

BGer 1A.12/2005 vom 9. März 2006

Bundesgericht, 2006-03-09, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1A.12_2005

FR: TF 1A.12/2005 du 9 mars 2006

IT: TF 1A.12/2005 del 9 marzo 2006

Erwägungen

E. 1.1

Ai rapporti svizzero-statunitensi nell'ambito dell'assistenza giudiziaria in materia penale si applicano rispettivamente, per le questioni di merito, l'omonimo Trattato concluso il 25 maggio 1973 fra i due Paesi (TAGSU, RS 0.351.933.6) e, per quelle formali, la relativa legge federale del 3 ottobre 1975 (LTAGSU, RS 351.93); viene pure considerato lo scambio di lettere del 3 novembre 1993 tra i due Stati relativo all'assistenza giudiziaria in procedure amministrative supplementari concernenti richieste in materia di infrazioni commesse in relazione con l'offerta, l'acquisto e la vendita di valori mobiliari e prodotti finanziari derivati ("futures" e "options"; RS 0.351.933.66). La legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale del 20 marzo 1981 (AIMP; RS 351.1) e la relativa ordinanza (OAIMP; RS 351.11) sono applicabili alle questioni che il prevalente Trattato non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza (art. 1 cpv. 1 AIMP ; DTF 130 II 337 consid. 1, 124 II 180 consid. 1a, 123 II 134 consid. 1a), fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 123 II 595 consid. 7c).

E. 1.2

La decisione con cui l'UFP - quale Ufficio centrale ai sensi dell' art. 28 cpv. 1 TAGSU - concede l'assistenza giudiziaria in virtù dell' art. 5 cpv. 2 LTAGSU e respinge un'opposizione secondo l'art. 16 della stessa legge è impugnabile mediante ricorso di diritto amministrativo (art. 17 cpv. 1 TAGSU ; DTF 124 II 124 consid. 1b). La legittimazione dei ricorrenti, titolari del conto bancario litigioso, è manifesta (art. 17 LTAGSU in relazione con l' art. 103 lett. a OG ; DTF 124 II 180 consid. 1b), così come la tempestività del loro gravame.

Secondo l' art. 37 cpv. 3 OG la sentenza del Tribunale federale è redatta in una lingua ufficiale, di regola in quella della decisione impugnata, che in concreto è la lingua italiana. Nonostante il ricorso sia steso in tedesco, come rientra nel diritto dei ricorrenti (cfr. art. 30 cpv. 1 OG), non si giustifica di derogare al citato principio, sicché anche questo giudizio è redatto in italiano (DTF 131 I 45 consid. 1, 124 III 205 consid. 2, 122 I 93 consid. 1), ritenuto altresì che nemmeno i ricorrenti chiedono che la sentenza sia resa in lingua tedesca.

E. 1.3

In virtù della norma speciale dell' art. 25 cpv. 6 AIMP , il Tribunale federale non è vincolato dalle censure e dalle conclusioni delle parti; esso esamina liberamente se i presupposti per la concessione dell'assistenza sono adempiuti e in quale misura essa debba esser prestata. Non è tuttavia tenuto, come lo sarebbe un'autorità di vigilanza, a verificare la conformità delle decisioni impugate con l'insieme delle norme applicabili (DTF 130 II 337 consid. 1.4, 123 II 134 consid. 1d). Le conclusioni che vanno oltre la richiesta di annullamento della

decisione impugnata sono ammissibili (art. 25 cpv. 6 AIMP e 114 OG; DTF 122 II 373 consid. 1c e rinvii).

E. 1.4

Secondo l' art. 19a cpv. 2 LTAGSU , in caso di opposizione o di ricorso, la trasmissione di informazioni inerenti alla sfera segreta o alla consegna di oggetti o beni all'estero non può avvenire prima che sia chiarita la situazione giuridica. Il ricorso ha quindi effetto sospensivo per legge. La relativa richiesta è quindi superflua.

