novità rilevante.
4. Infine, è stata introdotta la possibilità di inoltrare ricorso in appello contro le sentenze di prima istanza (art. 398 e segg. CPP), il che comporterà necessariamente il prolungamento del processo penale, allontanando nel tempo la sentenza definitiva.
5. Dal punto di vista del miglioramento dell'efficienza tecnica, è poi da segnalare l'ammissibilità dell'utilizzazione della corrispondenza elettronica per la presentazione delle istanze di parte (art. 110 cpv. 2 CPP) nonché per la notifica delle decisioni (artt. 86 e 91 cpv. 3 CPP) nonché, d'altra parte, la possibilità di verbalizzare le deposizioni utilizzando strumenti audiovisivi (art. 76 cpv. 4 CPP). Infine, ci si è preoccupati di meglio disciplinare la gestione degli atti (art. 100 segg.), che, specialmente nei procedimenti riguardanti la criminalità economica, raggiungono spesso dimensioni imponenti, che ne rendono difficile la gestione e la consultazione da parte delle persone autorizzate.

II. Protezione della sfera personale privata

6. I provvedimenti coercitivi attribuiti all'autorità penale nell'ambito del procedimento comportano inevitabilmente la limitazione dei diritti individuali, compresa, in particolare, la limitazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare prevista dall'art. 13 della Costituzione federale. Anche queste limitazioni sono però sottoposte al principio di proporzionalità, non solo perché quest'ultimo è salvaguardato anche a livello costituzionale (art. 5 cpv. 3 e art. 36 cpv. 3 Cost. fed.), ma anche perché la sua concretizzazione è prevista esplicitamente dallo stesso CPP e precisamente dall'art. 197 cpv. 1 lett. c) e lett. d) CPP.
7. Come finora, lo svincolo dall'obbligo di testimoniare è previsto esclusivamente a favore dei professionisti e dei loro ausiliari del settore forense e del settore medico, essendone invece esclusi gli intermediari finanziari, malgrado gli stessi siano sottoposti all'obbligo del segreto professionale nonché all'obbligo del segreto d'affari previsto dall'art. 152 CPS. L'unica eccezione che possono far valere è quella prevista dall'art. 173 cpv. 2 CPP "se essi possono rendere verosimile che l'interesse al mantenimento del segreto prevale su quello all'accertamento della verità".
8. La cernita della documentazione acquisita mediante perquisizione e sequestro è disciplinata dall'art. 247 CPP, mentre è stata perfezionata la procedura di apposizione dei sigilli (art. 248 CPP) e del dissuggello, che la parte interessata, come detentore delle carte sottoposte a perquisizione, può chiedere venga decisa da parte del Giudice dei provvedimenti coercitivi, anche con facoltà di far capo a tale scopo ai servizi di un

esperto neutrale (art. 248 cpv. 4 CPP). Ovviamente, l'autorità penale può chiedere che il detentore di carte e di dati produca copie e versioni stampate anche delle informazioni immagazzinate su supporti elettronici di dati (cfr. Messaggio pag. 1142).

9. Secondo l'art. 242 CPP l'autorità penale ha facoltà di "attuare le misure di sicurezza atte a conseguire lo scopo del provvedimento", come per esempio l'ordine di non rivelare a terzi l'esistenza di un procedimento penale (art. 73 CPP), di un ordine di perquisizione o di sequestro (art. 199 CPP), dell'interrogatorio di un testimone (art. 165 CPP).
10. Particolari garanzie sono state previste a favore delle persone che sono oggetto di misure di sorveglianza che, per loro natura, debbono essere attuate in segreto e vengono comunicate agli interessati esclusivamente dopo la loro esecuzione, come:
 - a) la sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni (art. 269 CPP);
 - b) la raccolta di informazioni riguardo ai dati relativi ai collegamenti, alle comunicazioni e fatturazioni (art. 273 CPP);
 - c) la sorveglianza mediante apparecchi tecnici di sorveglianza (art. 280 CPP);
 - d) l'osservazione di persone e di cose (art. 282 CPP);
 - e) l'inchiesta mascherata (art. 286 CPP).

Proprio a causa dell'incidenza di queste misure nei diritti individuali e fondamentali non solo dell'imputato, ma anche di terze persone, le stesse devono essere approvate da parte del Giudice dei provvedimenti coercitivi, al quale si potrà presentare reclamo una volta che la misura sia stata resa nota alla persona coinvolta. Inoltre, viene disciplinata in dettaglio la modalità di utilizzazione dei cosiddetti "reperti casuali" (art. 278 e 296 CPP) nonché la salvaguardia del segreto professionale (art. 271 CPP).

11. Notoriamente, una volta che i documenti ricoperti dal segreto professionale, come per esempio i documenti bancari, vengono acquisiti nell'incanto penale, gli stessi sono sottoposti al rischio di essere messi a disposizione di un alto numero di persone. Però, secondo l'art. 108 cpv. 1 lett. b CPP l'accesso delle parti agli atti del procedimento penale può essere limitato "per tutelare interessi pubblici o privati al mantenimento del segreto". Inoltre, anche nei confronti di terze persone rispettivamente di altre autorità, l'esame degli atti può avvenire soltanto "se non vi si oppongono interessi pubblici o privati preponderanti".
12. Viene infine disciplinata la sorveglianza delle relazioni bancarie (art. 284 CPP) che può essere ordinata soltanto dal Giudice dei provvedimenti coercitivi, prevedendo in particolare che "la banca e l'istituto analogo non sono tenute a fornire informazioni e documenti che dovessero comportare elementi a loro carico tali da:
 - a) poterle rendere penalmente responsabili (art. 285 cpv. 2 lett. a CPP) oppure
 - b) poterle rendere civilmente responsabili allorquando l'interesse della loro protezione prevale su quello del perseguimento penale (art. 285 cpv. 2 lett. b CPP)".

Secondo l'art. 285 cpv. 4 CPP *"le persone a cui il traffico bancario è stato sorvegliato possono interporre reclamo conformemente agli articoli 393-397 CPP"*, all'autorità giudiziaria di reclamo.

