

COOPERAZIONE ITALO-SVIZZERA FRA AUTORITÀ PENALI E DI VIGILANZA

Sviluppi recenti riguardanti il mercato bancario e finanziario

di Paolo Bernasconi*

Introduzione	3
PRIMA PARTE: COOPERAZIONE FRA AUTORITÀ PENALI	4
1. In vigore l'Accordo italo-svizzero sulle rogatorie	4
2. Nuove tecniche investigative.....	5
3. Estensione a nuove forme di reato	6
4. Agevolazioni di carattere procedurale.....	8
5. Cooperazione riguardante la frode fiscale	9
SECONDA PARTE: COOPERAZIONE FRA CONSOB E COMMISSIONE FEDERALE DELLE BANCHE	11
6. Base legale di diritto svizzero.....	11
7. Compatibilità della legislazione del paese rogante	13
7.1. Prassi del Memorandum of Understanding	13
7.2. Rifiuto di assistenza alla SEC	14
7.3. Rifiuto di assistenza alla CONSOB	15
8. Principio di specialità	16
9. Doppia punibilità	16
10. Divieto di fishing expedition.....	17

* Avvocato a Lugano, professore all'Università di San Gallo, ringraziando per l'assistenza l'avv. Lorenza Rossini Scornaienchi dello Studio legale Scanzini Bernasconi Peter & Gaggini di Lugano (Svizzera)

11.	Relazione fra assistenza amministrativa e assistenza penale	17
12.	Estensione dell'oggetto dell'assistenza	19
12.1.	Operazioni svolte da parte di organi e collaboratori della banca a titolo privato.....	20
12.2.	Operazioni svolte da parte di gestori patrimoniali esterni.....	20
12.3.	Doveri di informazione da parte di persone non sottoposte alla sorveglianza della CFB.....	20
12.4.	Conti nostro.....	21
12.5.	Ammissione di casi bagatellari.....	21
13.	Trasmissione spontanea di informazioni.....	21
14.	Questioni di carattere procedurale	22
14.1.	Fasi procedurali della procedura di assistenza	22
14.2.	Doveri di informazione da parte delle banche	23
14.3.	Diritti di terze persone non direttamente coinvolte	23
14.4.	Esclusione dalla procedura del beneficiario economico.....	24
Prospettive	24

Introduzione

Da decenni la circolazione di persone, merci, capitali e servizi fra la Svizzera e l'Italia ha raggiunto livelli importantissimi, ciò che spiega, sul rovescio della medaglia di questo sviluppo di relazioni economiche, il fatto che l'Italia sia uno dei paesi con i quali la Svizzera intrattiene il massimo livello quantitativo e qualitativo di cooperazione tra le autorità giudiziarie e amministrative.

Lo sviluppo della dottrina¹ e della giurisprudenza svizzera merita di essere rivisto periodicamente ed anche attualmente poiché, da un lato è appena entrata in vigore il Trattato italo-svizzero riguardante le rogatorie in materia penale², mentre sul piano della cooperazione fra le autorità di vigilanza sul mercato bancario finanziario si segnala invece la persistenza dello stallo della cooperazione fra la Commissione federale svizzera delle banche e la CONSOB.

A prima vista si tratta di un atteggiamento apparentemente contraddittorio, tantopiù che la dottrina e la giurisprudenza svizzera sempre più sono orientate verso l'armonizzazione se non addirittura l'uniformazione di principi vigenti nel campo della cooperazione in materia penale e nel campo della cooperazione in materia amministrativa³

¹ Un'ampia rassegna è contenuta nel Kommentar Einziehung - Organisiertes Verbrechen - Geldwäscherei, vol. II, Zürich 2002, pag. IX segg.

² Cfr. del medesimo Autore: La cooperazione italo-svizzera per i reati economici, di corruzione, fiscali e doganali alla luce dell'Accordo italo-svizzero di assistenza firmato il 10 settembre 1998, in Diritto del commercio internazionale, XIII, Milano, Fascicolo 1, 1999, 3-34; Cooperazione internazionale contro la frode fiscale: Tendenze recenti in base al modello svizzero, in Diritto e pratica tributaria, LXIX, Padova 1998, 652-696

³ Cfr. su questo argomento il capitolo dello stesso Autore contenuto in Kommentar Einziehung - Organisiertes Verbrechen - Geldwäscherei, Niklaus Schmid (Ed.), Zürich 2002, Vol. II, pagg. 143-518

PRIMA PARTE: COOPERAZIONE FRA AUTORITÀ PENALI

1. In vigore l'Accordo italo-svizzero sulle rogatorie

Il 1° giugno 2003 è entrato formalmente in vigore l'Accordo italo-svizzero firmato il 10 settembre 1998, destinato a facilitare i rapporti fra le Autorità giudiziarie penali dei due paesi. L'avvenimento non diede luogo a particolari celebrazioni, a differenza invece del clamore che accompagnò le deliberazioni parlamentari di ratifica dell'Accordo, nonché l'approvazione della relativa legge n. 367 del 5 ottobre 2001 di applicazione. Ciò si spiega con la sentenza della Corte di cassazione del novembre 2002 che ha confermato la sentenza della Seconda sezione penale di Milano nel processo sui "fondi neri Eni", la quale, avallando pienamente le tesi sostenute da parte dell'Ufficio federale svizzero di giustizia, dichiarò che i documenti trasmessi per rogatoria dalle Autorità giudiziarie svizzere erano utilizzabili nell'ambito del procedimento penale italiano anche se non fossero stati muniti di una specifica dichiarazione di autenticità.

In questo anno e mezzo, salvo rarissime eccezioni, la cooperazione fra le Autorità giudiziarie penali dei due paesi è continuata in conformità dell'estesa prassi consolidatasi nel corso dei decenni scorsi. Ciò malgrado, non si può negare totalmente qualche conseguenza all'entrata in vigore di questo nuovo Accordo, dovendosi anche tener conto della consolidata giurisprudenza secondo cui le norme dell'Accordo saranno applicabili per tutte le prossime procedure rogatorie, anche se le stesse riguarderanno reati commessi prima dell'entrata in vigore dell'Accordo medesimo. Infatti, il divieto di retroattività delle norme penali riguarda esclusivamente le norme di diritto materiale e non invece le norme di procedura né, tantomeno, le norme riguardanti la cooperazione internazionale in materia penale, che sono addirittura di natura amministrativa.

2. Nuove tecniche investigative

Fra le "nuove" tecniche investigative figurano anzitutto l'interrogatorio mediante video- oppure teleconferenza di una persona che deve essere ascoltata in qualità di testimone oppure di perito, qualora per la persona in questione non sia opportuno oppure non sia possibile comparire personalmente nel territorio dello Stato rogante. Al termine della videoconferenza verrà allestito un verbale destinato all'Autorità rogante, essendo assicurato il diritto alla presenza di un interprete, nonché la facoltà di non rispondere, prevista dal diritto dello Stato rogante oppure dal diritto dello Stato rogato. Numerose videoconferenze sono già state eseguite negli scorsi anni in territorio svizzero, anche nell'ambito di dibattimenti processuali davanti alla Corte giudicante italiana.