E. 2.1

I ricorrenti adducono una violazione del loro diritto di essere sentiti e degli art. 6 n. 1 CEDU , 29 cpv. 2 Cost., 2 e 9 LTAGSU, perchè sarebbe stato negato loro l'accesso completo agli atti. Rilevano che l'Ufficio centrale USA ha messo a loro disposizione gli atti di una "lista 1", da loro fotocopiati, ma non sarebbero stati prodotti determinati atti indicati nella "lista 2" e asseverano che a torto detta Autorità avrebbe menzionato di averli "messi a disposizione". Nella risposta, l'Ufficio centrale USA rileva che la "lista 2" non era stata preparata prima della consultazione per l'assenza della responsabile dell'incarto, ma ch'essa è poi stata trasmessa per fax ai ricorrenti e spiegata telefonicamente al loro legale. Sottolinea che si trattava comunque soltanto di note interne, che non dovevano pertanto essere consegnate ai ricorrenti, i quali hanno avuto accesso a tutti gli atti rilevanti per la decisione.

E. 2.2

Il ricorso di diritto amministrativo, che in questo caso assume la funzione del ricorso di diritto pubblico secondo l' art. 84 cpv. 1 lett. a OG , permette di far valere anche censure legate alla lesione di diritti costituzionali nell'ambito dell'applicazione del diritto federale (DTF 124 II 132 consid. 2; Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2a ed., Berna 2004, n. 301). Dal diritto di essere sentito, desumibile dall' art. 29 cpv. 2 Cost. , la giurisprudenza ha dedotto il diritto dell'interessato di esprimersi prima che una decisione sia presa a suo sfavore, di fornire prove sui fatti che possono influenzare la decisione, di poter consultare gli atti di causa, di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di pronunciarsi in merito, come pure di addurre i propri argomenti (DTF 129 I 249 consid. 3, 126 I 7 consid. 2b). L'autorità che inserisce nel fascicolo processuale nuovi documenti, di cui intende prevalersi nella decisione, deve informarne le parti (DTF 124 II 132 consid. 2b e rinvii).

Una violazione del diritto di essere sentito, derivante per esempio dal mancato accesso agli atti (sul loro esame nell'ambito dell'assistenza vedi l' art. 9 LTAGSU , ricalcato sull' art. 80b AIMP), può essere sanata, di massima, nell'ambito di una procedura di ricorso, qualora l'autorità di ricorso disponga dello stesso potere di esame (DTF 124 II 132 consid. 2d, 117 Ib 64 consid. 4 pag. 87; cfr. anche DTF 126 I 68 consid. 2 pag. 72; Zimmermann, op. cit., n. 265, n. 273 e, in particolare, n. 268).

E. 2.3

Certo, l'assenza della responsabile dell'incarto non può chiaramente giustificare una limitazione del diritto di consultare l'incarto. Nella fattispecie tuttavia, indipendentemente dalla questione di sapere se gli atti che i ricorrenti non avrebbero potuto consultare siano effettivamente solo atti interni, non decisivi per l'esito della causa (cfr. DTF 125 II 473 consid. 4a; Zimmermann, op. cit., n. 268), e ricordato che l' art. 6 CEDU , nel quadro della

procedura interna della Svizzera, quale Stato richiesto, non è di massima applicabile (DTF 132 II 169 consid. 2.2.3 e rinvii), occorre rilevare che, come si è visto, in concreto l'asserito vizio avrebbe potuto eccezionalmente essere sanato nell'ambito della procedura in esame. Ora, i ricorrenti neppure hanno chiesto di avere accesso all'incarto e di potersi pronunciare con cognizione di causa sulla portata degli atti litigiosi nell'ambito di una possibile replica, limitandosi a postulare l'accoglimento del gravame a causa del criticato diniego (DTF 124 II 132 consid. 2d). La censura non può quindi essere accolta.

