

TRADUZIONE DELLA PREFAZIONE DI DANIEL ZUBERBÜHLER

Paolo Bernasconi era in funzione già da sette anni come Procuratore Pubblico nella giurisdizione del Sottoceneri a Lugano quando, nel 1976, come giovane avvocato, entrai al servizio di quello che allora era ancora il piccolo Segretariato della Commissione federale delle banche (CFB). Ben presto la piazza finanziaria ticinese entrò nel mirino della CFB a causa del dissesto della Banca Weisscredit, ma anzitutto a causa dello scandalo miliardario della filiale di Chiasso del Credito Svizzero e della sua segreta e non autorizzata banca-ombra Texon, una società del Liechtenstein. In quell'occasione, dalla lontana Berna, facemmo conoscenza con l'impavido ed efficiente Procuratore Pubblico ticinese Bernasconi, con il quale successivamente si sviluppò una stretta e fruttuosa collaborazione, anche dopo il suo passaggio, a metà degli anni Ottanta, nella professione forense e nel campo scientifico. Ci incontrammo nelle commissioni di esperti e in convegni specialistici, come pure, sporadicamente, in incontri amichevoli bilaterali, avendo per tema la prassi della piazza finanziaria svizzera e la sua crescente regolamentazione. Gli sviluppi che insieme abbiamo potuto osservare in oltre tre decenni, e che abbiamo potuto parzialmente anche determinare in modo attivo, furono caratterizzati da un cambiamento di diversi paradigmi che nessuno di noi due avrebbe potuto immaginarsi alla fine degli anni Settanta.

Come risposta allo scandalo di Chiasso e su iniziativa della Banca Nazionale, nel 1977 venne stipulata la Convenzione sulla diligenza delle banche (CDB) con l'Associazione svizzera dei banchieri, mediante la quale si sarebbero dovuti combattere gli abusi più crassi del segreto bancario e del sistema bancario per gli scopi della criminalità economica. La CDB del 1977, come madre di tutte le autoregolamentazioni, per la prima volta, ancorò il dovere delle banche di identificare i loro contraenti e di accertare l'avente diritto economico retrostante (documentato mediante il formulario A, sempre ancora in vigore) come condizione di base per quello che è il principio più ampio, oggi ovvio, "*know your customer*". Ma la CDB prevedeva generose eccezioni all'obbligo della banca di accertare il beneficiario economico, nel caso in cui il cliente si faceva rappresentare, nei confronti della banca, da parte di un avvocato svizzero oppure da parte di un membro della Camera fiduciaria svizzera e se questi intermediari dichiaravano, mediante il cosiddetto formulario B, di conoscere il beneficiario economico. Questa lacuna venne utilizzata attivamente per nascondere decine di migliaia di clienti del private banking sotto primariamente la copertura del segreto dell'avvocato protetto penalmente - una specie di "*super segreto bancario*". Fu solamente dopo aspri contrasti con le organizzazioni professionali che, nel 1987, il formulario B per i fiduciari venne abolito mentre, nel 1991, per gli avvocati venne sostituito mediante il formulario R, limitato però a situazioni nell'esercizio ben delimitato dell'attività specifica forense dell'avvocatura. Queste manovre di camuffaggio degli anni pionieristici della CDB ci si richiamano alla mente quando, al giorno d'oggi, allo scopo di non documentare negli atti della banca la loro qualità di aventi diritto economico, si offrono ai clienti stranieri del private banking prodotti assicurativi (*insurance wrappers*) come reazione all'estensione della cooperazione in caso di sottrazione fiscale, alle amnistie fiscali e alle future imposte compensative alla fonte. Di nuovo ci vogliono nuove regole per limitare i prodotti assicurativi legittimi rispetto ai veicoli a scopo manifestamente elusivo dell'immaginario settore finanziario nonché al nuovo formulario, che questa volta porterà l'abbreviazione I per "*insurance*".