Nel caso in cui sia necessario l'interrogatorio davanti all'Autorità dello Stato rogante di persone che si trovano in stato di detenzione nello Stato richiesto, se ne prevede la consegna temporanea, a condizione che le persone in questione vi acconsentano, al fine di rispondere di fatti per i quali sono sottoposti a procedimento penale. Infine, l'Accordo prevede anche la possibilità per le Autorità giudiziarie interessate, eventualmente accompagnate da organi di polizia, di operare congiuntamente in seno a gruppi di indagine comuni istituiti fra i due paesi nell'ambito e nell'interesse di un singolo procedimento penale.

In realtà, la possibilità più estesa di cooperazione in via rogatoria relativamente a nuove tecniche investigative, è fornita dal Secondo Protocollo aggiuntivo n. 182 datato 19 settembre 2001 alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria, che il Parlamento svizzero si appresta a ratificare. Grazie a questo Protocollo, questa possibilità verrà concessa da parte svizzera non soltanto a favore di procedimenti penali promossi in Italia, bensì anche a favore di procedimenti penali promossi da parte delle Autorità giudiziarie di tutti i paesi membri del Consiglio di Europa. Fra queste tecniche investigative, in pratica tutte riprese testualmente dal Trattato di Schengen del 19 giugno 1990 e dal Trattato sulle rogatorie dell'Unione Europea del 29 maggio 2000, figurano, oltre a quelle già menzionate sopra, anche l'osservazione e il pedinamento di persone sul territorio dell'altro Stato, la consegna controllata di merci proibite, la trasmissione spontanea di informazioni - ma non di mezzi di prova - ossia indipendentemente da una rogatoria specifica nonché addirittura anche le cosiddette "inchieste mascherate", riguardo alle quali le

modalità dettagliate sono ora disciplinate da una Legge federale approvata pochi giorni orsono.

Inoltre, l'Accordo italo-svizzero prevede anche la consegna allo Stato rogante, in particolare allo scopo della restituzione alla vittima, oppure a scopo di confisca in favore dello Stato, anche di tutti quei beni che costituiscono provento di reato, come pure il prodotto dell'eventuale alienazione di questi beni. In altre parole, la trasmissione all'Autorità giudiziaria dello Stato rogante può riguardare non soltanto il provento diretto del reato, bensì anche il provento indiretto di reato, pur essendo riservata qualsiasi pretesa, che non sia stata ancora soddisfatta o garantita, avanzata su tali beni da parte di una persona estranea al reato perseguito.

3. Estensione a nuove forme di reato

Ma l'ibernazione inusualmente prolungata dell'Accordo italo-svizzero non è stata del tutto vana: infatti, non solo a livello internazionale⁴, ma anche a livello svizzero, il diritto penale segna qualche evoluzione importante, specialmente riguardo alla criminalità economica e connessa, con effetti indiretti anche riguardo alla cooperazione internazionale, che permane disciplinata, come prevede esplicitamente l'art. 10 primo comma dell'Accordo, dal principio di doppia punibilità, applicabile alle cosiddette misure coercitive. In virtù di questo principio, l'autorità rogata verifica anzitutto che il fatto che ha dato luogo alla commissione rogatoria sia punibile secondo il diritto non soltanto dello Stato rogante bensì anche dello Stato rogato. In caso affermativo sono ammesse per l'esecuzione della rogatoria anche le cosiddette misure coercitive, fra le quali rientrano la perquisizione di abitazioni e di uffici, il sequestro di mezzi di prova, come per esempio documenti, nonché il sequestro del prodotto o del risultato di un reato, come per esempio valori patrimoniali provento di reati contro il patrimonio oppure provento della corruzione

⁴ Bastano alcuni esempi a livello dell'Unione Europea: il 27 giugno 2002, il Consiglio dell'Unione Europea ha proposto uno scambio di informazioni a livello elettronico allo scopo di rendere più efficiente e più veloce lo scambio di determinate informazioni cruciali ai fini investigativi, basandosi sull'art. 30 (1) (aO) (b) e sull'art. 34 (2) (c) del Trattato dell'Unione Europea; il 19 aprile 2002, il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato una decisione quadro riguardante gli attacchi contro i sistemi di informazione destinata a sviluppare un approccio comune per la sicurezza delle reti di informazione; il 2 agosto 2002, la Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea ha pubblicato la decisione del Consiglio del Consiglio dell'Unione Europea riguardante la lotta contro la corruzione nel settore privato su iniziativa del Governo danese (OJC/184/5,2.8.2002).

di pubblici funzionari oppure fra privati, come pure ogni misura che comporti la divulgazione di un segreto protetto penalmente dalla legge, come per esempio la convocazione nella qualità di testimone di un funzionario di banca, di un commercialista o di un fiduciario.

Tutte queste misure possono essere applicate dalle autorità giudiziarie in favore di procedimenti promossi da parte di autorità italiane, per esempio per reati associativi, dal momento che questa forma di reato è punibile secondo l'art. 260ter del Codice Penale Svizzero (CPS)⁵ oppure per finanziamento di organizzazioni terroristiche, previsto dall'art. 260quinquies CPS.

Inoltre, dal 1° ottobre è in vigore l'art. 100quater CPS⁶ sulla punibilità di un'impresa, ossia una persona giuridica di diritto privato o di diritto pubblico, una società semplice o una ditta individuale, nel caso in cui all'impresa si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli indispensabili per impedire un reato grave, come per esempio la corruzione di funzionari svizzeri oppure stranieri, reati associativi o riciclaggio⁷.

Ovviamente, è ammissibile l'esecuzione di rogatorie italiane anche nell'interesse di procedimenti penali per riciclaggio, anche nel caso in cui l'autorità rogante non sia ancora in grado di definire con esattezza quale sia stato il reato presupposto commesso a monte, dal quale provengono i beni sottoposti a riciclaggio⁸, è però

⁵ Memorandum del 22 ottobre 2001 concernente la cooperazione fra il Ministero Pubblico della Confederazione e la Direzione Nazionale Antimafia (DNA) riguardo alle indagini per la lotta contro la criminalità internazionale, pubblicato nel Rapporto del Consiglio Federale del 26 giugno 2001 riguardante i Trattati internazionali ratificati nell'anno 2001, capitolo 2.3.2.

⁶ Il testo dell'art. 100quater CPS recita:

"Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carente organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi.

²*Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.*

³*Il giudice determina la multa in particolare in funzione della gravità del reato, della gravità delle lacune organizzative e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa.*

⁴*Sono considerate imprese ai sensi del presente articolo:*

- a. le persone giuridiche di diritto privato;*
- b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali;*
- c. le società;*
- d. le ditte individuali."*

⁷ Si veda l'ampia letteratura in www.sbp.ch

⁸ STF 129 II 97. Un certo livello di determinazione dell'elemento di sospetto deve comunque essere contenuta nella domanda rogatoria straniera, in modo che l'autorità svizzera possa perlomeno ipotizzare, in modo concreto, che i conti bancari riguardo ai quali vengono richiesti informazioni e documenti sono stati o possono essere stati utilizzati nell'ambito dello svolgimento di operazioni finanziarie perseguite nel paese rogante: così, mediante la sentenza del 15 luglio 2003, n.1A.125/2003, il Tribunale federale ha rifiutato una domanda rogatoria brasiliana per ottenere la richiesta di informazioni riguardo a conti detenuti da parte di funzionari del fisco brasiliano presso una banca di

escluso dalla categoria dei reati presupposti, secondo l'art. 305bis CPS, qualsiasi tipo di reato fiscale o doganale, compresa la frode fiscale.