E. 3.1

In conformità al Trattato l'assistenza dev'essere accordata, segnatamente, nel caso di inchieste o procedure relative a reati la cui punizione cade sotto la giurisdizione dello Stato richiedente o di uno dei suoi Stati membri secondo l' art. 1 n. 1 lett. a TAGSU . Si considera reato nello Stato richiedente ogni atto per il quale vi sia in questo Paese un fondato sospetto che sia stato commesso e che soddisfi i requisiti di una fattispecie penale (art. 1 n. 2 TAGSU).

E. 3.2

I ricorrenti fanno valere che l'Ufficio centrale USA non avrebbe accertato che nella fattispecie la SEC condurrebbe, al loro dire quale semplice parte, un procedimento civile, che il risarcimento eventualmente riconosciuto a questa autorità rappresenterebbe, strutturalmente un indennizzo assimilabile a qualsiasi altro riconoscibile in un procedimento civile, che in concreto il tribunale non potrebbe pronunciare alcuna pena ai sensi del diritto penale, che contro loro negli Stati Uniti né è stato avviato un procedimento amministrativo né penale, che la SEC nemmeno potrebbe avviare un procedimento penale nei loro confronti, che nell'ambito dello stesso procedimento essa avrebbe chiesto all'Italia soltanto l'assistenza giudiziaria in materia civile. Essi sostengono inoltre che l'Ufficio centrale USA avrebbe erroneamente ritenuto che la SEC nei loro confronti condurrebbe un'inchiesta preliminare (civile), che le informazioni sotto forma di "litigation release" corrisponderebbero a quelle trasmissibili ai mass media da parte di autorità penali svizzere senza violare il segreto d'ufficio e la presunzione di innocenza, ch'esso non avrebbe constatato che la SEC non ha prodotto alcuna assicurazione riguardo a un cosiddetto "protective order" che nemmeno avrebbe accertato che in concreto essa non ha fornito alcuna garanzia sul rispetto del principio della specialità e che, infine, non ha assicurato che le informazioni ottenute per il tramite dell'assistenza non saranno pubblicate su Internet prima dell'esistenza di una decisione giudiziaria cresciuta in giudicato.

Fanno valere altresì una lesione dell'art. 6 n. 2 e dell' art. 8 CEDU , degli art. 13 e 32 cpv. 1 Cost. e dell' art. 5 TAGSU , siccome il principio della specialità, quello della presunzione d'innocenza, il diritto all'integrità personale e i principi fondamentali della protezione dei dati, verrebbero lesi dalla ritrasmissione da parte dell'autorità richiedente di informazioni ottenute per il tramite dell'assistenza e pubblicate su Internet. I ricorrenti adducono poi che le dichiarazioni giurate da loro prodotte ("affidavits" dell'avv. J. _____ del 24 agosto 2004 e del 18 gennaio 2005) dimostrerebbero che la SEC conduce unicamente una procedura civile, per cui si sarebbe in presenza di un accertamento errato o incompleto della fattispecie.

E. 3.3

L'autorità svizzera adita con una domanda di assistenza non può di regola pronunciarsi sulla sussistenza dei fatti esposti dalla parte richiedente e deve soltanto stabilire se essi, così