Già la CDB nella sua prima versione del 1977 conteneva anche a fianco dei doveri di identificazione il divieto dell'assistenza attiva alla fuga di capitali e alla sottrazione fiscale. Il primo divieto perse gradualmente la sua importanza simultaneamente con la liberaliz-

zazione del mercato dei capitali nei paesi di origine. Il divieto contenuto nella CDB dell'assistenza attiva alla sottrazione fiscale e a pratiche analoghe si limita non solo oggi, ma già nel 1977, al rilascio di dichiarazioni incomplete oppure in altro modo fuorvianti nei confronti delle autorità (anzitutto quelle fiscali) nazionali e straniere. Non vennero però vietati esplicitamente l'accettazione e il deposito di patrimonio e reddito non dichiarati fiscalmente da parte dei clienti, ciò che apparteneva al *courant normal* dell'offshore private banking della piazza finanziaria svizzera. La cosiddetta iniziativa sul segreto bancario ("*Bankeninitiative*") lanciata nel 1977 dal Partito socialdemocratico svizzero e da movimenti terzomondisti, parimenti come reazione allo scandalo di Chiasso, puntava molto più lontano, focalizzati anzitutto contro la fuga di capitali dai paesi del Terzo Mondo e dai potentati corrotti. Mediante questa iniziativa popolare il segreto bancario avrebbe potuto essere levato nei confronti delle autorità fiscali svizzere ed estere anche nel caso di sottrazione fiscale, ossia della sottile distinzione fra frode fiscale e sottrazione fiscale, in primo luogo nell'ambito dell'assistenza internazionale in materia giudiziaria e in materia amministrativa. La suddetta iniziativa del Partito socialista venne respinta con veemenza, nel 1984, dal popolo e dai Cantoni, solidificando quindi il dogma del segreto bancario fiscale come uno dei pilastri portanti del sistema della piazza finanziaria svizzera. Questo dogma si mantenne, senza opposizione politica interna, fino all'anno 2009, venendo corroborato ogni volta dai ministri delle finanze svizzeri con la spavalda affermazione secondo cui il segreto bancario non era negoziabile.

Il bastione dell'antico Ridotto si sgretolò anzitutto sotto la spinta degli Stati del G20 come conseguenza della storica crisi finanziaria ed economica che incrementò i deficit fiscali statali e con questi l'appetito verso l'utilizzazione del substrato fiscale. Lo sgretolamento venne ulteriormente accelerato da parte dei procedimenti delle autorità giudiziarie e fiscali statunitensi che minacciavano l'esistenza di UBS per violazione del diritto fiscale e prudenziale nelle sue relazioni d'affari transfrontaliere con clienti statunitensi privati. Pertanto, il Consiglio federale si trovò costretto, il 13 marzo 2009, ad accettare gli standard dell'OCSE per l'assistenza internazionale in materia fiscale in conformità dell'art. 26 della Convenzione modello contro la doppia imposizione dell'OCSE e di stipulare un numero rilevante di Convenzioni contro la doppia imposizione che estendevano l'assistenza internazionale alla sottrazione fiscale per sfuggire all'imminente inserimento della Svizzera nella lista nera dei paesi non cooperativi.

La CFB e il suo successore in diritto, la FINMA, svilupparono in modo continuato la loro prassi di vigilanza riguardo all'osservanza della condizione di autorizzazione della garanzia di attività irreprensibile da parte degli organi dirigenti delle banche. Dalla norma su questa garanzia formulata in modo molto generale, la CFB ricavò una serie di obblighi comportamentali da parte delle banche in qualità di impresa, che - con scorno di giuristi di banca tradizionalisti - con la benedizione del Tribunale federale, estendevano lo scopo della legislazione bancaria molto oltre dalla limitata protezione dei creditori, molto oltre, sino all'osservanza del buon nome della piazza finanziaria svizzera e alla protezione del sistema bancario. Già nel 1979, in conformità del presupposto della garanzia di attività irreprensibile, venne fondato l'obbligo delle banche di accertare il retroscena economico degli affari quando, nel caso concreto, sussistevano indizi nel senso che la transazione potesse essere parte di una fattispecie contraria al diritto o ai buoni costumi o se si trattasse di un affare complicato, inusuale o importante. Fondandosi su questo principio, si procedette, già molto tempo prima della promulgazione di norme legali specifiche o addirittura di norme penali contro il concorso ad affari di corruzione all'estero, contro l'elusione di norme straniere sugli embarghi, contro lo sfruttamento di informazioni confidenziali riguardanti le operazioni di borsa ("*insider trading*"), contro il taglio di corsi, le

manipolazioni sui corsi, come pure contro l'arricchimento ingiustificato della banca o di suoi dipendenti in caso di emissione di azioni.