Di conseguenza, non è ricevibile una rogatoria nell'interesse di un procedimento penale promosso da parte di un'autorità giudiziaria italiana per titolo di riciclaggio del provento di frode fiscale oppure di riciclaggio del provento di contrabbando oppure per reati associativi connessi alla consumazione di simili reati. Diversa può essere però la soluzione qualora l'organizzazione criminosa dedita a simili attività, per conseguire i suoi scopi metta in atto metodi violenti, come per esempio l'utilizzazione di armi da fuoco, la messa in pericolo di vite umane mediante assalto con veicoli o natanti oppure l'intimidazione o la minaccia o la corruzione, secondo il motto di trafficanti di stupefacenti colombiani "*plata o plomo*", nel senso che ciò che non si può raggiungere mediante la corruzione viene conseguito attraverso la violenza. In particolare il "contrabbando a mano armata" è da qualificarsi in base a reati di diritto comune, per i quali il principio di doppia punibilità è pertanto soddisfatto.

4. Agevolazioni di carattere procedurale

In conformità di quanto esplicitamente previsto nel preambolo dell'Accordo come pure nel titolo dello stesso ("*Accordo che completa la Convenzione europea e ne agevola l'applicazione*"), ci si è preoccupati di codificare la prassi pluriennale secondo cui le autorità giudiziarie sono autorizzate a corrispondere direttamente con le autorità giudiziarie di altri paesi. Inoltre, per le rogatorie riguardanti casi di criminalità organizzata, di corruzione, di gravi reati patrimoniali o di riciclaggio, la decisione viene attribuita, in Svizzera, ad un apposito Ufficio centrale in seno all'Ufficio Federale di Giustizia. In pratica questo accorgimento è addirittura stato superato, a partire dal 1. gennaio 2002, dall'attribuzione al Ministero Pubblico della Confederazione, con sede a Berna, della competenza a perseguire anche reati economici e di corruzione di portata internazionale o perlomeno intercantonale, per cui questo stesso Ufficio, notevolmente potenziato in questi anni, generalmente si

Ginevra: il rifiuto è stato motivato considerando che la sproporzione fra il reddito dei funzionari fiscali, da una parte, e, dall'altra parte, l'entità dei depositi esistenti sui loro conti bancari, non costituiva elemento di sospetto sufficiente per sostanziare l'accusa di riciclaggio.

occupa di tutte le rogatorie importanti provenienti dalle autorità giudiziarie italiane, promuovendo d'ufficio procedimenti penali autonomi sulla base delle informazioni contenute in questa rogatoria, come per esempio per riciclaggio del provento di reati commessi in territorio italiano oppure anche promuovendo a sua volta rogatorie o addirittura la trasmissione spontanea di informazioni.

Nel frattempo, è anche considerevolmente migliorata la qualità delle indagini, spesso estese anche alla corrispondenza elettronica, nonché al nominativo delle persone che dispongono del diritto di firma su conti bancari non solo quali titolari, bensì anche quali procuratori, essendo comunque reperibile anche la documentazione riguardante il cosiddetto avente diritto economico di conti intestati a società di sede o a società bucalettere con sede in paesi off-shore. Inoltre, nell'Accordo italo-svizzero è stata ripresa la norma di diritto svizzero che permette al magistrato o funzionario straniero di assistere alla esecuzione della rogatoria con facoltà di formulare domande e di consultare documenti, essendo però esplicitamente previsto il divieto di utilizzare nello Stato rogante le informazioni inerenti la sfera protetta dal segreto bancario o d'affari che venissero portate a loro conoscenza prima che l'autorità svizzera abbia deciso definitivamente sulla concessione e sull'estensione dell'assistenza.

5. Cooperazione riguardante la frode fiscale

Secondo l'art. 2 cpv. 3 dell'Accordo italo-svizzero *“l'assistenza giudiziaria è concessa anche qualora il procedimento riguardi fatti che costituiscono truffa in materia fiscale, così come definito dal diritto dello Stato richiesto”*. Questa norma non costituisce una novità: infatti riprende integralmente e testualmente una norma prevista dal diritto interno svizzero nella relativa Legge federale in vigore dal 1. gennaio 1983, per cui ci si potrà e dovrà riferire all'ampia dottrina e giurisprudenza svizzera già esistente al riguardo, di cui citiamo le più recenti.⁹

Negli ultimi vent'anni, si rammenta un unico procedimento penale, quello promosso anni orsono dalla Procura della Repubblica di Milano per fatture gonfiate nell'ambito

⁹ HESS Eric, Die Möglichkeiten und Grenzen der Schweiz auf dem Gebiete der internationalen Zusammenarbeit in Steuersachen, in ASA 71, Nr. 3, 2002, 125; REICH Markus/BACHMANN Stefan, Internationale Amts- und Rechtshilfe der Schweiz in Fiskalsachen, SWISSLEX/WESTLAW/ZSiS Aufsätze 31 luglio 2003; BAUMGARTNER Peter, Harmful tax practices - Auswirkungen der Bestrebungen von OECD und EU auf die Schweiz, StR 2003, 109.

di sponsorizzazioni sportive, in cui si chiese dall'Italia la trasmissione di mezzi di prova nell'interesse di un procedimento penale promosso per frode fiscale. In ogni caso, come testualmente previsto dalla norma suddetta, per stabilire se l'infrazione fiscale perseguita nell'ambito del procedimento penale italiano possa beneficiare dell'assistenza da parte dell'autorità rogata svizzera, quest'ultima si riferisce esclusivamente al diritto svizzero. In altre parole, l'autorità rogata svizzera esamina se il fatto perseguito dall'autorità italiana sarebbe perseguibile anche secondo il diritto svizzero nell'ipotesi in cui fosse stato commesso in territorio svizzero ed in danno del fisco svizzero.

Di conseguenza, non è tanto dall'applicazione della norma suddetta che ci si possono attendere novità nel campo fiscale-penale, bensì piuttosto dalla prossima entrata in vigore del Trattato fra la Svizzera e l'Unione Europea per il rafforzamento della cooperazione contro i reati commessi in danno dell'erario dell'Unione Europea. La firma di questo trattato non dovrebbe essere lontana, dal momento che i relativi - spinosi - negoziati sono in corso ormai da parecchi anni. In generale, questo Trattato viene presentato come uno strumento anti-contrabbando di sigarette¹⁰, ma in realtà si riferirà ovviamente alle frodi di carattere fiscale e doganale che riguardano la commercializzazione anche di prodotti di altra natura, come per esempio metalli preziosi - anche se il contrabbando di oro e di argento non ha più raggiunto i volumi dei decenni scorsi - nonché prodotti informatici, dove il cosiddetto "carousel à la TVA", ossia la frode dell'IVA mediante fatture fittizie scambiate fra società costituite solo a questo scopo, continua a dare luogo a complesse indagini rogatorie e relativa giurisprudenza federale.