13. Secondo l'art. 393 cpv. 2 CPP, mediante il reclamo si possono censurare:
 - a) le violazioni del diritto, compreso l'eccesso, l'abuso, il potere di apprezzamento e la denegata o ritardata giustizia,
 - b) l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti,
 - c) l'inadeguatezza (Unangemessenheit, inopportunité).
14. Tenendo presente che, spesso, anche la banca rimane vittima di reati, specialmente di carattere economico, rammentiamo che è stata disciplinata in modo più chiaro la costituzione di parte civile (art. 118 CPP) nonché il cosiddetto procedimento in via adesiva (*Adhäsionsverfahren*) nel quale far valere le pretese di diritto civile desunte dal reato (art. 122 CPP).
15. Poiché, da un lato, l'art. 433 CPP prevede a carico dell'imputato l'obbligo di indennizzare adeguatamente l'accusatore privato delle spese necessarie per il perseguimento, anche all'accusatore privato possono essere addossate le spese procedurali cagionate dalle sue istanze riguardanti gli aspetti civili (art. 427 CPP). A questo scopo, l'accusatore privato insolubile oppure che non abbia domicilio o sede in Svizzera, può essere tenuto a prestare garanzia per l'indennizzo delle spese da lui cagionate (art. 125 CPP) oppure adeguato anticipo (art. 313 cpv. 2 CPP).
16. Mentre in definitiva è stato abbandonato il progetto di codificazione dell'istituto della mediazione, viene però rafforzato e disciplinato più in dettaglio l'istituto della conciliazione nel caso dei reati a querela di parte (art. 316 cpv. 1 CPP) oppure quando entra in considerazione l'impunità a seguito di riparazione secondo l'art. 53 CPS (art. 316 cpv. 2 CPP).
17. Tenendo presente che l'art. 102 CPS ha introdotto la responsabilità penale dell'impresa, l'art. 112 CPP ha precisato le modalità di rappresentanza dell'impresa nell'ambito del procedimento penale prevista dall'art. 102a CPS. Inoltre, l'art. 265 cpv. 2 CPP prevede che non sottostanno all'obbligo di consegna degli oggetti e valori patrimoniali che devono essere sequestrati *"le imprese, se la consegna comportasse a loro carico elementi tali da poterle rendere penalmente responsabili oppure poterle rendere civilmente responsabili allorquando l'interesse alla loro protezione prevale su quello del procedimento penale"*.
18. Infine, alcune garanzie procedurali previste nell'ambito del procedimento penale pendente in Svizzera, sono state estese anche al procedimento rogatorio, riguardo alla procedura di apposizione dei sigilli in caso di perquisizione di carte e di registrazioni, così come viene ora prevista dagli artt. 246 e 248 CPP. Inoltre, l'art. 148 CPP estende alla procedura di assistenza giudiziaria il diritto di partecipare all'assunzione delle prove.

Link: Messaggio N. 05.092 del Consiglio federale datato 21.12.2005
(www.admin.ch/ch/i/ff/2006/989.pdf)

Annesso: bibliografia (riportata qui di seguito)

PROCEDURA PENALE SVIZZERA

Bibliografia

- ACKERMANN Jürg-Beat / VETTERLI Luzia, Brisante Aspekte der neuen Anklageschrift - nach EMRK, BV und Schweizerischer Strafprozessordnung, ZStrR 2/2008, 193 ss.
- ALBERTINI Gianfranco / VOSER Beat / ZUBER Thomas, Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung, Krim 61 (2007) 53 ss.
- BÄNZIGER Felix, Der Beschwerdegang in Strafsachen, in: Ehrenzeller / Schweizer (Hrsg.), Reorganisation der Bundesrechtspflege - Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG) 40, St. Gallen 2006, 81 ss.
- BOMMER Felix, Ausgewählte Fragen der Strafrechtspflege nach Bundesgerichtsgesetz, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege - Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, 153 ss.
- CAMENZIND Hugo, «Anwalt der ersten Stunde» - ein zentraler Teil der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung, Anwaltsrevue 10 (2007), 328 ss.
- DONATSCH Andreas, Der Sachverständige im Strafverfahrensrecht, unter besonderer Berücksichtigung seiner Unabhängigkeit sowie des Privatgutachters, in: Jusletter 14.5.2007
- DONATSCH Andreas / CAVEGN Claudine, Entwicklungen im Strafprozessrecht / Le point sur le droit de la procédure pénale, SJZ 103 (2007), 410 ss.
- Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2/2008, 158-173
- DROESE Lorenz, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Luzern 2008
- DUBS Hans, Das Zeugnisverweigerungsrecht als Grund für den Ausschluss von Zwangsmassnahmen im Strafverfahren, Aarau 1990, 73 ss.
- GOLDSCHMID Peter, Ausgewählte Fragen zur Umsetzung der Schweizerischen StPO, in: Justice - Justiz - Giustizia, Die Schweizer Richterzeitung 2008/2
- HANSJAKOB Thomas, BÜPF / VÜPF. Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Schriftenreihe des Institutes für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis 44, 2. Aufl., St. Gallen 2006
- Zwangsmassnahmen in der neuen Eidg. StPO, ZStrR 1/2008, 90 ss.
- HIRSIG-VOUILLOZ Madeleine, Confiscation pénale et créance compensatrice (art. 69 à 72 CP) - Evolutions récentes, Jusletter 8.1.2007
- Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), PJA 2007, 1376 ss.
- JEANDIN Nicolas, La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile, Journée 2002 de droit bancaire et financier, Zurich 2003
- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Marc, Wahrheitsfindung bei Wirtschaftskatastrophen – Strafprozesse für die Geschichtsforschung?, ZStrR 2/2008, 115 ss.

- Die Mailbox - Ziel oder Weg? Zur Abgrenzung von Beschlagnahme und Überwachung im Strafverfahren, ZStrR 2/2007, 157 ss.
- LIEBER Viktor, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2/2008, 174 ss.
- LIENHARD, Andreas / KETTIGER, Daniel: Die organisatorische Einordnung der Staatsanwaltschaft in die kantonale Behördenstruktur. Grundlagen im Hinblick auf die Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells; Die Richterzeitung, Justice - Justiz - Giustizia 2008/2
- MOREILLON Laurent, Le recours en matière pénale, in: La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007, 173 ss.
- MELI Edy, Il Giudice dei provvedimenti coercitivi previsto dal Codice di diritto processuale penale svizzero e l'esperienza ticinese del Giudice e dell'arresto; Die Richterzeitung, Justice – Justiz – Giustizia 2008/2
- MELI Edy / NOSEDA John, Il nuovo Codice di diritto processuale penale svizzero e l'organizzazione giudiziaria ticinese - Lugano: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi; Bellinzona: distrib.: Residenza governativa, Ufficio della documentazione, cop. 2008. – 55 p. ; 23 cm. – (Atti della Serata di studio del 13 marzo 2008 / CFPG ; 10)
- NADELHOFER Simone, Probleme der Dritteinziehung gemäss Art. 70 Abs. 2 StGB, Jusletter 4.6.2007.
- PIOTET Denis, Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995
- PIQUEREZ Gérard, Procédure pénale suisse: manuel, 2e éd., Zürich 2007
- RIGOT Dominique, Le recouvrement forcé des créances de droit public selon le droit de poursuite pour dettes et la faillite, Yens 1991
- SCHMID Niklaus, Auswirkungen des Bundesgerichtsgesetzes auf die Strafrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Jusletter 18.12.2006
- Die Strafrechtsbeschwerde nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht - eine erste Auslegeordnung, ZStrR 2/2006, 160 ss.
- SCHWANDER Daniel, Plea Bargaining als "abgekürztes Verfahren" im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, SJZ 103(2007), 142 ss.
- THOMMEN Marc / WIPRÄCHTIGER Hans, Die Beschwerde in Strafsachen, AJP 6/2006, 651 ss.
- VOUILLOZ François, Le nouveau séquestre pénal suisse, Jusletter 18.2.2008
- VOUILLOZ Madeleine, La confiscation en droit pénal – art. 58 ss. CP, PJA 2001, 1387 ss.
- WYSS SISTI, Esther, Neuer Strafprozess: die Rechte der Opfer, in: Plädoyer 1/2008, Zürich, 34-39

