

CORRIERE DEL TICINO 17.2.2004, Economia p. 45

DIRITTO

**Il Tribunale ha ritenuto di dover precisare la procedura per rispettare la riservatezza
LE AUTORITÀ SVIZZERE DEVONO GARANTIRE IL TEMPO NECESSARIO PER UNA
VALUTAZIONE APPROFONDATA DEI DOCUMENTI**

Rogatorie: nuovi diritti alle banche

Lo ha precisato in una recente sentenza il Tribunale federale

di Paolo Bernasconi, Avvocato a Lugano e Professore all'Università di San Gallo

_ In favore delle banche, e dei loro clienti, dove e quando vengono sequestrati documenti in esecuzione di rogatorie estere, le autorità giudiziarie svizzere devono garantire il tempo necessario per una presa di posizione approfondita riguardo a tutti i singoli documenti. Questa, in sintesi, l'importante novità contenuta in una recente sentenza del Tribunale federale, che ha ritenuto necessario precisare la procedura da seguire per rispettare la riservatezza.

Ormai da molti anni, il Tribunale federale, che si pronuncia quale ultima istanza anche riguardo ai ricorsi presentati contro l'esecuzione di rogatorie estere, ha dimostrato di seguire una tendenza improntata alla massima cooperazione nella lotta internazionale contro la criminalità. Ne è prova, tra l'altro, la rarità delle sentenze che accolgono ricorsi contro le decisioni delle autorità giudiziarie penali svizzere, federali o cantonali, relative alla raccolta di mezzi di prova destinati ad essere trasmessi all'estero per favorirvi procedimenti penali pendenti. Per contro, il Tribunale federale continua a manifestarsi concretamente molto rigoroso riguardo al rispetto dei diritti procedurali di ogni persona fisica o giuridica coinvolta direttamente nell'esecuzione di una rogatoria indirizzata alle autorità svizzere. Anzi, di fronte ad una certa condiscendenza da parte di determinate autorità giudiziarie svizzere, in una sua sentenza pronunciata alla fine dello scorso anno, il Tribunale federale ha addirittura auspicato che l'Ufficio federale di giustizia, nell'esercizio dell'alta vigilanza federale, abbia ad attirare l'attenzione delle autorità federali e delle autorità cantonali sull'osservanza delle regole di procedura riguardanti la selezione dei documenti bancari sequestrati.

Come noto, l'autorità giudiziaria svizzera che riceve una rogatoria estera in materia penale, una volta constatata la sua ammissibilità di principio, ordina il sequestro dei documenti richiesti presso la banca, società finanziaria o società fiduciaria menzionata nella rogatoria. Questa decisione non è appellabile ed è immediatamente esecutiva, per cui la o le banche destinatarie della decisione, nel giro di una o due settimane, a seconda dell'ampiezza dei documenti, li rimettono all'autorità svizzera, presso la quale rimangono custoditi fintanto che non sia cresciuta in giudicato la cosiddetta decisione finale di chiusura e di trasmissione.

Questa decisione viene emanata dall'autorità giudiziaria svizzera dopo avere proceduto all'esame dei documenti bancari sequestrati.

L'autorità competente può essere il Ministero Pubblico della Confederazione oppure la Direzione Generale delle Dogane, ma solo per le frodi di carattere doganale oppure, a livello cantonale, il Ministero Pubblico o il Giudice Istruttore. Queste autorità vengono definite come autorità di esecuzione oppure autorità rogate, poiché destinatarie della rogatoria inviata loro da parte dell'autorità rogante straniera.

Ecco come il Tribunale federale ha precisato la procedura di analisi e selezione di documenti che deve precedere l'emanazione della sentenza impugnabile di chiusura e di trasmissione: l'autorità di esecuzione deve selezionare tutti i documenti che ritiene di trasmettere all'autorità estera e verifica la disponibilità alla cosiddetta esecuzione semplificata (art. 80 lett. c della Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale / LAIMP), secondo la quale gli aventi diritto ai documenti, ossia i clienti della banca, oppure i detentori dei documenti, ossia la banca medesima, possono acconsentire a che i documenti vengano consegnati all'autorità rogante straniera senza ulteriore formalità.