¹⁰ Riguardo al contrabbando di tabacco, sono da prendere in considerazione anche gli sforzi da parte della Framework Convention Alliance (FCA) tendenti a rendere effettiva la Framework Convention on Tobacco Control (FCTC), (cfr. <http://www.fctc.org/jointstatements.shtml>).

SECONDA PARTE: COOPERAZIONE FRA CONSOB **E COMMISSIONE FEDERALE DELLE BANCHE**

6. Base legale di diritto svizzero

A differenza del settore della cooperazione internazionale in materia penale, dove da parte della Svizzera sono state ratificate tutte le principali convenzioni internazionali, procedendo inoltre alla ratifica di numerosi trattati bilaterali, nel settore della cooperazione fra autorità amministrative, la Svizzera non ha ratificato accordi internazionali, per cui, allo stato attuale, il diritto applicabile è esclusivamente quello interno svizzero.

Dal 1997, susseguentemente all'entrata in vigore della Legge federale sulle borse ed il commercio di valori mobiliari (LBVM) e della revisione della Legge federale sulle banche (LF Banche), la Commissione federale delle banche (CFB) può, nell'ambito dell'assistenza amministrativa internazionale e se le condizioni legali sono rispettate, trasmettere ad autorità straniere informazioni relative a clienti bancari, e ciò in conformità dell'art. 38 LBVM¹¹ e dell'art. 23sexies LF Banche¹².

¹¹ L'art. 38 LBVM recita:

"¹ L'autorità di vigilanza può chiedere alle autorità straniere di vigilanza sulle borse e sui commercianti di valori mobiliari la trasmissione di informazioni e di documenti necessari all'applicazione della presente legge.

² Può trasmettere alle autorità straniere di vigilanza sulle borse e sui commercianti di valori mobiliari informazioni e documenti pertinenti non accessibili al pubblico soltanto se dette autorità:

a. utilizzano queste informazioni esclusivamente ai fini della vigilanza diretta sulle borse e sul commercio di valori mobiliari;

b. sono vincolate al segreto d'ufficio o al segreto professionale; e

c. trasmettono queste informazioni a autorità competenti e a organismi con funzioni di vigilanza dettate dall'interesse pubblico soltanto previo consenso dell'autorità di vigilanza svizzera o in virtù di un'autorizzazione generale fondata su un trattato internazionale. Le informazioni non possono essere trasmesse alle autorità penali se è esclusa l'assistenza giudiziaria in materia penale. L'autorità di vigilanza decide d'intesa con l'Ufficio federale di giustizia.

³ Se le informazioni che l'autorità di vigilanza deve trasmettere concernono singoli clienti di commercianti, è applicabile la legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa. Non è ammessa la trasmissione di informazioni concernenti persone manifestamente non implicate."

¹² L'art. 23sexies LF Banche recita:

"¹ Ai fini dell'esecuzione della presente legge, la Commissione delle banche può chiedere informazioni e documenti alle autorità estere di vigilanza delle banche e dei mercati finanziari.

² La Commissione delle banche può trasmettere alle autorità estere di vigilanza sulle banche o sui mercati finanziari informazioni e documenti non accessibili al pubblico, a condizione che tali autorità:

a. utilizzino queste informazioni esclusivamente per la vigilanza diretta di banche o di altri intermediari finanziari sottoposti al regime dell'autorizzazione;

b. siano vincolate dal segreto d'ufficio o dal segreto professionale; e

Il maggior numero di richieste straniere concerne casi di sfruttamento di fatti confidenziali (Insider Trading secondo l'art. 161 CPS), mentre le rimanenti riguardano la manipolazione di corsi di borsa ed altri abusi sui mercati finanziari.¹³

Nell'ultimo quinquennio, il Tribunale federale svizzero ha elaborato un'abbondante giurisprudenza¹⁴ che ha permesso di chiarire le condizioni dell'assistenza amministrativa concessa dalla CFB, mediante un'interpretazione talvolta estensiva e talvolta restrittiva

Le restrizioni poste dal Tribunale federale alla CFB in materia di assistenza amministrativa internazionale hanno per effetto di rendere le regole svizzere incompatibili rispetto alle norme minime internazionali, segnatamente quelle emanate dall'Organizzazione internazionale delle commissioni di valori (OICV/IOSCO). Pertanto, all'ora attuale, la LBVM non adempie ai requisiti posti per poter aderire al Memorandum of Understanding della IOSCO¹⁵. Per questa ragione la Commissione federale delle banche ha avviato una procedura per direttissima onde rivedere le basi legali attuali, considerate troppo restrittive¹⁶.

c. queste informazioni non vengano trasmesse a autorità competenti e a organismi incaricati di compiti di vigilanza nell'interesse pubblico senza il consenso della Commissione delle banche o in virtù di un'autorizzazione generale fondata su un trattato internazionale. La trasmissione di informazioni alle autorità penali non è ammessa quando l'assistenza giudiziaria in materia penale è esclusa. La Commissione delle banche decide d'intesa con l'Ufficio federale di giustizia

³ *La legge federale sulla procedura amministrativa è applicabile se le informazioni che devono essere trasmesse dalla Commissione delle banche concernono singoli clienti di una banca."*

¹³ STF del 24 novembre 1999 in re Equity Journal, 2A.51/1999; STF del 25 aprile 2001 in re Murrin, 2A.234/2000.

¹⁴ I riferimenti alle sentenze del Tribunale Federale non pubblicate nella Raccolta Ufficiale sono stati tratti dall'articolo di ZULAUF Urs/BALLEYGUIER Dina, Wer umgeht wen - höhere Anforderungen an die Amtshilfe als an die Rechtshilfe? Internationale Amtshilfe der Eidg. Bankenkommission für ausländische Wertpapieraufsichtsbehörden - eine Zwischenbilanz, in: Internationales Gesellschaftsrecht (Peter Nobel, Hrsg.), Heft 4/2001, Bern 2002, S. 125 ff.

¹⁵ MOU del maggio 2002 (www.iosco.org).

¹⁶ Cfr. comunicato stampa della Commissione federale delle banche del 23 gennaio 2002 riguardante la proposta di revisione dell'art. 38 LBVM. La motivazione è così descritta nel Rapporto di gestione 2002 della CFB:

"Dans son rapport de gestion 2001, la Commission des banques appelait déjà de ses vœux une révision des dispositions sur l'entraide administrative contenues dans la loi sur les bourses. Des entretiens avec l'Association suisse des banquiers ont révélé que les deux institutions étaient d'accord sur l'urgence d'une telle révision. Un groupe de travail a ainsi élaboré un projet de modification de la loi dont voici les axes majeurs:

a) Assouplissement des exigences de confidentialité sous réserve du respect des prescriptions générales applicables à la publicité des procédures et à l'information du public. L'objectif est de rétablir la possibilité de transmettre des informations à la SEC américaine.

b) Suppression du principe du long bras pour la transmission d'informations à des organes chargés de mettre en oeuvre les réglementations sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, c'est-à-dire dans le cadre du principe de spécialité. Suppression également – dans les mêmes limites – de l'interdiction d'une transmission à des autorités de poursuite pénale, et donc de l'actuelle condition de la double incrimination.

c) En dehors du principe de spécialité, c'est-à-dire dans les cas extérieurs à l'application des réglementations sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, maintien des règles existantes pour la transmission d'informations. La transmission d'informations à des fins fiscales reste ainsi interdite.