Svizzera**RACCOMANDAZIONI ANTIRICICLAGGIO GAFI / FATF:
PIANO DI INTEGRAZIONE DEL DIRITTO SVIZZERO A PARTIRE DAL 1° FEBBRAIO
2009**

Salvo imprevisti, nel corso della sessione autunnale, le Camere federali approveranno la revisione della LRD integrandovi le norme delle Quaranta Raccomandazioni GAFI / FATF antiriciclaggio e delle Otto Raccomandazioni antiterrorismo che ancora mancavano nel diritto svizzero. Infatti, il progetto governativo già era stato approvato quasi integralmente nella sessione estiva (cfr. articolo intitolato "*Approvata la proposta di modifica alla LRD dalle Camere federali*" nella Newsletter n. 15, pag. 6 e segg.) rimanendo soltanto ancora qualche divergenza non essenziale. Pertanto, tenendo conto del termine di referendum, l'entrata in vigore dovrebbe essere fissata per il 1. febbraio 2009. Alla stessa data dovrebbe entrare in vigore anche il testo dell'Ordinanza antiriciclaggio della CFB che dovrà essere adattato di conseguenza. È invece ancora incerto il destino dell'Ordinanza antiriciclaggio dell'Autorità federale di controllo antiriciclaggio, di cui si prevedeva l'entrata in vigore di un testo riveduto nel corso del 2008. Infatti si dovrà tenere conto del fatto che dal 1. gennaio 2009 saranno sottoposti alla FINMA anche gli intermediari finanziari sottoposti direttamente alla vigilanza di controllo (DUFI / Direkt unterstellte Finanzintermediäre).

Link: per i prossimi aggiornamenti da parte dell'Autorità federale di controllo
<http://www.gwg.admin.ch/i/themen/finma/index.php>

Svizzera / USA**CONCORSO IN REATI FISCALI DI CONTRIBUENTI USA: RISCHI LEGALI E REPUTAZIONALI PER BANCHE SVIZZERE SECONDO LE AUTORITÀ STATUNITENSI**

Pubblicato il 17 luglio 2008 il Rapporto della Commissione d'inchiesta del Senato USA: manuale sui metodi investigativi, sulle procedure e sulle sanzioni possibili. Un bestseller per compliance officers

Introduzione

"Il cliente - e non la banca - è l'unico responsabile di fronte al fisco per l'adempimento dei suoi obblighi fiscali riguardo al suo patrimonio depositato in banca". Il suddetto Rapporto del Senato USA ha formalizzato la fine di questa visione o perlomeno l'ha pesantemente incrinata. Infatti è l'autorità del paese che si ritiene danneggiato a stabilire quando l'intervento di una banca estera abbia oltrepassato la soglia dell'illecito, facendo così scattare le sue procedure e sanzioni. L'approccio applicato dalle autorità USA è così sistematico, ed il Rapporto rende conto dei suoi risultati in modo così analitico, da costituire uno strumento conoscitivo indispensabile non solo per informare la clientela riguardo alle conseguenze per il segreto bancario svizzero, bensì anche per consigliare gli organi delle banche riguardo ai rischi collegati alla condotta fiscale tenuta dalla propria clientela. Questo compito rientra nella funzione Compliance, eventualmente in collaborazione con il Risk Management ed in particolare con la sua Divisione Tax Risk Management (cfr. Tax Risk Management bei Banken - eine zwingende und lohnende Investition, in Flash - Finanzdienstleistung, Juni 2008, pag. 23 e segg. Pricewaterhousecoopers, dove il capitolo "Steuerehrlichkeit der Kunde" viene trattato per ultimo e solo brevemente).

1. Metodi procedurali (pag. 2 segg.)

In connessione con l'acquisizione da parte delle autorità tedesche di circa 1400 nomi di clienti del Gruppo LGT (cfr. Newsletter N. 15 2008, pag. 11), nel febbraio 2008 l'IRS avviò indagini riguardanti oltre un centinaio di contribuenti statunitensi sospettati di mancata dichiarazione di loro patrimoni occultati su conti in Liechtenstein. Sembra che fra quanto pervenuto alle autorità USA da parte di un funzionario infedele del Gruppo LGT si trovino 12'000 pagine di documenti interni.

Nel maggio 2008 venne arrestato Bradley Birkenfeld, ex impiegato di UBS, siccome accusato di avere frodato il fisco per USD 7,2 milioni di un cliente relativi a circa USD 200 milioni nascosti in conti in Svizzera ed nel Liechtenstein. Nel giugno 2008 Birkenfeld - che già nel 2007 era stato oggetto di un decreto per testimoniare e fornire documenti (pag. 83) - si dichiarò colpevole, mentre il coaccusato, Mario Staggl di Vaduz, non si rese disponibile. Nel frattempo, nell'aprile 2008 Martin Liechti, responsabile del private banking di UBS, che era stato bloccato in Florida durante un viaggio d'affari, sino all'agosto 2008 era stato oggetto del divieto di abbandonare il territorio statunitense.