come descritti, a meno che non risultino manifestamente erronei, lacunosi o contraddittori, costituiscano un reato giustificante l'assistenza (DTF 126 II 495 consid. 5e/aa pag. 501 e rinvii, 120 Ib 251 consid. 5a, 118 Ib 111 consid. 5b). Questo esame e quello della colpevolezza sono infatti riservati al giudice straniero del merito, non a quello svizzero dell'assistenza (DTF 112 Ib 576 consid. 3, 113 Ib 276 consid. 3a). Nella fattispecie non v'è motivo per derogare a questo principio. Intanto la domanda americana è manifestamente scevra di errori o contraddizioni, né i ricorrenti sostengono il contrario. Essa è inoltre sufficientemente circostanziata per stabilire l'esistenza di un "fondato sospetto" di reato. Questa esigenza, contrariamente all'implicito assunto ricorsuale, non implica per la parte richiedente l'obbligo di provare la commissione del reato, ma solo quello di esporre in modo sufficiente le circostanze sulle quali fonda i propri sospetti, per permettere alla parte richiesta di distinguere la domanda da un'inammissibile istanza volta alla ricerca indiscriminata di prove: è d'altronde palese che la nozione di "fondato sospetto" di reato non va confusa con quella di "prova" del reato (DTF 118 Ib 547 consid. 3a, 111 consid. 5b pag. 122; vedi anche Jean-François Egli, *L'entraide judiciaire accordée par la Suisse pour la répression des délits d'initiés*, in: *Festschrift Arnold Koller*, edita da Walter R. Schlupe, Berna 1993, pag. 605 segg., in particolare pag. 619 e riferimenti). Tenuto conto della complessità e della natura dei reati in questione, i sospetti adottati dalle autorità statunitensi sono sufficienti; spetterà poi alle competenti autorità americane determinare se siano state effettivamente compiute operazioni delittuose.

E. 3.4

I ricorrenti incentrano in sostanza il gravame sull'assunto secondo cui la SEC intenderebbe promuovere solo una procedura civile nei loro confronti e non un procedimento penale, che del resto nemmeno sarebbe abilitata a introdurre. La tesi non regge.

È vero che nella rogatoria del 28 ottobre 2002 la SEC accenna a un "processo civile". Nella citata domanda la SEC indica tuttavia espressamente quali possibili violazioni la sezione 10(b) del "Securities Exchange Act" del 1934, in relazione con altre norme legali che reprimono la perpetrazione di attività fraudolente relative alla compravendita di titoli quotati in borsa, come pure la sezione 14(e), in relazione con altre norme che vietano la perpetrazione di attività fraudolente relative a un'offerta pubblica di acquisto. Nella rogatoria è precisato ch'essa, sulla base della sezione 21 dell'"Exchange Act", è autorizzata a far pervenire prove al Dipartimento di giustizia, che possono essere utilizzate dallo stesso per dare avvio a procedimenti penali. Non si è quindi in presenza di una semplice procedura civile, come a torto sostenuto dai ricorrenti (sentenza 1A.28/1998 dell'8 ottobre 1998, consid. 2b/cc, apparsa in Rep 1998 pag. 134).

Essi misconoscono inoltre che il Tribunale federale ha già stabilito che le investigazioni della SEC nell'ambito borsistico rientrano nella nozione di procedura giudiziaria ai sensi dell'art. 1 n. 1 lett. a TAGSU (DTF 120 Ib 251 consid. 4, 118 Ib 547 consid. 2, 115 Ib 186 consid. 3 pag. 191): queste sono considerate espressamente come una procedura d'inchiesta per la quale può essere prestata l'assistenza (v. anche il citato scambio di lettere del 3 novembre 1993). Ai fini dell'assistenza penale è quindi sufficiente che le informazioni richieste dalla SEC siano di natura tale da facilitare le investigazioni e ch'essa possa trasmettere la causa all'autorità competente per l'avvio di un procedimento penale (Zimmermann, op. cit., n. 334 e nota a piè di pagina n. 54 pag. 376).

E. 3.5

In effetti i ricorrenti disattendono che, secondo la giurisprudenza, affinché la Svizzera debba prestare la propria collaborazione, non è necessario che lo Stato richiedente abbia aperto un procedimento penale propriamente detto contro le persone implicate; l'assistenza può infatti essere accordata anche a un'autorità non giudiziaria, segnatamente un'autorità amministrativa che conduce un'inchiesta preliminare, a condizione che la stessa possa, in seguito, chiedere l'apertura di un procedimento penale (DTF 118 Ib 457 consid. 4b con rinvii); ciò è manifestamente il caso, anche nella fattispecie, per la SEC (DTF 113 Ib 257 consid. 5a pag. 270; cfr. anche DTF 121 II 153).