7. Compatibilità della legislazione del paese rogante

7.1. Prassi del Memorandum of Understanding

La CFB trasmette informazioni relative a clienti bancari ad autorità straniere unicamente laddove queste ultime le forniscono una breve descrizione dei loro compiti, così come stabiliti dalla legge nazionale e sottoscrivono una dichiarazione secondo la quale affermano di conoscere le condizioni legali svizzere dell'assistenza amministrativa e di essere in grado di rispettarle.

Per le richieste provenienti da autorità con le quali la CFB non intrattiene contatti frequenti, questa dichiarazione viene chiesta e rinnovata per ogni singolo caso, secondo una prassi avallata dal Tribunale federale¹⁷.

Assieme alle autorità con le quali intrattiene contatti frequenti, la CFB ha sottoscritto delle lettere di intenti - nella forma del Memorandum of Understanding - nelle quali le autorità straniere dichiarano di essere in misura di rispettare le condizioni dell'assistenza amministrativa così come stabilite dal legislatore svizzero nell'art. 38 LBVM.

Sino ad oggi, sono state sottoscritte lettere di intenti con le autorità di sorveglianza dei paesi seguenti: Australia, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Hongkong, Italia, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti, Svezia,.

Nell'ambito dei casi che gli vengono sottoposti, il Tribunale federale ha l'opportunità di giudicare le dichiarazioni generali degli Stati richiedenti per determinare se le medesime soddisfano le condizioni dell'art. 38 LBVM. All'ora attuale, il Tribunale Federale ha potuto giudicare come sufficienti le dichiarazioni generali di Australia, Belgio, Francia, Germania, Hongkong, Regno Unito e Spagna. Per contro, le dichiarazioni dell'Italia (CONSOB) e degli Stati Uniti (SEC) sono state giudicate insoddisfacenti, per cui questi due paesi sono stati invitati a completarle.

Benché dalle dichiarazioni suddette non scaturisca nessun obbligo dal punto di vista del diritto internazionale, il Tribunale federale ha stabilito che, fintanto che le

d) *Maintien de la procédure administrative dans les procédures d'entraide administrative relatives à des clients. Une accélération de cette procédure est toutefois recherchée, notamment en raccourcissant les délais légaux.*" (capitolo 3 pag. 19 del testo in francese)

autorità straniere rispettano il principio della specialità, nulla si oppone all'assistenza amministrativa¹⁸. Anzi, la massima istanza di ricorso svizzera è andata persino oltre, stabilendo che, laddove l'autorità straniera soggiace ad un obbligo di comunicazione da parte di un'autorità terza o di un tribunale, l'assistenza amministrativa può essere concessa se l'autorità richiedente s'impegna a far rispettare essa stessa le condizioni dell'assistenza¹⁹.

7.2. Rifiuto di assistenza alla SEC

La ragione in base alla quale la legislazione degli Stati Uniti non è stata riconosciuta come compatibile rispetto alle condizioni previste dall'art. 38 LBVM e dall'art. 23 sexies LF Banche, è stata essenzialmente ravvisata da parte del Tribunale federale²⁰ nel rischio che le informazioni trasmesse da parte della CFB alla SEC vengano rese pubbliche o comunque vengano rese accessibili ad autorità oppure a persone private che nulla hanno a che vedere con la vigilanza sulla borsa e mercati bancari e finanziari.

Nella sua giurisprudenza particolarmente restrittiva nei confronti della legislazione statunitense, il Tribunale federale ha considerato il fatto che, nell'ambito di una procedura di assistenza giudiziaria in materia penale, può accadere che determinate informazioni trasmesse per rogatoria dalla Svizzera alle autorità straniere roganti, possano ad un certo punto divenire di dominio pubblico, essendo accessibili persino ai mass media. Nel campo dell'assistenza fra autorità amministrative, però, il Tribunale federale teme che possano essere eluse le garanzie specifiche formali previste dalla procedura di assistenza in materia penale.

¹⁷ Bollettino CFB 41, p. 106; STF 126 II 409.

¹⁸ Bollettino CFB 37 p. 17ss, p. 21.

¹⁹ STF del 25 gennaio 1999 in re Nylex, 2A.345/1998 cons. 4/c; STF del 10 maggio 2000 in re AXA/UAP, 2A.317/2001, cons. 4/c e 4/d).

²⁰ STF del 20 dicembre 2001 in re Elsag Bailey II, 2A.349/2001; STF 126 II 126; Bollettino CFB 40 pag. 116

7.3. Rifiuto di assistenza alla CONSOB

Nei confronti della legislazione italiana, il Tribunale federale, in occasione di due sentenze²¹, ha ravvisato dubbi riguardo al rispetto effettivo da parte della CONSOB dei principi di specialità e di confidenzialità, facendo riferimento a quelle norme del Decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998, Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), in cui si prevede la possibilità che determinate informazioni ottenute dalla CONSOB per rogatoria possano essere messe a disposizione dal Ministero del Tesoro del bilancio e della programmazione economica, quale autorità competente, in base all'art. 195 TUF, a pronunciare sanzioni di carattere amministrativo. Pertanto, l'art. 4 comma 10 TUF stabilisce che la CONSOB non può opporre il proprio segreto d'ufficio al Ministero del Tesoro, per tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della CONSOB medesima. Il Tribunale federale ha ipotizzato che, in tal caso, queste informazioni potrebbero essere rese accessibili ad altre istanze oppure addirittura a persone private, in virtù di norme legali al rispetto delle quali è tenuto il Ministero del Tesoro medesimo. Trattandosi di un'autorità governativa di vertice, il Tribunale federale ritenne che il Ministero del Tesoro non forniva sufficienti garanzie in materia di rispetto del principio di specialità e di confidenzialità riguardo alle informazioni provenienti dall'estero. Dopo la prima sentenza negativa, emanata nel caso Frette nel 2000, il Presidente della CONSOB aveva reagito nei confronti della CFB mediante una lettera datata 23.10.2000. Allorché però il contenuto di questa dichiarazione formale, nell'ambito di una domanda di assistenza successiva riguardante un altro caso, venne sottoposto all'esame del Tribunale federale, quest'ultimo ritenne che le assicurazioni contenute in questa lettera non fossero ancora soddisfacenti rispetto alle condizioni previste dall'art. 38 LBVM²².

Di conseguenza, tutte le domande presentate da parte della CONSOB a partire dalla sentenza del Tribunale federale emanata nel 2000, sono rimaste insoddisfatte, non appena una delle parti coinvolte, e specialmente i titolari di un conto bancario di cui veniva richiesta la trasmissione della documentazione, reagivano mediante una dichiarazione di opposizione oppure un ricorso al Tribunale federale. Questa è la situazione di stallo che permane ancora attualmente: di fatto, la cooperazione fra la CFB e la CONSOB - come pure la cooperazione fra la CFB e la CONSOB - sono

²¹ Cfr. STF del 28.06.2000, pubblicata nel Bollettino della CFB 41/2000 pag. 79 segg.

bloccate. Questa situazione di stallo persisterà fintanto che la legislazione svizzera non sarà stata adeguata, in modo da rendere meno restrittive le condizioni previste dall'art. 38 LBVM e dall'art. 23 sexies LF Banche²³.