Il 1. luglio 2008, su istanza IRS, venne emanato un decreto giudiziario americano (pag. 3) richiedendo ad UBS la consegna della lista di tutti i clienti statunitensi titolari di conti in Svizzera per i quali non era stato inviato ad IRS l'apposito formulario, essendo formulata l'ipotesi di una condotta elusiva o contravvenzionale rispetto agli obblighi previsti dal Qualified Intermediary (QI) Agreement firmato dalle banche estere. Anche il Senate Subcommittee iniziò le sue indagini nel febbraio 2008 acquistando documenti mediante 35 decreti coercitivi (subpoena) e tramite altre autorità (p. es. la SEC), interviste, interrogatori di periti e testimoni, compreso Birkenfeld, ed interpellando diversi governi, fra cui quello

svizzero e del Liechtenstein, dei quali viene esplicitamente lodata la cooperazione (pag. 4). Il responsabile del Compliance di LGT si presentò davanti al Subcommittee, ma a condizione di non dover deporre su questioni riguardanti la clientela bensì soltanto su questioni di carattere generale. Per contro, un responsabile di UBS accettò di deporre senza condizioni, presentando le scuse di UBS e annunciando la rinuncia spontanea al settore Private Banking per contribuenti USA fuori dal territorio americano. Attualmente sono pendenti a carico di UBS procedimenti (pag. 81) promossi da IRS, Department of Justice e SEC (nell'ipotesi che funzionari UBS abbiano esercitato negli USA, un'attività sottoposta all'obbligo dell'autorizzazione, senza esserne titolari. Dal novembre 2007 UBS ha raccomandato ai suoi dipendenti svizzeri di evitare trasferte negli USA (pag. 81-93).

2. Risultato delle indagini

- 2.1. Riguardo a LGT, dopo brevi presentazioni della banca e delle sue attività (pagg. 4, 33) vengono descritte in dettaglio le relazioni intrattenute con sette clienti, tutti contribuenti americani, sulla base di numerosi documenti interni concludendo l'analisi come segue: "(...) troppo spesso, il personale della LGT ha considerato il ruolo della banca, non solo come quello di custode dei depositi del cliente o di consulente finanziario di fiducia, bensì anche come un partner di clienti desiderosi di occultare loro patrimoni verso le autorità fiscali, i creditori ed i tribunali. In questo contesto, le norme sul segreto bancario cominciano a servire non solo per la condotta abusiva del cliente bensì anche per la collusione con i clienti da parte delle banche per evadere le imposte, sfuggire ai creditori e sottrarsi alle ordinanze giudiziarie" (pag. 80).
- 2.2. Riguardo a UBS, dopo breve presentazione delle sue attività (pagg. 8, 81) vengono descritte in dettaglio le procedure applicate a favore di contribuenti statunitensi suddividendole nei capitoli seguenti:
- a) apertura di conti per miliardi (pag. 84) omettendo di dichiararli in conformità degli obblighi QI. Secondo UBS si tratta di circa 20'000 conti, di cui circa 1'000 dichiarati e circa 19'000 non dichiarati per un totale di circa CHF 182 miliardi. Ci si basa, fra l'altro, sui rapporti interni mensili denominati "Net New Money" (NNM), il relativo reddito per la Banca essendo stimato in circa USD 200 milioni (pag. 86);
 - b) garanzia del segreto bancario (pag. 66 e segg.): in base ai documenti si conclude che UBS (come pure LGT) dopo la firma del QI Agreement procedette ad una vendita massiccia di titoli americani ed alla costituzione di fondazioni, trust e società di sede a nome delle quali vennero aperti conti per contribuenti statunitensi "sfruttando un divario fra le norme KYC ed il programma QI, ossia trattando le società estere come soggetti non sottoposti agli obblighi QI, malgrado si fosse accertato, in base agli obblighi KYC, che i loro depositi appartenevano, come beneficiari, a cittadini statunitensi" (pag. 89);
 - c) clienti statunitensi come obiettivo (pag. 89 segg.): viene descritta in dettaglio la politica interna di UBS per la promozione dell'acquisizione della clientela statunitense a partire dal 2001 ("this was a massive machine", pag. 97) precisando il numero di viaggi per incontrare i clienti e la remunerazione collegata ("Ogni Team che presenta un cliente "referral" riceverà lo 0.33% dei profitti generati dal consulente finanziario per il periodo di quattro anni", pag. 95);
 - d) apertura di conti svizzeri per clienti statunitensi (pag. 97 segg.): vengono descritte sulla base di documenti interni le pratiche per assicurare l'anonimato, come la messa a disposizione di TAS e di carte di credito svizzere, l'uso di linguaggio in codice, le istruzioni per i consulenti in caso di domande da parte di funzionari

doganali USA (pag. 99), ed il suggerimento di giustificare come prelievi prelevamenti da conti svizzeri (pag. 100).

- e) violazione di restrizioni riguardanti le attività negli USA (pag. 101): viene descritta la discrasia esistente fra le norme interne di UBS sul programma QI e la pratica applicata del personale della Banca in violazione di tali norme concludendo che "le norme interne di UBS non erano applicate" (pag. 104);
- f) Il rapporto, dopo una dettagliata descrizione delle violazioni riguardanti un cliente (pag. 104 segg.), conclude che "le norme sul segreto bancario svizzero nascosero non soltanto gli abusi di contribuenti statunitensi nell'occultare i loro patrimoni presso UBS in Svizzera, bensì anche le iniziative adottate dal personale di UBS per assistere questi clienti" (pag. 110)

3. Conseguenze legali

A. Procedure americane

- 3.1. Negli USA sono ipotizzate sanzioni di carattere penale, amministrativo e fiscale nei confronti delle banche e delle persone coinvolte.
- 3.2. Sono possibili misure di carattere amministrativo riguardanti l'esercizio dell'attività sul territorio americano

B. Procedure svizzere

- 3.3. In Svizzera, la Commissione federale delle banche a fine maggio 2008 ha avviato un'inchiesta per stabilire se ed in quale misura collaboratori dell'UBS abbiano contribuito sistematicamente a privare il fisco statunitense di entrate fiscali¹.
- 3.4. Sono oggetto di esame diverse domande di assistenza presentate dalle autorità statunitensi:
 - a) in materia amministrativa,
in applicazione della Convenzione contro la doppia imposizione del 2.10.1996 e del relativo MoU del 23.01.2003 che elenca i 14 casi esemplificativi di frode fiscale²
 - b) in materia penale,
in applicazione del Trattato di assistenza del 25.5.1973, della Legge federale svizzera di applicazione del Trattato medesimo e, sussidiariamente, in applicazione della Legge federale svizzera sull'assistenza internazionale in materia penale (AIMP), ed in particolare dell'art. 3 cpv. 3 seconda frase AIMP sull'assistenza in caso di truffa in materia tributaria e dell'art. 24 OAIMP che definisce questo reato rinviando all'art. 14 della Legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA)³

¹ Cfr. risposta datata 2.09.2008 del Consiglio federale all'interpellanza 11.06.2008 n. 08.3307

² Daniel Hufschmid, "Tax fraud and the like" Die Voraussetzungen der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten gemäss DBA-USA, ASA 72, Nr. 8, 2004.

