

ROGATORIE ITALO-SVIZZERE: LUCE VERDE ALLE PROCURE

di Paolo Bernasconi*

Facite ammuina! Anche navigando fra High-Tech e New Economy, l'osservanza di questa Disposizione della Real Marina borbonica¹ ha sortito qualche effetto: l'Accordo italo-svizzero sulle rogatorie, firmato il 10 settembre 1998, ha infatti bordeggiato lungamente prima di raggiungere il capo della sospirata entrata in vigore, avvenuta il 1° giugno 2003, nella più totale bonaccia, stridente con le chiosose manovre che ne accompagnarono la ratifica durante il dibattito parlamentare a Roma e a Berna.

La bonaccia è ben giustificata, poiché la cooperazione italo-svizzera è continuata anche durante questi anni di ibernazione dell'Accordo, e poiché, nel frattempo, una sentenza della Corte di Cassazione del novembre 2002, indirettamente confermata mediante le ordinanze n. 315 e n. 487 della Corte costituzionale italiana, escluse perentoriamente quell'interpretazione della Legge n. 367 del 5 ottobre 2001 accompagnante la ratifica italiana dell'Accordo, secondo cui sarebbero stati nulli ed inutilizzabili nei procedimenti penali italiani tutti quegli atti trasmessi dalle Autorità giudiziarie penali svizzere a quelle italiane che fossero privi di una dichiarazione specifica di legalizzazione. Difatti, questa sentenza di cassazione, confermando la sentenza della Seconda Sezione penale di Milano nel processo sui "fondi neri ENI", avvallò pienamente le tesi dell'Ufficio federale di Giustizia, secondo cui il solo fatto che i documenti per rogatoria venissero accompagnati da una lettera dell'Autorità giudiziaria svizzera, costituiva sufficiente garanzia dell'autenticità dei documenti medesimi, o delle rispettive fotocopie, oggetto della trasmissione.

Nel frattempo, tutte le cosiddette "nuove tecniche investigative" che facevano bella mostra di sé nell'Accordo italo-svizzero, benché fossero già applicate da anni,

* avvocato a Lugano, Professore all'Università di S. Gallo

¹ << chille che stanno a poppa vanno a prora, chille che stanno a prora vanno a poppa; chille che stanno a dritta vanno a sinistra; chille che stanno a sinistra vanno a dritta, chille che stanno n'coppa vanno abbascio, chille che stanno abbascio vanno n'coppa, tutti passanno po' stesso pertuso>>

diverranno applicabili anche formalmente anche in favore di tutti i paesi membri del Consiglio d'Europa - compresi gli ultimi arrivati - visto che il Parlamento svizzero si appresta a ratificare il Secondo Protocollo aggiuntivo n. 182 datato 19 settembre 2001 alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria penale, che appunto prevede e disciplina dettagliatamente queste nuove tecniche. Fra queste peraltro riprese testualmente dal Trattato di Schengen del 19 giugno 1990 e dal Trattato sulle rogatorie dell'Unione Europea del 29 maggio 2000, figurano fra l'altro: l'interrogatorio mediante video- oppure teleconferenza, la trasmissione spontanea di informazione (ma non di documenti), la restituzione del provento di reato, l'osservazione o pedinamento di persone, la consegna controllata di merci proibite, la costituzione di gruppi investigativi comuni, nonché le cosiddette "inchieste mascherate", per le quali finalmente anche le Autorità svizzere presto disporranno di una dettagliata regolamentazione prevista dalla relativa Legge federale approvata il 5 giugno scorso. Anche nel suo messaggio riguardante la proposta di ratifica del Protocollo complementare n. 182, il Consiglio federale si premura di segnalare che pure a questo riguardo le Autorità giudiziarie svizzere non avranno da navigare in acque ignote, poiché questi strumenti investigativi già vengono attuati in esecuzione dei numerosi trattati di assistenza giudiziaria e di polizia già in vigore dagli scorsi anni con gli Stati confinanti. Altrettanto si può dire per la Convenzione Cybercrime n. 185 del Consiglio d'Europa, la firma della quale risale al 23 novembre 2001.