Le norme di diritto bancario riguardanti la garanzia di attività irreprensibile e i presupposti di carattere organizzativo permisero in particolare lo sviluppo di un dispositivo primariamente preventivo per contrastare il riciclaggio di denaro nel settore finanziario che, verso la fine degli anni '80, era balzato alla ribalta nazionale ed internazionale. La Svizzera riuscì a far ancorare come un prodotto di esportazione gli obblighi di identificazione previsti dalla CDB e la prassi della CFB sull'obbligo di chiarimento del retroscena economico di determinate transazioni come pure sull'obbligo di una prudenza accresciuta nelle relazioni d'affari con paesi problematici nell'ambito delle 40 Raccomandazioni della Financial Action Task Force in Money Laundering (FATF/GAFI). Le Raccomandazioni FATF, elaborate originariamente soltanto da quindici Stati membri dell'OCSE, ottennero applicazione globale grazie ad una combinazione efficiente di standard minimi di diritto internazionale non vincolante, grazie a periodici controlli sulla messa in opera mediante esami nazionali condotti da gruppi di esperti provenienti da altri paesi membri ("*peer reviews*"), alla pubblicazione dei risultati degli esami (seguiti da verifiche ulteriori in caso di lacune gravi) come pure grazie, se necessario, a sanzioni nei confronti dei paesi non cooperativi ("*non-compliant jurisdictions*") nella forma di liste nere ("*naming and shaming*"). Le procedure onerose ma efficaci dell'FATF vennero nel frattempo imitate da parte del Fondo Monetario Internazionale nell'ambito dei cosiddetti Financial Sector Assessment Programs, mediante i quali venivano testate l'osservanza degli standard minimi promulgati dai regolatori internazionali, da parte delle autorità di vigilanza sulle banche, sui titoli e sulle assicurazioni. Di questo metodo si avvale parimenti, dall'epoca della crisi finanziaria, il Financial Stability Board, che coordina l'attività dei regolatori competenti a fissare gli standard e che riferisce ai leader dell'onnipotente G20. Mentre originariamente nel mirino dell'FATF era primariamente il riciclaggio del provento del traffico degli stupefacenti, la categoria dei reati a monte del riciclaggio si estese anche a tutti i crimini gravi e sarà, con grande probabilità, presto estesa anche ai reati fiscali, ciò che pone la Svizzera davanti a problemi spinosi. Dopo gli attentati terroristici di Al Qaeda dell'11 settembre 2001 succedette, su impulso degli USA, molto velocemente, la lotta contro il finanziamento al terrorismo, che riguardava non soltanto l'origine degli averi patrimoniali, bensì anche lo scopo e l'utilizzazione criminosa degli stessi.

Tempo addietro le modalità in cui si comportavano le banche svizzere riguardo agli averi patrimoniali di potentati corrotti, principalmente da paesi in via di sviluppo, godeva di poca considerazione sul piano legale. Veniva fornita come giustificazione il fatto che, fintanto che la Svizzera intratteneva con uno Stato relazioni diplomatiche, non si dovevano porre questioni riguardo alla legittimazione dei rappresentanti di quest'ultimo, ritenendo che il rifiuto o addirittura l'interruzione di relazioni d'affari con gli stessi, potesse cagionare pregiudizio agli interessi svizzeri nel paese in questione. Si riteneva di dover accettare che in altri paesi dominassero altre usanze e che non fosse compito di una banca svolgere il ruolo di gendarme del mondo, tanto più che la corruzione e altri delitti, pregiudizievoli per uno Stato straniero, non erano comunque punibili secondo il diritto svizzero. Il tutto divenne però ingiustificabile quando in un paese interveniva un cambiamento di regime e che i nuovi governanti richiedessero il sequestro e la restituzione degli averi patrimoniali pubblici che erano stati rapinati da parte dei loro predecessori. Nel 1979, dopo il crollo dello Schah dell'Iran, l'allora Ministro della Giustizia, Kurt Furgler, dimostrò in Parlamento, grazie a dettagliate considerazioni giuridiche, perché non si doveva dare seguito alla richiesta del nuovo governo iraniano. Il cambiamento dei paradigmi intervenne nell'anno 1986 quando il Consiglio Federale, dopo il crollo del Presidente delle Filippine, Ferdinand Marcos, fondandosi sulle sue competenze costituzionali in politica estera e senza una