³ Anche in questo caso, come già per l'assistenza amministrativa la frode può risultare dall'uso di documenti falsi o dal cosiddetto *Lügenrechtheit*, concetto del diritto svizzero menzionato nel suddetto Rapporto USA

4. Revisioni raccomandate dalla Commissione

In base al risultato dell'inchiesta, la Commissione ha espresso le seguenti raccomandazioni:

- a) estendere gli obblighi QI anche ai conti bancari intestati a società di sede, trust e fondazioni di cui contribuenti americani siano beneficiari economici
- b) estendere a tutte le aziende finanziarie americane ed estere l'obbligo di segnalare all'autorità fiscale americana (IRS) mediante il formulario 1999 qualsiasi informazione riguardante conti esteri ed averi patrimoniali di ogni contribuente americano
- c) obbligo per gli auditors di segnalare all'IRS ogni frode o attività illegale riguardante il QI Agreement
- d) revocare lo statuto di QI alle banche che violano gli obblighi QI
- e) rivedere l'art. 311 del Patriot Act nel senso di autorizzare il Ministero del Tesoro a vietare alle suddette banche estere di compiere affari con istituzioni finanziarie americane
- f) revisione della legislazione fiscale americana in modo che una società off-shore, un trust, una fondazione sia presunta appartenere ad un cittadino americano che l'abbia fatta costituire, abbia effettuato versamenti in favore della stessa oppure abbia ricevuto versamenti da parte della stessa
- g) estensione da tre a sei anni del periodo disponibile per IRS, da quando ricevono un incarto, per indagare su casi sospetti che coinvolgono paesi che prevedono il segreto bancario
- h) accelerare l'approvazione della legge contro gli abusi tramite paradisi fiscali (Stop Tax Havens Abuses) per rafforzare la capacità delle autorità USA di lottare contro l'utilizzazione abusiva dei paradisi fiscali.

Link:

1. "Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance", Staff Report, Permanent Subcommittee on Investigations, United States Senate, July 17, 2008
<http://hsgac.senate.gov/public/files/071708PSIReport.pdf>
2. United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, "Dividend Tax Abuse: How Offshore Entities Dodge Taxes on U.S. Stock Dividends", Staff Report, Permanent Subcommittee on Investigations, United States Senate, Released in conjunction with the Permanent Subcommittee on Investigations, September 11, 2008 Hearing (pag. 51-57) <http://hsgac.senate.gov/public/files/091108DividendTaxAbuse.pdf>
3. Rapporto UBS sul primo semestre 2008 (talking points: Investigation into US cross-border business of UBS http://www.ubs.com/1/e/investors/quarterly_reporting.html)
4. Risposta 2.09.2008 del Consiglio federale all'interpellanza 08.3307
http://www.parlament.ch/I/Suche/Pagine/geschaefte.aspx?gesch_id=20083307
5. Hirszowicz Christine, Fiskalpolitischer Aktivismus auf internationale Ebene: Kostspielig und ineffizient, Zürich, Mai 2001
<http://www.isb.uzh.ch/publikationen/pdf/workingpapernr30.pdf>

Allegato: Washington vs. UBS-LGT - Cronologia sommaria
(riportata qui di seguito e aggiornata novembre 2008)

WASHINGTON VS. UBS-LGT

Cronologia sommaria

- aprile 2008 Arresto a Miami di Martin Liechti responsabile Wealth Management International di UBS. Da allora, sino all'agosto 2008, venne sottoposto all'obbligo di residenza negli USA con un braccialetto elettronico, in vista di un suo interrogatorio in qualità di *material witness*
- 19 giugno Dichiarazioni davanti al Tribunale di Fort Lauderdale, Florida, da parte di Birkenfeld, che si è dichiarato colpevole e disponibile a collaborare con le autorità
- 20 giugno Incontro a Washington fra il Dipartimento di Giustizia statunitense e funzionari svizzeri del Dipartimento federale delle finanze, della Commissione federale delle banche e dell'Ufficio federale di Giustizia, allo scopo di spiegare il funzionamento della cooperazione amministrativa e giudiziaria da parte delle autorità svizzere
- 30 giugno Istanza IRS presentata alla US District Court for the Southern District of Florida di notificare a UBS un provvedimento coercitivo (John Doe summon) per ottenere la consegna dei nomi di clienti statunitensi (cfr. Rapporto 11.07.2008, pag. 3)
1. luglio Approvazione giudiziaria dell'istanza suddetta. La sua esecuzione è oggetto di negoziati fra le autorità svizzere e americane.
- 8 luglio Conferenza telefonica di IRS con sei società (Deloitte, Ernst & Young, KPMG, PwC, Grant Thornton, BDO) per un mandato riguardante le modalità per scoprire contribuenti statunitensi che possiedono conti bancari in paesi considerati come paradisi fiscali
- 10 luglio Incontro a Washington del Segretario di Stato del Ministero svizzero degli esteri, Michael Ambühl, affinché le autorità americane rinuncino a misure unilaterali extraterritoriali e facciano capo esclusivamente al canale rogatorio
- 17 luglio Presentazione da parte del Department of Justice di una rogatoria al Dipartimento federale delle Finanze fondata sulla Convenzione contro la doppia imposizione del 2.10.1996 e sussidiariamente sul Trattato di assistenza giudiziaria del 25.05.1973
- 17 luglio Udienza pubblica davanti al Comitato d'inchiesta del Senato USA con deposizioni, fra l'altro:
- a) di Mark Branson (Direttore delle Finanze del Private Banking di UBS) che, per conto di UBS, ha riconosciuto manchevolezze (l'interposizione di società di sede costituirebbe una violazione di fatto del QI Agreement), per le quali ha presentato le scuse di UBS. Ha dichiarato che UBS, già a partire dal novembre 2007, ha rinunciato alla clientela privata USA con conti in Svizzera non autorizzati in base alle norme USA.

Numerosi clienti USA sono stati richiesti di sottoscrivere il formulario W9 previsto dal QI Agreement, indipendentemente dal fatto che possiedano o meno titoli quotati sulla borsa USA;

- b) di Martin Liechti, che ha rifiutato di rispondere;
- c) di Birkenfeld, che ha confermato le sue precedenti dichiarazioni;
- d) del Chief Compliance Officer del Gruppo LGT, che ha fornito solo informazioni di carattere generale senza riferimento a clienti determinati;
- e) di Heinrich Kiebers, il funzionario infedele del Gruppo LGT, di cui la Commissione ha ascoltato una deposizione registrata, poiché Kieber beneficia ora di un programma di protezione come testimone;
- f) di due clienti americani di LGT, che si sono avvalsi del diritto di non rispondere.