Nel citato scambio di lettere del 3 novembre 1993 la Svizzera e gli Stati Uniti hanno infatti convenuto che un'indagine condotta dalla SEC è da considerare come una procedura d'inchiesta, per la quale si può prestare assistenza giudiziaria (se sono soddisfatte le altre condizioni previste dal Trattato), per quanto l'inchiesta concerna un comportamento deferibile ai tribunali penali degli Stati Uniti. La circostanza che queste inchieste siano o non siano definite come penali da parte della SEC non è decisivo, visto ch'esse possono comportare l'apertura di un'inchiesta penale. Non è d'altra parte indispensabile che negli Stati Uniti l'accusa sia stata formulata, essendo sufficiente la verosimiglianza dell'apertura di un'azione penale (DTF 123 II 161 consid. 3a, 118 Ib 457 consid. 4b, 116 Ib 452 consid. 3a, 109 Ib 47 consid. 3a pag. 51; DTF 126 II 258 consid. 7 inedito), che per una ragione o per un'altra la SEC, in definitiva, non adisca il giudice penale non è determinante (Zimmermann, op. cit., n. 333-334 pag. 375 seg. e nota a piè di pagina n. 54 pag. 376).

E. 3.6

L'argomentazione dei ricorrenti secondo la quale l'assistenza richiesta avrebbe per oggetto una procedura di natura meramente "civile" disconosce in effetti il testo dell' art. 1 cpv. 3 TAGSU e del menzionato scambio di lettere. L'autorità richiedente, che beneficia della presunzione della buona fede, ha espresso la volontà di esaminare se sia stata commessa un'infrazione penale, ragione per cui la natura penale dell'inchiesta ai sensi dell' art. 1 cpv. 1 TAGSU non può essere revocata in dubbio (sentenza 1A.317/1995 del 30 gennaio 1996 consid. 3). I ricorrenti disattendono inoltre che nel quadro di reati di iniziati di regola non c'è una parte lesa nel senso del diritto civile (Christoph Peter in: Commentario basilese, 2003, n. 13 all' art. 161 CP). Occorre anche ricordare che negli Stati Uniti determinate pene accessorie del diritto svizzero sono inflitte nel contesto del diritto "civile", che si apparenta, trasposto nel nostro sistema giuridico, al diritto amministrativo o al diritto penale amministrativo. In effetti, anche negli Stati Uniti, non è una persona privata che agisce in giudizio contro un'altra persona privata, ma è l'autorità amministrativa competente, segnatamente la SEC, che opera quale parte attrice a tutela dell'interesse pubblico. Il risarcimento inflitto alla fine di questa procedura è quindi sanzionato dallo Stato a dipendenza di una violazione della legge. Si deve pertanto tener presente che la procedura tendente a infliggere multe civili ("civil penalties"), criticata dai ricorrenti, rientra in realtà in ciò che la Svizzera perseguirebbe nel quadro del diritto penale amministrativo (Lionel Frei, *Der Rechtshilfevertrag mit den USA und die Aufhebung geschützter Geheimnisse*, in: *Fiches juridiques suisses* n. 67, 1989, pag. 8 seg. e nota a piè di pagina n. 37, scheda n. 67b pag. 94.; Pierre Schmid, *L'entraide judiciaire*, Jean-Marc Rapp, *L'expérience américaine et l'art. 161 CPS*, ambedue in: *La répression des opérations d'initiés*, edito da François Dessemontet, Losanna 1990, pag. 109 segg., in particolare pag. 121 seg., rispettivamente pag. 69 segg.; Niklaus Schmid, *Schweizerisches Insiderstrafrecht, ein Kommentar zu Art. 161 des Strafgesetzbuches*, Berna 1988, n. 525 pag. 232).