Modernariato fiscale

Ad avvalorare questa bonaccia soccorre specialmente la conferma, sia nel Protocollo aggiuntivo, sia negli Accordi suddetti, compreso quello italo-svizzero, di due principi storici per la cooperazione giudiziaria in materia penale, ossia quello della doppia punibilità – in virtù del quale viene fornita assistenza solamente per quei fatti che, se fossero commessi in territorio svizzero, sarebbero perseguibili anche secondo il diritto svizzero - nonché il principio di specialità, persino garantito nei confronti delle rogatorie italiane dall'art. 729 CPI, dove si prevede testualmente l'obbligo per

L'Autorità giudiziaria italiana di rispettare le condizioni poste dall'Autorità giudiziaria straniera per l'esecuzione della rogatoria, fra le quali rientra sicuramente quella del rispetto del principio di specialità, comunque costantemente rammentato mediante il relativo formulario dell'Ufficio federale che sempre accompagna ogni trasmissione di documenti all'estero. In virtù di questo principio, i mezzi di prova trasmessi per rogatoria da parte svizzera non possono essere utilizzati dalle Autorità straniere per il perseguimento di infrazioni - come per esempio la sottrazione fiscale - per le quali la Svizzera ancora non concede assistenza.

L'applicabilità dei due principi suddetti anche in materia fiscale, è stata ribadita, se mai ciò fosse stato ancora necessario, anche nella lettera datata 11 dicembre 1998, mediante la quale l'Ufficio federale di polizia aveva fugato i dubbi contenuti nella lettera 9 dicembre 1998 dell'Associazione svizzera dei banchieri², che si era preoccupata per l'inserimento nell'Accordo italo-svizzero dell'art. II paragrafo 3 secondo il quale: *"l'assistenza giudiziaria è concessa anche qualora il procedimento riguarda fatti che costituiscono truffa in materia fiscale, così come definita dal diritto dello Stato richiesto"*.

I numerosi motivi di fatto e di diritto in forza dei quali l'entrata in vigore di questa norma nell'ambito dell'Accordo italo-svizzero non avrebbe dato luogo alle catastrofi paventate da alcuni deputati e giuristi ticinesi in occasione della ratifica, sono già ben noti³. Vi si aggiunga ancora un dato di fatto determinante: benché la possibilità di rogatorie riguardanti la truffa in materia fiscale sia prevista dall'art. 3 cpv. 3 seconda frase della Legge federale svizzera sull'assistenza internazionale in materia penale già dal 1° gennaio 1983, da allora continua a rimanere isolato il caso - quello dell'utilizzazione di fatture gonfiate per le sponsorizzazioni da parte del Gruppo Videosport nel procedimento promosso dal Procuratore di Milano, dott. Paolo Ielo, nel frattempo trasferito alla Sezione della vigilanza sulle misure penitenziarie, - in cui, negli ultimi vent'anni, le Autorità italiane richiesero assistenza per truffa in materia fiscale. Pertanto, questa "novità" che, nel 1998, riprendeva una norma in vigore già

² Il testo integrale delle due lettere è pubblicato nel commentario edito dal Prof. Niklaus Schmid, *Geldwäscherei Einziehung und organisierte Kriminalität*, Vol. II, Zurigo, 2002, pag. 1251

³ Confronta, tra l'altro, i riferimenti dottrinali nell'articolo pubblicato dal medesimo Autore intitolato "Accordo italo-svizzero: importanza inversamente proporzionale alle polemiche", nel *Corriere del Ticino* del 4 ottobre 2001

dal 1983, è già entrata nel museo del modernariato fiscale, tanto più che le reali novità in questa materia sono quelle previste dal Trattato fra la Svizzera e l'Unione Europea, ormai prossimo al traguardo della firma, che verrà a rafforzare la cooperazione contro le frodi in danno dell'erario UE.