Qualora, come nella stragrande maggioranza dei casi, le parti interessate rifiutino la procedura di esecuzione semplificata, allora l'autorità di esecuzione svizzera impartisce un termine per far valere, riguardo ad ogni singolo documento, gli argomenti che a suo parere si oppongono alla trasmissione all'estero. Questo termine, precisa la sentenza, può anche essere breve, benché in realtà può succedere che tale termine raggiunga anche qualche settimana, specie quando i documenti da esaminare sono centinaia se non addirittura migliaia.

Inoltre, nel frattempo, l'avente diritto deve avere ricevuto copia della rogatoria straniera onde poter essere posto nella posizione di esaminare la pertinenza e la connessione dei documenti richiesti con l'oggetto dell'indagine pendente all'estero. A questo punto l'autorità svizzera di esecuzione deve emanare la decisione di chiusura che, secondo il Tribunale federale, deve essere « accuratamente motivata » .

Se l'avente diritto dei documenti dovesse omettere di pronunciarsi oppure dovesse averlo fatto soltanto in modo insufficiente, ciò non di meno l'autorità svizzera di esecuzione deve effettuare la selezione dei documenti così come imposto dal rispetto del principio di proporzionalità. In sostanza, il Tribunale federale ha inteso, mediante questa precisazione esplicita e concreta della procedura, materializzare il diritto costituzionale delle parti di essere sentite da parte dell'autorità ed ha inoltre inteso riconfermare il divieto per l'autorità svizzera di consegnare i documenti in blocco, senza nemmeno averli selezionati ed esaminati, all'autorità straniera rogante.

La sentenza federale ha addirittura precisato che l'autorità svizzera di esecuzione deve garantire al detentore dei documenti l'occasione « concreta ed effettiva di determinarsi, affinché possa esercitare il suo diritto di essere sentito e adempiere così il proprio obbligo di cooperare all'esecuzione della rogatoria » .

Questa precisazione comporta di conseguenza un obbligo per le banche, che finora non era adempiuto da parte di tutte: poiché la banca per determinarsi riguardo alla pertinenza o connessione di documenti deve potersi riferire alle conoscenze del proprio cliente, quest'ultimo deve essere informato completamente e tempestivamente dell'esistenza della rogatoria e della misura di sequestro finalizzata all'esecuzione della medesima, e ciò in tutti i casi ad eccezione esclusivamente di quelli in cui, facendo valere un pericolo concreto di collusione relativamente a gravi reati, il Magistrato rogante straniero abbia richiesto il divieto di informare certe persone. Questo obbligo impone alla banca l'informazione del cliente in modo effettivo anche quando quest'ultimo abbia pattuito con la banca la diffusissima convenzione che autorizza la banca a non inviare corrispondenza al domicilio del cliente, specie quando quest'ultimo risieda all'estero. Anche in questi casi, il cliente deve essere immediatamente informato, telefonicamente, in maniera che, come appunto lo prescrive la precisazione procedurale suddetta, possa essere messo nella condizione « concreta ed effettiva », di pronunciarsi ed eventualmente partecipare, tramite un proprio patrocinatore, alla selezione dei documenti, anche per potersi pronunciare riguardo al consenso, totale o parziale, alla cosiddetta trasmissione semplificata. In sostanza, la procedura così concepita, si avvicina molto a quella prevista dalla legislazione svizzera nel caso in cui la banca consegna all'autorità di esecuzione i documenti richiesti sotto sigillo.

(1. continua)

_ La sentenza, non ancora pubblicata, è di grande interesse per la piazza finanziaria ticinese nelle rogatorie italo- svizzere

CORRIERE DEL TICINO 18.2.2004, Economia p. 38

DIRITTO

Di fronte a questa prassi parecchi giuristi all'estero sorridono, mentre spesso i clienti rabbriviscono