17 luglio	Rogatoria delle autorità USA all'Amministrazione federale svizzera delle contribuzioni (AFC) per ottenere nomi di clienti USA dell'UBS in base alla Convenzione del 2 ottobre 1996 tra la Svizzera e gli USA per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito
21 luglio	Comunicati UBS smentiscono di avere trasmesso alle autorità USA il nome di 250 clienti (cfr. comunicato UBS e rettifica pubblicata su NZZ am Sonntag del 27.7.2008)
13 agosto	Rinvio al 17 ottobre 2008 dell'udienza finale sul caso Birkenfeld, su istanza congiunta di quest'ultimo e della Pubblica Accusa, per concedergli maggior tempo di collaborare nell'inchiesta su UBS
6 novembre (comunicato stampa del 12.11.2008)	Rinvio a giudizio di Raoul Weil, membro della direzione del Gruppo UBS, per titolo di "conspiracy" mediante "indictment" del Grand Jury dell'United States District Court, Southern District of Florida
novembre	Ricorso al Tribunale amministrativo federale svizzero di un cliente di UBS contro la decisione dell'AFC di eseguire la suddetta rogatoria statunitense
novembre	Denuncia penale di clienti di UBS contro UBS per violazione del segreto bancario commessa trasmettendo alla suddetta AFC (svizzera) informazioni sui loro conti bancari presso UBS in esecuzione della suddetta rogatoria statunitense. Il relativo procedimento penale viene seguito dalla Divisione III per i reati economici della Procura distrettuale di Zurigo.

Svizzera / USA

IRS VS. SWISS BANK SECRECY

LE AUTORITÀ FISCALI AMERICANE ORDINANO AD UBS LA RIVELAZIONE DEL NOME DEI CLIENTI STATUNITENSIS

Il 1. luglio 2008, per la prima volta, le autorità fiscali americane usano una misura coercitiva unilaterale contro una banca straniera

1. Il 1. luglio 2008 rappresenta una svolta storica nella battaglia che da decenni le autorità americane conducono contro il segreto bancario dei cosiddetti paradisi fiscali e, in particolare, contro il segreto bancario svizzero. E' la prima volta infatti che viene utilizzato un provvedimento coercitivo particolarmente massiccio, conosciuto con il nome di "John Doe Summon".

La richiesta venne presentata dal US Justice Department in favore della procedura avviata dal Internal Revenue Service (IRS) riguardo ai contribuenti statunitensi clienti di UBS sospettati di non avere dichiarato i loro patrimoni depositati su conti di UBS in Svizzera intestati a società di sede, fondazioni e trust. L'istanza venne presentata al Giudice federale Joan A. Lenard (US District Court for the Southern District of Florida)⁴. Di conseguenza, l'IRS è stato autorizzato a notificare all'UBS il decreto suddetto.

2. Per ottenere l'emanazione di un decreto del genere, l'art. 26 U.S.C. paragrafo 7609 (f) richiede di dimostrare:
 - a) che il decreto è collegato ad un'inchiesta riguardante un gruppo determinato oppure una categoria determinata di persone;
 - b) che sussiste un motivo ragionevole per ritenere che questo gruppo o categoria di persone possa omettere oppure avere omesso di rispettare una qualsivoglia norma oppure una determinata legge interna sulle imposte;
 - c) che vi siano motivi ragionevoli per ritenere che le informazioni ottenibili dall'esame dei documenti o dalla testimonianza rispettivamente dall'identificazione delle persone di cui viene messa in causa la responsabilità, non possa essere ottenuta attraverso altri strumenti.⁵
3. A sostegno della propria istanza, l'agente IRS Daniel Reeves ha informato la Corte nel senso che l'IRS accertò che UBS avrebbe assistito determinati contribuenti americani occultando la loro qualità di beneficiari di conti intestati a società off-shore allo scopo di impedirne la scoperta da parte dell'IRS. Inoltre, si fece valere l'accusa nei confronti di UBS di avere violato il Qualified Intermediary (QI) Agreement concluso nel 2001 con l'IRS. A questo scopo sono state prodotte le dichiarazioni rilasciate da parte dell'ex dirigente di UBS Bradley Birkenfeld, che viene identificato come uno dei 40/50 dipendenti di UBS che, "su approvazione dei quadri superiori di UBS avrebbero compiuto viaggi negli Stati Uniti ogni trimestre, allo scopo di mettere a disposizione i loro servizi a contribuenti americani". Sono state fatte valere le risultanze delle inchieste contenute nel rapporto della Commissione d'inchiesta senatoriale pubblicato il 7 luglio 2008⁶.

⁴ Link: In the matter of the tax liabilities of US District Court for the Southern District of Florida, case N. 08-21864-MC-Lenard/Garber, Order July 17, 2008 (pag. 3) <http://www.usatoday.com/money/pdf/2008-07-17-tax-havens.pdf>

⁵ Cfr. Memorandum in support of Ex Parte Petition for Leave to Sr. "John Doe Summons" at June 30, 2008

⁶ Cfr. su questa stessa Newsletter l'articolo intitolato "Concorso in reati fiscali di contribuenti USA"

4. Il Wall Street Journal ha così commentato l'Ordinanza suddetta: "il fatto che numerosi altri paesi, come l'Australia, il Canada, la Germania, la Spagna, la Francia, l'Italia, la Nuova Zelanda, la Svezia, la Gran Bretagna, il Brasile stiano perseguendo violazioni fiscali in Svizzera, nel Liechtenstein e in altre giurisdizioni colpisce l'UBS ed altre banche, che attirano investitori facendo leva sul segreto bancario"⁷. Diverse autorità americane, sempre su istanza dell'IRS, avevano già ottenuto, gli anni scorsi, un decreto analogo nei confronti della Mastercard International, dell'American Express e della Visa International, sempre allo scopo di ottenere i nomi di clienti americani sospettati di avere utilizzato carte di credito per effettuare prelievi di denaro dai conti intestati a società di sede presso banche in paradisi fiscali, in modo da sottrarli al pagamento delle imposte.
5. Sembra che a causa dell'emanazione del decreto nei confronti di UBS molti clienti stiano consultando i loro avvocati sulla necessità o meno di una dichiarazione spontanea nei confronti dell'autorità fiscale (Voluntary Disclosure / VD), dovendosi tener conto che l'esercizio di questo rimedio non è più possibile una volta che il contribuente si trova ad essere l'oggetto di un'inchiesta fiscale.
6. Il decreto suddetto rappresenta una tipica misura d'applicazione extra territoriale del diritto americano, che le autorità americane giustificano facendo valere il fatto che UBS, come circa 7'000 altre banche straniere, ha sottoscritto l'accordo denominato Qualified Intermediary Agreement, che esercita presso la borsa americana in virtù di un'autorizzazione e che esercita sul territorio americano attraverso sue società filiali o collegate.
7. Secondo i commentatori americani, questa iniziativa nei confronti di UBS costituisce una delle misure nell'ambito di un più ampio programma per ottenere il rispetto delle norme fiscali americane anche da parte di istituzioni bancarie e finanziarie situate in altri paesi⁸.