L'ariete fiscale USA

Ancora una volta, però, come sempre, i colpi di ariete più significativi in materia fiscale provengono dal gigante statunitense, ultimo in ordine di tempo l'Accordo del 23 gennaio 2003, per l'interpretazione dell'art. 26 della Convenzione contro la doppia imposizione fra gli USA e la Svizzera del 2 ottobre 1996, che prevede la possibilità dello scambio di informazioni fra le Autorità fiscali allo scopo di prevenzione di truffa in materia tributaria e reati simili. L'Accordo, nella forma del Memorandum of understanding, precisa proprio, alla luce di numerosi esempi, cosa si debba intendere per "reati simili" ("tax fraud or the like") tra i quali rientrano anche alcune forme di reato fiscale che nel diritto svizzero, non sarebbero qualificate come frode fiscale, pur manifestando un carattere illecito di livello simile a quello della frode fiscale, come si è sforzato di spiegare il Consiglio Federale nella recente risposta al Consigliere agli Stati Studer, rammentando che una simile estensione era stata concessa soltanto alla Germania mediante un analogo protocollo del 24 marzo 2003. In realtà, la Svizzera ha già assunto l'impegno di inserire una clausola del genere in tutte le Convenzioni contro la doppia imposizione con gli Stati membri dell'UE e ciò nell'ambito di un Memorandum of understanding complementare all'Accordo tra la Svizzera e l'UE riguardante la tassazione dei redditi da risparmio delle persone fisiche, approvato dall'ECOFIN il 3 giugno scorso. Pertanto, l'attenzione dei giuristi, concentrata da decenni sulle rogatorie penali, dovrà ora spostarsi anche su queste future convenzioni visto che anche la tanto collaudata "clausola – modello" dell'OCSE scricchiola.

(continua)

Articolo pubblicato nel Corriere del Ticino venerdì 13 giugno 2003, pag. 46

ROGATORIE ITALO-SVIZZERE SENZA SCORDARE GLI USA*

di Paolo Bernasconi**

Poiché non solo in politica estera, ma anche in sede fiscale, l'osservazione degli itinerari della locomotiva statunitense facilita le profezie, ricordiamo che un'iniziativa degli USA ancora più pesante colpisce il Principato del Liechtenstein il quale si appresta a ratificare un Trattato di assistenza giudiziaria con gli USA firmato l'8 luglio 2002, molto più invasivo di quello firmato il 25 maggio 1973 dalla Svizzera. Infatti, all'art. 1 (4) del Trattato con il Liechtenstein si prevede esplicitamente la possibilità di scambio di informazioni e di documenti anche a favore di procedimenti per frode fiscale, analogamente a quanto già ottenuto dagli USA bussando alla porta di Austria, Bahamas, Cayman Islands, Lussemburgo e Panama. In un recente scambio di note diplomatiche fra gli USA e il Liechtenstein sono stati però descritti anche cinque tipi di comportamenti intenzionali che costituiscono presunzione di frode fiscale, come per esempio l'allestimento di doppia contabilità, la distruzione di qualsivoglia registrazione contabile, l'occultamento di beni oppure di fonti di reddito e simili. Sono in particolare considerati documenti anche formulari prestampati dell'Internal Revenue Service.

In considerazione dell'espansione anche di istituti bancari svizzeri sulla piazza finanziaria a Singapore, non rimane altro che scommettere se e fra quanto tempo anche Singapore dovrà digerire un trattato con gli USA altrettanto spinoso, nella scia del quale potrebbero successivamente pure accodarsi altri Stati, se non addirittura la stessa Unione Europea, con nuovo rimbalzo sulla posizione svizzera

* La prima parte è stata pubblicata nel Corriere del 12 giugno 2003

Bloccata la Consob, ma anche la SEC

Anche nella sua relazione di attività sull'esercizio 2002, il Presidente della Consob, ossia l'autorità di vigilanza sul mercato borsistico italiano, non ha potuto fare a meno di rammentare che la cooperazione con la Commissione Federale delle Banche aveva subito un'ulteriore battuta di arresto dovuta, come esplicita lo stesso Presidente, non ad una cattiva volontà della Commissione federale delle banche (CFB), bensì alle maglie troppo strette della Legge federale sulle borse (LBVM). La CFB, nei suoi bollettini trimestrali, come pure nel suo rapporto di attività sull'esercizio 2002 - un vero e proprio "cantiere normativo" - aveva descritto ampiamente le motivazioni delle due sentenze del Tribunale federale, l'una dell'anno 2000, l'altra del 2003, che avevano di fatto bloccato la trasmissione di informazioni da parte della CFB a favore di procedure promosse da parte della Consob per sospetto di insider trading oppure di altre infrazioni commesse nel mercato borsistico. Pertanto, a parecchie decine di richieste della Consob non ha più potuto essere data evasione e altrettanto avverrà anche riguardo a tutti quegli intermediari finanziari, rispettivamente dei loro clienti che manifesteranno in futuro la loro opposizione alla trasmissione di informazioni alla Consob. Secondo la CFB questa situazione di stallo è destinata a protrarsi fintanto che le Camere federali non approveranno la revisione dell'art. 38 LBVM nonché del corrispondente art. 23^{sexies} della Legge federale sulle banche, allo scopo di attenuarne le condizioni. La procedura di consultazione sull'avamprogetto di revisione è stata limitata esclusivamente all'Associazione svizzera dei banchieri, per cui il messaggio del Consiglio federale non dovrebbe tardare.