IN PRECEDENZA INVECE SI LIMITAVA A FORNIRE SOLAMENTE QUANTO ESPRESSAMENTE RICHIESTO ALLE AUTORITÀ ESTERE

Rogatorie: dai paraocchi ai quattro occhi

Il magistrato svizzero è tenuto a trasmettere tutte le prove necessarie

di Paolo Bernasconi, Avvocato a Lugano e Professore all'Università di San Gallo

— Fino a pochi anni orsono il sistema delle rogatorie internazionali era pesantemente debilitato dal fatto che il Magistrato richiesto di collaborare ad un procedimento straniero agiva, salvo rare e lodevoli eccezioni, con i paraocchi: si limitava infatti ad eseguire in modo restrittivo le domande del suo corrispondente all'estero, senza fornirgli un solo foglio che esorbitasse da queste domande, anche quando risultasse manifestamente che i mezzi di prova ulteriormente esistenti in territorio svizzero, se trasmessi all'autorità straniera, le sarebbero stati di grande utilità. Sia la revisione legislativa del 1997 sia la prassi estensiva del Tribunale federale hanno quasi completamente scalzato la politica dei paraocchi: il Magistrato svizzero oggi è legittimato, se non addirittura tenuto, a trasmettere subito all'autorità straniera quei mezzi di prova di cui non si può escludere con certezza l'utilità per il procedimento estero, in modo da evitare all'autorità straniera di doversi sfiancare in un ping pong di successive rogatorie.

Ora, in una sua sentenza del 23 dicembre scorso, il Tribunale federale ha addirittura rammentato che può costituire « un aiuto prezioso » per l'autorità di esecuzione svizzera la partecipazione di persona del Magistrato straniero addirittura all'operazione di selezione dei documenti bancari sequestrati, che deve appunto avere luogo prima della decisione di chiusura e di trasmissione. Come dire che quattro occhi vedono meglio di due, con un dettaglio non trascurabile: due occhi sono quelli del Magistrato svizzero e gli altri due – auspicati dal Tribunale federale – sono quelli del Magistrato straniero. Anche riguardo alla partecipazione del Magistrato straniero all'interrogatorio dei testimoni e delle parti in territorio svizzero la prassi del Tribunale federale respinge ormai da anni qualsiasi opposizione. Ovviamente, come prevede la legge svizzera, il Magistrato straniero che beneficia di questa possibilità privilegiata non potrà utilizzare quanto avrà sentito ascoltando la persona interrogata o quanto avrà visto partecipando di persona alla selezione preliminare dei documenti, fintanto che non sarà cresciuta in giudicato la decisione formale di chiusura della procedura rogatoria mediante la quale si ordina la trasmissione dei documenti destinati appunto al Magistrato straniero.

Di fronte a questa prassi parecchi giuristi ed intermediari finanziari all'estero sorridono, mentre i clienti rabbriviscono: come può infatti pretendere l'autorità svizzera di garantire che un Magistrato poco familiarizzato con le norme rogatorie, per esempio in Turchia, in Ucraina oppure in paesi extra europei, rispetti una norma di diritto interno svizzero, e come potrà l'autorità svizzera sanzionarne l'eventuale violazione? Abusi in paesi familiarizzanti con il sistema rogatorio svizzero poterono essere sanati, ma che succederà con paesi di altra cultura giuridica o con altra struttura amministrativa?

GLOBALIZZAZIONE ANTIRICICLAGGIO: ORA FUNZIONA

La combinazione dell'arsenale svizzero antiriciclaggio con le nuove procedure rogatorie ha finalmente chiuso le maglie della rete anticrimine anche al di sopra delle frontiere nazionali. Ecco in quale modo: quando si apre un procedimento penale all'estero, se il reato è importante, spesso è accompagnato da misure procedurali coercitive come per esempio la perquisizione di uffici, il sequestro di documenti e, talvolta, l'arresto delle persone accusate. Si tratta di misure che, presto o tardi, vengono divulgate dai mass media. Non appena uno delle migliaia di intermediari finanziari svizzeri (quasi quattrocento banche, quasi seicento operatori di borsa, quasi settemila gestori di patrimoni e fiduciari) abbia constatato che le misure processuali adottate all'estero riguardano valori patrimoniali (denaro contante, azioni, obbligazioni, pegni, partecipazioni a trust, a fondazioni, a fondi di investimento, e simili) possono essere eventualmente collegati ai reati oggetto del procedimento penale straniero, ecco che scatta l'obbligo di comunicazione all'Ufficio federale di comunicazione, in base all'art. 9 della Legge federale antiriciclaggio.