8. Principio di specialità

In riferimento al principio della specialità, il Tribunale federale ha pronunciato un'importante sentenza di principio mediante la quale ha respinto l'obiezione secondo la quale l'assistenza amministrativa può essere concessa solo nell'ambito della sorveglianza di coloro che sono attivi sul mercato dei valori. Il Tribunale federale ha quindi rammentato che il legislatore ha cambiato la formulazione inizialmente proposta relativamente all'uso di informazioni da "controllo su borse e commercianti di valori" in "controllo su borse e commercio di valori", specificando così che il controllo non riguarda solo i singoli istituti ma il mercato in genere. Ne consegue che informazioni al proposito possono essere inoltrate ad autorità straniere nell'ambito dell'assistenza amministrativa²⁴.

Numerose autorità straniere hanno compiti che vanno al di là della sorveglianza delle borse e del commercio di valori mobiliari. Il Tribunale federale ha stabilito che, in linea di principio, ciò non costituisce un ostacolo, purché le funzioni da esse esplicate possano dare luogo ad assistenza amministrativa secondo il diritto svizzero. In altre parole, essenziale rimane la garanzia fornita da queste autorità di utilizzare le informazioni richieste unicamente per gli scopi previsti dalla legislazione svizzera sull'assistenza amministrativa²⁵.

9. Doppia punibilità

Contrariamente all'assistenza giudiziaria in materia penale, l'assistenza amministrativa non soggiace al principio della doppia punibilità. L'assistenza amministrativa non richiede che l'atto a monte della richiesta sia definito nel diritto

²² STF 18.09.2002 N. 2A.41/2002.

²³ Cfr. il rapporto di gestione 2001 della CFB, cap. 3 pag. 19 del testo in lingua francese.

²⁴ STF 125 II 65.

²⁵ Bollettino CFB 38 p. 32ss, p. 33.

svizzero della sorveglianza dei mercati finanziari in modo identico a quello straniero. Fondamentale rimane l'obiettivo perseguito, che deve essere analogo nei due paesi, ossia la trasparenza e la parità di trattamento nei confronti degli investitori nonché la funzionalità del mercato dei valori mobiliari²⁶.

10. Divieto di fishing expedition

Spesso, i ricorrenti rimproverano alle domande di assistenza amministrativa di non precisare a sufficienza l'oggetto della domanda ed invocano il divieto generale della cosiddetta "fishing expedition" allo scopo di ottenere la reiezione della domanda. Nell'ambito dell'assistenza amministrativa, il Tribunale federale ha avuto modo di respingere quest'argomento e, laddove sussiste un sospetto fondato di comportamento in violazione della legislazione straniera, ha posto solo condizioni minime: il sospetto iniziale non deve essere motivato in modo circostanziato²⁷, essendo sufficiente che le informazioni richieste siano in qualche modo pertinenti allo svolgimento della procedura di sorveglianza svolta dall'autorità straniera.

Pertanto alla CFB incombe soltanto di verificare l'esistenza di un sospetto fondato, senza dover esaminare se questo sospetto trova riscontro nelle informazioni a lei richieste né se queste informazioni riguardano una transazione sospetta o meno²⁸.

11. Relazione fra assistenza amministrativa e assistenza penale

La relazione tra assistenza amministrativa e assistenza penale è complessa e non sempre è evidente distinguere tra le due. Si differenziano comunque per lo scopo perseguito e per il diritto applicato²⁹.

L'assistenza amministrativa in materia di sorveglianza dei mercati finanziari e del commercio di valori mobiliari si svolge tra autorità amministrative di sorveglianza nell'ambito di una procedura non contenziosa. La legge federale stessa distingue tra assistenza amministrativa e assistenza giudiziaria in materia penale e precisa

²⁶ STF del 25.4.2001 in re Murrin 2A .234/2000 cons. 4/c.

²⁷ STF 125 II 65 e 126 II 409.

²⁸ Bollettino CFB 37, p. 17ss, p. 19; STF del 10.7.2001 in re Immediate Entertainment, 2A.162/2001 cons. 4/b.

²⁹ Micheli François, Assistance internationale en matière administrative, SJZ 98, 2002, N. 2, 33.

che la trasmissione ad autorità penali straniere di informazioni ottenute mediante una procedura di assistenza amministrativa non è possibile nei casi dove una procedura di assistenza giudiziaria in materia penale risulterebbe esclusa³⁰.

Laddove l'assistenza giudiziaria in materia penale sarebbe possibile, prima di trasmettere le informazioni all'autorità richiedente, la CFB deve discutere la questione con l'ufficio federale competente (l'Ufficio federale di giustizia) e verificare che tutte le condizioni materiali dell'assistenza giudiziaria in materia penale siano riunite ivi compresa quella della doppia punibilità³¹. La CFB deve sottoporre all'Ufficio di giustizia un resoconto dettagliato. La decisione finale spetta alla CFB. Ciò significa che il cliente non gode di nessun diritto dinanzi all'Ufficio di giustizia. Tuttavia, lo scambio di pareri tra l'Ufficio di giustizia e la CFB deve essere trasmesso al cliente toccato dalla decisione³².

Per decidere dell'autorizzazione a trasmettere le informazioni richieste ad un'autorità penale, la CFB deve essere ragguagliata non solo sui fatti contestati ma pure sulle norme penali straniere che sarebbero state violate. In principio, la domanda straniera deve quindi menzionare anche il testo delle disposizioni legali applicabili affinché la CFB possa determinare l'eventuale sussistenza di motivi che escluderebbero l'assistenza giudiziaria in materia penale ed esaminare la questione della doppia punibilità³³.

Il Tribunale federale ha stabilito che la decisione della CFB di autorizzare la trasmissione delle informazioni ad una terza autorità può essere oggetto di ricorso. In altre parole, il diritto del cliente di opporsi alla decisione della CFB di trasmettere le informazioni all'autorità di sorveglianza straniera si estende anche alla decisione della CFB di concedere la successiva trasmissione da parte dell'autorità straniera ad un'autorità terza³⁴. Il Tribunale federale ha mantenuto questa posizione anche nella giurisprudenza successiva, precisando che la CFB può concentrare le due decisioni in una sola procedura, se le condizioni sono riempite³⁵.

Informazioni trasmesse a titolo di assistenza amministrativa possono essere utilizzate nell'ambito di un procedimento pubblico quando il cliente toccato può

³⁰ STF 126 II 409.

³¹ STF 125 II 450.

³² STF del 10.7.2001 in re Immediate Entertainment, 2A.162/2001 cons. 5/a; STF del 2.8.2002, 2A.121/2002.

³³ STF del 21.8.2000 in re SITA, 2A.150/2000, cons. 8c.

³⁴ STF 125 II 65.

³⁵ STF 125 II 450; STF 127 II 142; STF del 5.4.2001 in re SITA e Tracbel, 2A.354/2000 cons.4/a.

richiedere la confidenzialità del dibattimento e la ritrasmissione alle autorità penali è stata in ogni caso autorizzata³⁶.