⁷ Evan Perez, Feds Press Swiss Bank to Name U.S. Clients, Wall Street Journal, July 1, 2008, pag. A1, colonna 4; Offshore-Account Holders Bite Their Names, Wall Street Journal, May 21, 2008, pag. D1

⁸ Joanna Chung, IRS to seek accountants' help on evasion, Financial Times, July 4, 2008

Francia

IL FISCO FRANCESE RISPETTA IL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ NELLE ROGATORIE DALLA SVIZZERA: AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DA PARTE DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA FRANCESE

Mediante sentenza del 25 marzo 2008 n. 07 VE 01277 la *Cour administrative d'appel de Versailles* ha annullato la sentenza datata 3 aprile 2007 del *Tribunal administratif de Versailles* nella misura in cui fondava un obbligo a favore del fisco a carico di due coniugi contribuenti fiscali francesi. In sostanza, la ragione dell'annullamento consiste nel riconoscimento che l'autorità fiscale francese non può utilizzare per scopi fiscali le informazioni che le sono pervenute per vie rogatorie.

L'interesse di questa vicenda è molteplice: anzitutto, il riconoscimento del principio di specialità previsto dalla riserva pronunciata dalla Svizzera riguardo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (CEAG) conclusa a Strasburgo il 20 aprile 1959, è avvenuto riguardo ad una trasmissione indiretta di documenti dalla Svizzera. Infatti, i documenti riguardanti un conto intestato ai due coniugi francesi presso la Società di Banca Svizzera a Ginevra, comprensivo dei giustificativi delle operazioni effettuate nell'anno 1995, erano stati trasmessi per rogatoria da Giudice istruttore del Canton Ginevra in esecuzione di una domanda di assistenza presentata da un Giudice istruttore belga nell'interesse di un procedimento penale da lui avviato per corruzione riguardo alla vendita di aeroplani Mirage delle forze armate belga a favore dello Stato cileno. Poiché risultava che una somma di USD 150'000.- in relazione a questa vendita era pervenuta a favore del suddetto conto bancario a Ginevra, il Giudice istruttore belga ottenne i relativi documenti. Successivamente, mediante rogatoria datata 25 ottobre 2002, lo stesso Giudice istruttore richiese alle autorità giudiziarie francesi di interrogare per rogatoria i due contribuenti francesi intestatari del conto bancario ginevrino. Poiché anche le autorità fiscali francesi vennero così in possesso sia dei verbali di interrogatorio dei due contribuenti francesi nonché dei giustificativi bancari ginevrini, le stesse avviarono una procedura di ripresa fiscale, argomentando che il patrimonio risultante dai documenti bancari svizzeri non era mai stato dichiarato alle autorità fiscali francesi.

La Corte amministrativa d'appello di Versailles ha annullato la decisione di ripresa fiscale, poiché quale mezzo di prova erano stati prodotti da parte del fisco i documenti bancari ginevrini, argomentando che le autorità francesi, essendo parte della suddetta CEAG, erano e sono tenute a rispettare la riserva di specialità formulata da parte della Svizzera. Infatti, la stessa, in virtù della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dev'essere considerata come facente parte integrale del testo della CEAG.

Purtroppo la sentenza francese ha ommesso di prendere posizione su un'altra questione importante, ossia il fatto che rimane vietata anche l'utilizzazione dei verbali di interrogatorio durante il quale i contribuenti francesi vennero interpellati riguardo al contenuto dei documenti giustificativi bancari ginevrini.

Ciò malgrado, la sentenza permane interessante, poiché dimostra l'efficacia del principio di specialità, perlomeno nei confronti di tutti i paesi membri del Consiglio d'Europa, da parte dei quali è stata ratificata la suddetta CEAG.

D'altra parte, l'episodio dimostra come sia concreta l'eventualità che le autorità di un paese, una volta ricevuti i documenti bancari trasmessi per rogatoria da parte delle autorità giudiziarie svizzere, ne facciano uso mettendoli a disposizione di paesi terzi, perlomeno nell'ambito di proprie rogatorie attive. Se ne potrebbe ricavare la raccomandazione di richiedere, se le circostanze del caso concreto lo giustificano, che l'Ufficio federale svizzero di giustizia, completi la dichiarazione di specialità, al momento

della trasmissione di documenti all'autorità rogante straniera, aggiungendovi anche il divieto di trasmettere documenti a paesi terzi, rispettivamente l'obbligo di chiedere una preliminare autorizzazione all'Ufficio federale svizzero di giustizia, oppure, in via ancora più subordinata, di informare l'autorità del paese terzo che riceve questi documenti riguardo al divieto di utilizzarli a fini fiscali. Ovviamente, questo divieto verrebbe osservato dai paesi che hanno ratificato la suddetta CEAG oppure Trattati bilaterali che prevedono il principio di specialità. Più difficile sarebbe ottenere il rispetto di questo obbligo da parte di paesi terzi, appartenenti a regioni geografiche anche piuttosto inclini a non sentirsi vincolate agli obblighi contenuti in convenzioni del Consiglio d'Europa.

In un periodo in cui, specialmente nei mass media, con grande approssimazione e superficialità, si tende talvolta a considerare come desueto o in via di estinzione il segreto bancario svizzero nei rapporti con le autorità straniere, la sentenza suddetta rappresenta un'interessante e concreta dimostrazione del contrario, tanto più che proviene dalle autorità giudiziarie di uno dei paesi più attivi in seno alle organizzazioni internazionali riguardo alle iniziative da adottare nei confronti del segreto bancario svizzero.

Link: <http://etudesfiscalesinternationales.blogspot.com/archive/2008/07/19/le-traite-d-entraide-et-le-secret-suisse.html>

BIBLIOGRAFIA**NORME SVIZZERE ANTIRICICLAGGIO: UN INVENTARIO AGGIORNATO**

Ursula Cassani, *La lutte contre le blanchiment d'argent*, ZSR, 127, 2008 II 227-398

Ben 170 pagine furono necessarie alla Cassani, professore all'Università di Ginevra alimentata da pluridecennale esperienza forense, per riassumere le tappe principali dello sviluppo delle norme di diritto penale ed amministrativo svizzero, del diritto internazionale e dei codici comportamentali di questa ormai "*Lunga Marcia*" antiriciclaggio nata sull'onda del risultato di ampie inchieste giudiziarie degli Anni Settanta e alimentatasi periodicamente grazie a numerose inchieste successive, necessarie per rendere malleabile quella riluttanza schierata per secoli al comodo riparo del vessillo affaristico del "*pecunia non olet*". Una lettura necessaria per l'apprendista Compliance ma anche un utile fonte di riferimento e consultazione per il Compliance già operativo, visto che Google (forse) sa tutto, ma rivela soltanto quello che sappiamo chiedergli. Valore principale, oltre, ovviamente, alla completezza e precisione; il suo carattere interdisciplinare. Anche il giurista si specializza e, quindi, spesso ragiona per compartimenti stagni. L'opera della Cassani, invece, riunisce sotto un unico cappello gli interventi normativi, pubblici e privati, accatastati nei pacchetti antiriciclaggio sfornati ad ogni stagione, farciti di ingredienti disparati, tanto da necessitare appunto continua chiarezza riguardo alla ricetta di base.