Questa procedura straordinariamente veloce, al punto da far procrastinare ad una seconda fase la revisione elaborata dalla Commissione Uster, dell'art. 161 del Codice penale che punisce l'insider trading, trova la sua ragione, ancora una volta, nelle pressioni da parte degli USA, dal momento che recenti sentenze del Tribunale federale hanno giudicato insoddisfacente dal punto di vista delle norme svizzere, non solo la legislazione italiana, ma addirittura anche quella degli USA, bloccando di fatto la trasmissione di informazioni a favore di procedure avviate da parte della Securities

Exchange Commission (SEC). Pertanto, il numero di norme di diritto svizzero denominate, non senza ragione, "*lex americana*", sembra destinato ad aumentare.

In realtà, per superare le difficoltà in questo settore che sembrano ancora una volta agitare le acque dei rapporti politici svizzeri con gli USA e con l'Italia, basterebbe semplicemente far capo, come già si faceva anni orsono, ad una consolidata giurisprudenza del Tribunale federale, secondo cui anche le Autorità di vigilanza sulla borsa erano e permangono legittimate a presentare rogatorie alle Autorità giudiziarie penali svizzere, a condizione che ciò avvenga a favore di procedimenti per infrazioni che potrebbero essere sottoposte alle Autorità giudiziarie penali del paese rogante. Anche su questo punto, il neo - vetusto Accordo italo-svizzero sulle rogatorie potrebbe apportare un contributo, dal momento che l'art. II cap. 1 dell'Accordo prevede proprio la facoltà anche per le Autorità amministrative di presentare rogatorie alle Autorità giudiziarie penali. Ancora una volta soccorre la già citata lettera 11 dicembre 1998 dell'Ufficio federale di polizia, per spiegare che fra queste Autorità rientra in primo luogo proprio la Consob. Dal momento che quest'ultima, secondo l'art. 4 comma 10 del Testo Unico della Legge Draghi¹, è comunque tenuta a trasmettere il risultato delle sue indagini preliminari alla Procura della Repubblica territorialmente competente, non sembrerebbero sussistere ostacoli legali all'ammissione di domande rogatorie presentate dalla Consob, invece che alla CFB, direttamente all'Autorità giudiziaria penale svizzera. In questi tempi, in cui da parte di alcuni esponenti del Governo italiano non si perde l'occasione per attizzare polemiche nei confronti del sistema giuridico svizzero, una simile possibilità meriterebbe di essere ripristinata.

Quanto agli USA, a medicare una lacerazione con la SEC oggi non basterebbe più una Convenzione dell'Associazione svizzera dei banchieri sul modello della famosa Convenzione XVI del 28 giugno 1982 sull'insider trading: infatti, dal 30 luglio 2002, la SEC brandisce un nuovo missile della generazione delle armi extraterritoriali, ossia il Sarbanes-Oxley Act – promulgato per migliorare la credibilità dei bilanci e la gestione delle imprese – che sarà applicabile anche a società svizzere quotate anche alla borsa americana e alle loro società di revisione.

¹ Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Legge n. 58/1998)

Nuovi rischi per le banche

Ma qualche effetto, anche se indiretto, al neo-vetusto Accordo italo-svizzero, non si può negarlo, più che altro perché, durante i cinque anni della sua ibernazione, la telematica progredì di qualche ulteriore miglio, per cui ora gli inquirenti penali sia svizzeri che stranieri, esigono da banche ed altri intermediari finanziari non soltanto chilogrammi di fotocopie, bensì anche floppy disc e corrispondenza informatica interna, compresa quella scambiata con le filiali off shore. Inoltre, dal 1. gennaio 2002 gran parte delle principali rogatorie italiane vengono trattate dal Ministero Pubblico della Confederazione (MPC) con almeno due effetti macroscopici: un solo grado di ricorso, ossia il Tribunale federale, mancando ovviamente l'istanza di ricorso cantonale, ciò che accelera visibilmente l'evasione delle rogatorie dall'Italia rispetto a quelle provenienti da altri Stati. In secondo luogo, l'attuale abbondanza di nuove forze presso l'MPC, permette di rovesciare su una banca sino ad una cinquantina tra magistrati e poliziotti, con blocco contemporaneo degli uffici, telefonate comprese, delle abitazioni dei dirigenti, nonni, balie, ospiti compresi, ripresa fotografica dei luoghi e dei veicoli parcheggiati, il tutto per eseguire rogatorie a favore del perseguimento di reati societari asseritamente commessi oltre dieci anni or sono.