richiesta formale di assistenza giudiziaria decretò il sequestro degli averi patrimoniali presso un certo numero di banche. La disposizione di blocco venne in seguito completata grazie a una lettera circolare della CFB a tutte le banche, secondo la quale si raccomandava loro di annunciare gli eventuali altri averi patrimoniali della famiglia Marcos e di persone vicine e di non permetterne il prelievo fintanto che non fosse intervenuta una decisione nell'ambito della cooperazione internazionale in materia penale. Malgrado le violente proteste iniziali del sistema bancario, fondate su pareri legali, da allora vennero sviluppate tenacemente regole da parte della CFB sul modo di comportarsi con persone politicamente esposte (i cosiddetti PEPs) che vennero codificate nell'ambito della regolamentazione sul riciclaggio. Nel caso del dittatore nigeriano, Sani Abacha, nel 2000, la CFB pubblicò dopo un'indagine molto ampia non solamente un rapporto riguardante le banche colpevoli in Svizzera, ma descrisse anche i notevoli flussi di denaro da e verso altre importanti piazze finanziarie. Grazie a questa messa a nudo di altre piazze finanziarie, si conseguì l'internazionalizzazione della problematica dei PEPs. Nel 2010, grazie alla promulgazione della "*Lex Duvalier*", la Svizzera compì un altro passo pionieristico, permettendo il blocco facilitato, la confisca e la restituzione di averi patrimoniali ingiustificati dei PEPs quando una domanda rogatoria di uno Stato non conducesse a nessun risultato a causa della deficienza delle strutture di quello Stato.

Infine, recentemente, sono i rischi legali e reputazionali nell'ambito delle prestazioni finanziarie transfrontaliere ad avere raggiunto una nuova dimensione. Da parecchio tempo, un intermediario finanziario svizzero che operasse all'estero senza presenza fisica in Svizzera, oppure dalla Svizzera, con clientela residente all'estero, non si curava o si curava poco dell'ordinamento legale straniero e non si curava per nulla del diritto fiscale straniero. Ciò è mutato radicalmente, a causa della messa in opera del proprio diritto nazionale, sempre più conseguente e più aggressiva, da parte di numerose autorità straniere di vigilanza, fiscali e penali. Il tradizionale modello d'affari offshore ne viene messo in discussione e i rischi legali e reputazionali possono ormai assumere dimensioni che minacciano l'esistenza di un singolo istituto e destabilizzanti per l'economia nazionale. Il caso UBS negli USA rappresenta un esempio estremo, allorché le autorità svizzere, a causa dell'appartenenza di una grande banca alla categoria "*too-big-to-fail*", furono costrette ad adottare misure straordinarie. Nella sua presa di posizione del 22 ottobre 2010 sui rischi legali, la FINMA ha additato diversi pericoli e ha sollecitato tutti gli assoggettati (e non solo le banche) a rispettare il diritto prudenziale estero e a definire per ogni mercato di riferimento un modello di prestazioni conforme al diritto. Secondo il criterio collaudato della gestione del rischio, le imprese assoggettate devono conoscere i rischi inerenti le proprie attività transfrontaliere e gestirli mediante misure adeguate. Una sfida particolare è rappresentata, nella fase transitoria, dalla legalizzazione dei casi del passato della nostra piazza finanziaria che non saranno più conformi.

Un mercato finanziario sempre più caratterizzato da standard globali nonché il contesto specifico della piazza finanziaria svizzera si sono quindi enormemente modificati nei decenni trascorsi congiuntamente a Paolo Bernasconi. La vita dell'intermediario finanziario, dei suoi consulenti, revisori e controllori è diventata enormemente complessa. È quindi tanto più apprezzabile che un profondo conoscitore fornisca loro, con questo libro, un contributo di orientamento mediante una descrizione sistematica di relazioni incrociate nonché una serie di indicazioni comportamentali pratiche.