L'Ufficio federale di comunicazione trasmette questa informazione e i relativi documenti all'autorità penale giudiziaria svizzera la quale dispone dei mezzi seguenti: anzitutto ha la facoltà, prevista dalla legge, di informare l'autorità penale straniera dell'esistenza in territorio svizzero di mezzi di prova che potrebbero essere trasmessi nell'ambito di una rogatoria presentata da questa stessa autorità, la quale si appresterà a porvi mano. Seconda possibilità: l'autorità penale svizzera apre un procedimento penale interno autonomo, il più delle volte per titolo di riciclaggio, nell'ambito del quale ordinerà tutte le misure conservative urgenti, come ulteriori perquisizioni e sequestri di documenti e di beni. Inoltre, potrà innestare nel procedimento svizzero una propria domanda di assistenza rogatoriale diretta proprio a quella autorità straniera che i media avevano riferito, giorni o settimane prima, essere stata incaricata del procedimento penale per quell'ipotesi di reato dal quale potrebbero essere scaturiti gli averi patrimoniali che fecero oggetto della comunicazione da parte dell'intermediario finanziario diretta all'Ufficio federale di comunicazione.

Ma la circolazione di queste informazioni funziona anche in senso inverso: di propria iniziativa, l'intermediario finanziario in territorio svizzero stabilisce l'esistenza di un dubbio concreto riguardo all'origine illecita di averi patrimoniali e quindi li blocca, dandone comunicazione all'Ufficio federale di comunicazione, il quale, nei due terzi dei casi, informa l'autorità giudiziaria penale svizzera, la quale procede secondo le due possibilità appena descritte. Risultato: di regola, l'autorità penale straniera che riceve una comunicazione nella forma della rogatoria spontanea prevista dall'art. 67a della Legge federale sull'assistenza giudiziaria internazionale (LAIMP) oppure una rogatoria vera e propria, si affretta ad aprire un proprio procedimento penale nell'ambito del quale decreterà immediatamente tutte le misure conservative urgenti. L'efficacia dei meccanismi suddetti è stata ulteriormente potenziata grazie ad una sentenza del Tribunale federale del 27 novembre 2002, secondo cui l'autorità svizzera esegue le rogatorie estere per riciclaggio anche se l'autorità straniera non è ancora in grado di precisare quale sarebbe il reato a monte dal quale proverrebbero i valori che sono stati oggetto di riciclaggio: basta che l'autorità straniera possa rendere plausibile l'esistenza di « transazioni sospette » .

Infine, il Magistrato rogante straniero si troverà la strada facilitata grazie all'obbligo legale generalizzato per tutti gli intermediari finanziari non solo di accertare l'identità dell'avente diritto economico che sta dietro ad ogni conto intestato ad ogni società off- shore, bensì anche di conservarne in fotocopia il documento di identità, nonché traccia documentale di tutti i dati utili a risalire alla sua persona. A supporto di questi obblighi antiriciclaggio, il Tribunale federale dichiarò punibile per falsità in documenti non solo l'allestimento bensì anche l'uso di documentazione inveritiera, ossia contenente un nome diverso da quello reale, pur escludendo invece – in una sentenza dell'ottobre scorso – la punibilità per carente diligenza prevista dall'art. 305ter CPS, malgrado l'insufficienza di accertamenti formali, purché l'identità dell'avente diritto economico sia accertata.

Inoltre, il sistema globalizzato antiriciclaggio può ora beneficiare anche della punibilità dell'impresa, introdotta lo scorso 1. ottobre anche in diritto svizzero, secondo l'art. 100quater del Codice penale svizzero, nonché della giurisprudenza svizzera più severa anche riguardo alle frodi in danno degli interessi erariali dell'UE.

Saranno i prossimi sviluppi giurisprudenziali a dirci quale forma prenderà la perenne quadratura del cerchio fra garanzie dei diritti procedurali, da una parte e, dall'altra parte, efficacia del procedimento penale a tutela sia delle vittime sia del funzionamento del mercato e, quindi, dell'affidabilità ed attrattività della piazza finanziaria medesima.

(La prima parte dell'articolo è stata pubblicata sul Corriere del Ticino del 17 febbraio 2004)

– La revisione del 1997 e la prassi del Tribunale federale hanno quasi completamente scalzato la politica dei paraocchi