Per temperare gli effetti dirompenti di simili violazioni del principio costituzionale non scritto della proporzionalità, al banchiere, quale detentore di carte riguardanti clienti manifestamente estranei al reato ipotizzato all'estero, non rimane che trincerarsi dietro il modesto scudo della consegna degli atti sotto suggello, affinché sulla selezione degli stessi si pronunci l'autorità di ricorso, in un ambiente più sereno nonché lontano dagli sguardi prematuri del magistrato o funzionario rogante. Infatti, la partecipazione di questi ultimi viene sempre ammessa, poiché vengono sempre ammessi al beneficio della presunzione di agevolare l'esecuzione completa della rogatoria, in modo da evitare il ping-pong di rogatorie complementari. Ed è proprio riguardo alla partecipazione di magistrati e funzionari inquirenti italiani agli atti di esecuzione di una rogatoria italiana in territorio svizzero che fa capolino una novità dell'Accordo - ossia l'art. IX cpv. 3 - che differisce, forse per inavvertenza, dall'art. 65a cpv. 3 della Legge federale sull'assistenza in materia penale (LAIMP). Infatti,

quest'ultimo precisa che la partecipazione di magistrati esteri non è ammissibile se permette agli stessi di acquisire informazioni rientranti nella sfera segreta ossia, per intenderci, coperte dal segreto bancario o segreti simili, finché non sia stata pronunciata una sentenza definitiva - come precisa recente giurisprudenza zurighese - sulla trasmissibilità dei relativi documenti. Per contro l'art. IX cpv. 3 dell'Accordo italo-svizzero largheggia, poiché sembra ammettere la partecipazione anche in questi casi, con il divieto però, peraltro ovvio, di farne uso prima di esserne autorizzati in forza di una sentenza definitiva svizzera. Sottigliezze, si dirà, ma che segnano il confine fra procedura rituale e procedura precipitosa, complice indiretta del cannibalismo mediatico che affastella i condannati insieme ai terzi coinvolti senza colpa.

In vista di prossime scaramucce procedurali su questo tema, si rammenti comunque che le norme dell'Accordo italo-svizzero sono applicabili a favore di procedimenti esteri anche per reati commessi prima del 1° giugno scorso, poiché il principio della non retroattività si applica esclusivamente alle norme di diritto penale materiale, ma non alle norme procedurali né rogatorie.

Da quando poi l'autorità giudiziaria svizzera abbraccia in modo consolidato procedure rogatorie e procedimenti autonomi svizzeri, nella rincorsa incrociata fra rogatorie attive e passive, le prime spesso fondate sull'obbligo di blocco e di comunicazione per tutti gli intermediari finanziari previsto dagli artt. 9 e 10 della Legge federale anti-riciclaggio, il rischio di procedure legali, connesso al reputational risk, impone di iscrivere anche questo settore nel mansionario del compliance officer, ossia, in buon ticinese, di quel servizio che vigila preventivamente sulla legalità di tutta l'attività aziendale. Infatti, anche in sede rogatoria, il magistrato rogato svizzero - finalmente - non dimentica più l'obbligatorietà dell'azione penale per sospetto di reato commesso in territorio svizzero, come per esempio il riciclaggio del provento del reato estero perseguito dal magistrato rogante, oppure la falsa compilazione del formulario A relativo all'identità dell'avente diritto economico, oppure l'esercizio abusivo dell'attività di fiduciario. Pertanto, dall'esecuzione di una rogatoria estera, penale o amministrativa, possono scaturire quelle iniziative procedurali innescanti a catena ulteriori rischi per altri clienti, fra cui è prioritario il rischio di vedere il loro

nome e le informazioni sulle loro transazioni pluriennali abbandonare il sicuro rifugio bancario per destinazioni ignote, non esclusa l'autorità fiscale svizzera, visto che il principio di specialità vale verso l'estero ma non verso l'interno.

** avvocato a Lugano, Professore all'Università di S. Gallo

* * *