Qualche esempio:

- da pag. 323: il sofferto rapporto tra riciclaggio e fiscalità
- da pag. 328: l'ancora più sofferto rapporto fra riciclaggio e provento dei reati di borsa
- da pag. 380 le regole sulla competenza territoriale per ordinare la confisca e, precedentemente, il sequestro, del provento di reati spesso commessi, in tutto o in parte, in territorio straniero.

Ed il futuro? Anche in diritto, specie in quello finanziario, "*historia magistra*": per adattare tempestivamente le strategie future di compliance agli sviluppi nel mercato, la visione retrospettiva aiuta. Mentre guarda (preoccupata?) alle pressioni internazionali verso la Svizzera (pag. 398), la Cassani rammenta la suggestiva teoria della "*hidden agenda*" del prof. Mark Pieth (pag. 365), che non era poi tanto nascosta visto che Jacques Delors, allora presidente della Commissione CEE, il 14 luglio 1989. al "*sommet de l'Arc*" di Parigi, allorché venne costituito il GAFI / FATF presso il Segretariato dell'OCSE, dichiarò candidamente "*maintenant nous avons à disposition un instrument pour lutter efficacement contre la fraude fiscale*". Insomma la Cassani, che ha allestito il suo rapporto per l'assemblea annuale della Società dei giuristi svizzeri, ha colmato una lacuna nella biblioteca del Compliance non tedescofono e... si è creata la base per una rivisitazione critica sull'efficacia di questo primo trentennale della strategia svizzera antiriciclaggio.

Cfr. RDS / ZSR; Band 127 (2008) II Heft 2

BIBLIOGRAFIA**FINANZMARKTENFORCEMENT / FINMA**

Pubblicati un manuale sulle procedure della CFB/FINMA nonché una monografia aggiornata sulla vigilanza bancaria

Zulauf Urs, Wyss David, Roth Daniel, Finanzmarktenforcement der EBK, Bern, 2008, (368 pagine)

Arter Oliver, Bankenaufsicht in der Schweiz, Bern 2008 (300 pagine)

Le modalità di intervento della CFB sono diventate così importanti, non solo per numero quanto per varietà, da rendere ormai indispensabile un manuale che le descrivesse. Non si tratta soltanto delle norme di procedura amministrativa applicate da parte della CFB, bensì anche delle numerose altre modalità di intervento, comprese quelle relative all'esame delle domande di autorizzazione. Ovviamente ci si concentra sull'accertamento, la sanzione e la correzione conseguente alla violazione di norme legali e di irregolarità. Proprio la loro descrizione ed analisi sistematica permette di rendersi conto dell'ampiezza di tali interventi, riguardo ai quali le condizioni non sono sempre esplicitamente previste da norme specifiche: di conseguenza, se ne è generato un "*case law*" che, appunto, può essere conosciuto e capito soltanto mediante l'accesso alla casistica. Si attenua così l'inevitabile "*disparità delle conoscenze*" fra la CFB, da una parte, che plasma e quindi conosce questa casistica nella sua integrità, e le persone fisiche e giuridiche sottoposte alla sua vigilanza che, invece, questa casistica conoscono solo nel modo, sicuramente utile, ma pur sempre frammentario, offerto dalle pubblicazioni nel Bollettino trimestrale della CFB, nel Rapporto annuale di gestione e nella raccolta delle sentenze del Tribunale federale. Ed è proprio al livello dell'unica verifica giudiziaria che tale descrizione era improrogabile: infatti l'unica istanza di ricorso ha costantemente autolimitato la sua libertà di apprezzamento richiamandosi alla maggior competenza tecnica della CFB, trasformandosi *praeter legem* in un'istanza di verifica soltanto dell'arbitrio; prassi che è già stata recepita, fin dalle sue prime sentenze, anche dal neocostituito Tribunale federale amministrativo. Ma anche un'altra istanza di verifica - seppure non istituzionale - viene avvantaggiata da questa benvenuta trasparenza: la dottrina, ossia un'ulteriore fonte di analisi autonoma (si noterà che il pur necessario manuale è opera dei suoi stessi "*produttori*", ossia tre fra dirigenti e collaboratori del Servizio Giuridico della CFB i quali, appunto, analizzano le decisioni di cui sottoposero ai membri della CFB il progetto elaborato proprio dallo stesso Servizio giuridico. E dottrina significa anche, nel contempo, sia insegnamento che ricerca riguardo a questo ramo del diritto amministrativo che, per l'importanza politica ed economica dei suoi soggetti, assume una dimensione propria sempre più autonoma. Infine, il manuale esorbita dall'area specificamente giuridica, poiché permette di identificare e gestire il rischio compliance come pure il rischio legale e reputazionale: infatti l'ampia casistica - messa in evidenza mediante ben 99 riquadri descrittivi - dimostra quali siano i comportamenti che, oltre a quelli sanzionati in modo esplicito, possono comportare l'insorgenza di rischi ben difficilmente riparabili a posteriori. Non poteva mancare l'approccio prospettico: 34 riquadri dedicati alle novità previste in questo ambito da quando, il 1. gennaio 2009, l'enforcement passerà nelle mani della FINMA.

Benché riguardi lo stesso tema, il volume di Arter ha un approccio tutto diverso: descrivere la panoramica completa, ma in modo meno approfondito poiché, altrimenti, l'opera avrebbe richiesto una dimensione almeno tripla. Proprio grazie alla sua completezza, ovviamente già riferita alla FINMA, questo volume si presta per chi debba avere

sott'occhio il quadro normativo completo della vigilanza, che comprende però soltanto le banche: infatti oltre alle norme legali, alle ordinanze ed alle circolari CFB, vi si ritrovano rammentate anche tutte le circolari anche dell'ASB, con relativo rinvio aggiornato alla giurisprudenza del Tribunale federale, compresa quella riguardante le controversie riguardanti la gestione patrimoniale, che ormai insorgono sempre più frequentemente.

Link:

In dubio contra bancam? in Newsletter Compliance n. 15, giugno 2008, articolo 3
(http://www.csbancari.ch/newsletter_c/index.asp)