Se per concedere l'assistenza amministrativa per fini puramente di sorveglianza dei mercati finanziari non è necessario che il sospetto iniziale sia motivato in modo circostanziato, quando si tratta di trasmettere le informazioni ad un'autorità straniera terza, il Tribunale federale esige che questo sospetto sia oltre che inizialmente fondato anche motivato in modo concreto e verosimile³⁷. Se questo sospetto non può essere dimostrato, la decisione che autorizza la trasmissione deve essere procrastinata sino a quando le autorità straniere non apportano ulteriori elementi rilevanti. Sino ad oggi, il Tribunale federale non ha ancora stabilito in modo univoco quando è dimostrato un sospetto concreto e verosimile. Esso ha potuto comunque statuire che la CFB medesima può dare l'assenso in un caso di assistenza amministrativa quando le indagini delle autorità di sorveglianza straniere sono sufficientemente progredite o si presenti già a quel momento la necessità concreta di trasmettere le informazioni ad un destinatario terzo ("Weiterleitung an einen Zweitempfänger"). Nel caso esaminato, il Tribunale federale ha statuito che a questo scopo sono necessari oltre a vistose fluttuazioni nell'andamento di titoli, altri elementi i quali rendano plausibili eventuali comportamenti penalmente rilevanti. I criteri non devono essere troppo severi, tuttavia oltre a fluttuazioni nei corsi e transazioni in periodi sospetti devono esserci ulteriori indizi che facciano sospettare comportamenti punibili. La concessione dell'assistenza amministrativa deve anche qui tenere conto dei principi di proporzionalità e di specialità³⁸.

12. Estensione dell'oggetto dell'assistenza

³⁶ STF del 10.7.2002, 2A.27/2002.

³⁷ STF del 10.5.2001 in re AXA/UAP, 2A.317/2000, cons. 5/b.

³⁸ STF del 10.7.2001 in re Immediate Entertainment, 2A.162/2001, cons. 5/a. Per una casistica più ampia confronta inoltre: STF del 2 ottobre 2000 in re Finansbanken, 2A. 108/2000 cons. 6/c/aa ; STF 127 II 142 ; STF del 9 marzo 2001 in re SITA e Tracbel, 2 A.350/2000 e del 5 aprile 2001, 2A.351/2000, 2A.353/2000 e 2A. 354/2000; STF del 27 aprile 2001 in re City Hotels, 2A.269/2000, cons. 8/d; STF del 7 maggio 2001 in re Internoc, 2A.476/2000, cons. 5/b; STF del 10 maggio 2001 in re AXA/UAP, 2A.317/2000, cons. 6/e.

12.1. Operazioni svolte da parte di organi e collaboratori della banca a titolo privato

Il Tribunale federale ha stabilito che gli organi ed i collaboratori di una banca che hanno acquisito valori a titolo privato devono essere considerati alla stregua di clienti e devono perciò godere delle garanzie procedurali concesse ai clienti. In particolare, essi devono essere considerati parte alla procedura e beneficiare dell'applicazione dell'art. 38 cpv. 3 LBVM³⁹.

12.2. Operazioni svolte da parte di gestori patrimoniali esterni

Nel caso di operazioni svolte da gestori esterni al beneficio di un mandato generale di gestione, senza l'intervento del cliente o addirittura a sua insaputa, la CFB normalmente trasmette all'autorità straniera unicamente i dati relativi al gestore esterno e non quelli relativi al cliente. La decisione avviene nell'ambito di una procedura informale alla quale il gestore non è parte. Tuttavia, un gestore esterno si è di recente opposto a questa prassi dinanzi al Tribunale federale il quale ha stabilito che il gestore indipendente agisce, nel quadro delle competenze concessegli dal suo cliente, quale assistente rispettivamente rappresentante. Qualora la sua identità dovesse essere rivelata ad un'autorità straniera nell'ambito dell'assistenza amministrativa, ciò riguarda il singolo rapporto con il cliente, a meno che egli abbia agito quale collaboratore o organo di una banca sottoposta a sorveglianza o di un commerciante di valori, rispettivamente del cliente medesimo⁴⁰.

12.3. Doveri di informazione da parte di persone non sottoposte alla sorveglianza della CFB

In determinati casi le informazioni ricercate possono essere ottenute solo presso intermediari finanziari non sottoposti alla sorveglianza della CFB ai sensi della LBVM. Sino ad oggi, il Tribunale federale non ha potuto pronunciarsi su casi concreti relativi al dovere d'informazione di tali intermediari. E' opinione della CFB

³⁹ STF del 9.3.2001 in re SITA e Tracbel, 2 A.352/2000, cons. 4/b.

che anche questi intermediari debbano essere sottoposti ad un dovere d'informazione poiché anch'essi partecipanti al mercato finanziario. Sebbene la questione rimanga dal punto di vista materiale aperta, in una decisione relativa all'effetto sospensivo, il Tribunale federale ha obbligato il gestore patrimoniale a consegnare immediatamente i dati richiesti alla CFB⁴¹.

12.4. Conti nostro

In principio anche nel caso di operazioni su conti nostro, ovvero quando la banca o il commerciante di valori mobiliari opera in proprio nome e per proprio conto, la trasmissione d'informazioni soggiace alle condizioni previste dall'art. 38 cpv.2 LBVM. Tuttavia, non essendo l'informazione legata all'agire di clienti essa può essere trasmessa alle autorità straniere senza formalità⁴².

12.5. Ammissione di casi bagatellari

L'importo del guadagno realizzato mediante lo sfruttamento di fatti confidenziali non condiziona l'assistenza amministrativa. Il Tribunale federale ha avuto modo di stabilire che il fatto di realizzare un guadagno di poco conto - ossia anche di poche migliaia di franchi - non costituisce di per sé motivo di rifiuto dell'assistenza né comporta violazione del principio di specialità⁴³.

13. Trasmissione spontanea di informazioni

Nell'ambito di una procedura di assistenza amministrativa, la CFB può trasmettere spontaneamente all'autorità richiedente ulteriori informazioni raccolte ed utili ai fini della sorveglianza anche se non oggetto di una domanda specifica da parte

⁴⁰ STF del 3.9.2001 in re F., 2A.237/2001, cons. 3.

⁴¹ STF del 20.3.2001 in re Hankel, 2A.128/2001.

⁴² STF del 9 marzo 2001 in re SITA e Tracbel, 2A.352/2000, cons. 2/c/aa e cons. 4/b/aa.

⁴³ Bollettino CFB 38 p. 32ss, p. 36.

dell'autorità straniera⁴⁴, e ciò analogamente al principio già ancorato nell'art. 67a LAIMP relativamente all'assistenza in materia penale.

14. Questioni di carattere procedurale

14.1. Fasi procedurali della procedura di assistenza

Il Tribunale federale distingue tra l'assunzione di informazioni ("Auskunftsverfahren") presso la banca interessata e la trasmissione di informazioni ("Übermittlungsverfahren") all'autorità straniera richiedente.⁴⁵

Nell'ambito della procedura di assunzione di informazioni la CFB, dopo aver verificato che le condizioni legali siano ossequiate, raccoglie le informazioni pertinenti presso la banca interessata. In questo caso, la banca è parte alla procedura e gode dei diritti previsti dalla procedura federale amministrativa. Le informazioni che non toccano direttamente i clienti possono essere trasmesse dalla CFB alle autorità straniere senza ulteriori formalità.

Le informazioni che toccano direttamente dati relativi ai clienti devono per contro fare oggetto di una procedura specifica di trasmissione di cui il cliente è parte in causa. La decisione della CFB deve essere formale e appellabile.

Parimenti, la decisione della CFB di autorizzare la trasmissione delle informazioni ad un'autorità straniera terza ("Weiterleitung") deve essere oggetto di una procedura formale anch'essa appellabile.

Onde evitare lungaggini nelle procedure di assunzione e di trasmissione delle informazioni richieste la CFB concentra, quando possibile, le due fasi in una sola procedura riducendo così al contempo le possibilità di ricorso. Questa prassi è stata avallata dal Tribunale federale che ha persino approvato la concentrazione da parte della CFB delle tre fasi sopra elencate (assunzione, trasmissione e ri-trasmissione) in una sola ed unica procedura⁴⁶.

⁴⁴ STF del 10.7.2001 in re Immediate Entertainment, 2A.162/2001 cons. 4/c.

⁴⁵ STF del 9 marzo 2001 in re Sita e Tracbel, 2A.352/2000, cons. 2/c.

⁴⁶ STF, 125 II 450; Bollettino CFB 37 p. 17ss, p. 21.

14.2. Doveri di informazione da parte delle banche

Le banche hanno l'obbligo di fornire alla CFB tutte le informazioni e tutti i documenti necessari allo svolgimento dei suoi compiti. Il Tribunale federale ha confermato tale obbligo precisando che tra i compiti della CFB figura anche l'assistenza amministrativa internazionale⁴⁷.

L'obbligo di informazione delle banche può in determinati casi riguardare anche clienti di filiali situate in centri offshore⁴⁸, in ogni caso quando i clienti sono conosciuti da uno o più organi della casa-madre in Svizzera⁴⁹ o quando la transazione viene eseguita dalla casa-madre svizzera⁵⁰.

14.3. Diritti di terze persone non direttamente coinvolte

Il Tribunale federale ha stabilito che un cliente bancario che ha effettuato transazioni nel periodo e su titoli oggetto di una procedura dell'autorità di sorveglianza non può dichiararsi terzo non coinvolto⁵¹, neppure se rende attendibile che non ha approfittato di informazioni confidenziali⁵². In una decisione successiva, il Tribunale federale ha precisato che anche nel caso in cui l'operazione sia stata effettuata da un amministratore di patrimoni senza l'intervento o addirittura all'insaputa del cliente, non è escluso che l'identità del cliente possa essere trasmessa all'autorità di sorveglianza straniera⁵³.

Un cliente può essere considerato come terzo non implicato qualora abbia conferito un mandato di gestione chiaro e non esiste nessun indizio che permette di supporre che egli abbia potuto, in un modo o nell'altro, prendere parte a transazioni dubbie.

⁴⁷ STF del 29.10.1998 in re Eurobuiding, 2A.213/1998, cons. 5/a.

⁴⁸ La regolamentazione riguardante i limiti del segreto bancario nell'ambito della cooperazione internazionale per quel che riguarda i cosiddetti paesi off-shore, è oggetto non soltanto delle verifiche da parte del Financial Action Task Force/FATF dell'OCSE, bensì anche del Monetary and Exchange Affairs Department del Fondo monetario internazionale, il quale nel 2001 ha varato un programma riguardante i centri finanziari off-shore (Financial Sector Assessment Programm/ FSAP).

⁴⁹ STF 125 II 450.

⁵⁰ STF del 21.8.2000 in re SITA, 2A.156/2000, cons. 4/c.

⁵¹ "persona manifestamente non implicata" ai sensi dell'art. 38 cpv.3 LBVM,

⁵² STF del 29.10.1998 in re Thyssen [3], 2A.101/1998, cons. 4.

⁵³ Bollettino CFB 41, p. 112.

Tale non è il caso quando, benché esista un mandato di gestione, l'avente diritto economico del conto è amministratore di una delle società in questione⁵⁴.

14.4. Esclusione dalla procedura del beneficiario economico

Parte alla procedura di assistenza amministrativa è il partner contrattuale della banca, ossia il titolare o contitolare di un conto, e non invece il beneficiario economico della relazione bancaria, e ciò neppure se la sua identità viene rivelata. Ciò vale pure nel caso in cui l'operazione oggetto della procedura fosse stata ordinata dal beneficiario economico medesimo⁵⁵.

Prospettive

Nel campo dell'assistenza internazionale in materia penale, negli ultimi decenni da parte della Svizzera è stata concretamente manifestata una estesa e solida volontà di cooperazione, come dimostrato dalla ratifica delle convenzioni internazionali in questa materia, nonché dalla ratifica di accordi di agevolazione dell'attuazione delle convenzioni internazionali con gli stati confinanti, nonché di altri trattati bilaterali con paesi anglosassoni e con altri paesi extraeuropei⁵⁶. Inoltre, la giurisprudenza del Tribunale federale si è mostrata sempre più generosa e comprensiva nei confronti delle rogatorie provenienti dall'estero, tant'è vero che il numero dei ricorsi accolti è limitato ad una minima percentuale⁵⁷.

La medesima tendenza generosa nei confronti della cooperazione internazionale è stata manifestata da parte della Commissione federale delle banche e sarebbe continuata in questo modo se il Tribunale federale non avesse applicato un'interpretazione restrittiva della legislazione sulla borsa e sui mercati bancari e finanziari. In questo specifico settore

⁵⁴ STF del 15.4.2002, 2A.567/2001.

⁵⁵ Bollettino CFB 38 p. 32ss, p. 36 e STF del 9 marzo 2001 in re SITA e Tracbel, 2A.352/2000, cons. 3/a.

⁵⁶ Si veda l'elenco nell'articolo dell'Ufficio federale di Giustizia. Un contributo per una lotta più efficace contro la criminalità internazionale <http://www.ofj.admin.ch/themen/staatsvertraege/intro-i.htm>

⁵⁷ Si veda la posizione critica espressa da Renate Schwob, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz, SJZ 97, 2001, Nr. 8, 169.

non rimane altro che attendere l'esito - tutt'altro che scontato - della procedura parlamentare di revisione dell'art. 38 LBVM e dell'art. 23 sexies LF Banche.

Non si può comunque dimenticare l'evoluzione nei confronti delle richieste da parte dell'Unione Europea, con la quale sono in fase avanzata i negoziati riguardanti ben tre strumenti di diritto internazionale⁵⁸, la ratifica dei quali potrebbe avere un influsso determinante anche sull'evoluzione della cooperazione in materia penale e in materia amministrativa in tutti i settore della giurisdizione pubblica.

* * *

⁵⁸ Si tratta del Trattato bilaterale con l'Unione Europea riguardante la cooperazione in favore dei procedimenti condotti per reati in danno degli interessi finanziari dell'Unione Europea (PIF), del Trattato di Schengen, nonché dell'attuazione della cosiddetta decisione di Feira riguardante l'imposizione fiscale dei redditi da risparmio delle persone private