E. 3.7

Il Tribunale federale, seppure in un altro contesto, ha del resto precisato che la concessione dell'assistenza giudiziaria, secondo la CEAG, presuppone che le misure sollecitate possano servire in un procedimento penale nello Stato richiedente. Solo qualora il procedimento penale dovesse costituire un semplice pretesto, ossia quando le misure richieste servissero, in realtà, esclusivamente come mezzi di prova in un procedimento civile, si sarebbe eventualmente in presenza di un abuso della procedura di assistenza (DTF 122 II 134 consid. 7b; cfr. sulla facoltà di autorizzare l'uso, in un procedimento civile, di documenti trasmessi nel quadro dell'assistenza giudiziaria, DTF 128 II 305 consid. 3.1 pag. 308 seg. e consid. 3.2, 126 II 316 consid. 2, 125 II 258 consid. 7a/bb). Certo, nella fattispecie, è vero che l'apertura di un procedimento penale non è manifesta né sicura: non è comunque escluso che, come si è visto, un siffatto procedimento possa essere avviato dopo che l'autorità richiedente avrà preso conoscenza degli atti che le verranno trasmessi. Gli estremi di un abuso della procedura di assistenza non sono quindi ravvisabili.

E. 4.1

Presentando prove atte a scagionarla, una persona indagata può quindi evitare che venga pubblicato il suo nome e ottenere l'interruzione delle indagini. A dimostrazione di questa possibilità, nella sua lettera del 10 settembre 2001 all'avv. K. _____, la SEC ha spiegato ch'essa ha omesso di pubblicare l'identità di una persona dopo aver deciso di non procedere nei relativi confronti ("voluntary dismissal").

E. 4.2

Certo, nella DTF 126 II 126 è stato ritenuto che le garanzie fornite dalla SEC alla Commissione federale delle banche, riguardo al trattamento confidenziale delle informazioni ricevute nel quadro dell'assistenza amministrativa, non soddisfacevano le esigenze dell' art. 38 cpv. 2 LBVM (consid. 6a-c/bb). Il Tribunale federale aveva nondimeno espressamente rilevato che, nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, sulla base del TAGSU e del citato scambio di lettere sono applicabili altri principi, accettati dai due Stati contraenti (consid. 6c/cc; cfr. Alexander M. Glutz von Blotzheim, *Internationale Amtshilfe: Die Übermittlung kundenbezogener Information aus dem Geheimbereich im Vorfeld ausländischer Strafverfahren am Beispiel des Insiderhandels*, in: *Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer*, edita da Patrick Sutter, Zurigo 2003, pag. 93 segg. 106 segg.).

E. 4.3

Le citate garanzie, derivanti da accordi tra i due Stati, sono sufficienti. Il rifiuto dell'assistenza amministrativa, in assenza dei citati accordi, concerne infatti un'altra fattispecie (DTF 126 II 126 consid. 6c/cc pag. 142 seg.). In effetti, già in una sentenza del 16 aprile 1991 il Tribunale federale, esprimendosi su un "affidavit" di un avvocato americano, ha ricordato che se il principio della pubblicità della procedura penale americana rende facilmente accessibili i documenti ivi prodotti, ciò non implica che il principio della specialità venga svuotato. Gli atti trasmessi dalla Svizzera possono infatti essere oggetto di un "protective order" previsto dalla procedura americana. La SEC deve di massima mettere a disposizione degli altri organi statali i documenti ch'essa raccoglie, ma non è detto ch'essa faccia prevalere questi principi sugli impegni assunti dagli Stati Uniti nell'ambito del TAGSU (causa 1A.55/1991, consid. 4).

Del resto, gli accenni dei ricorrenti non dimostrano che, in fattispecie simili a quella litigiosa, la SEC avrebbe già disatteso il principio della specialità o che gli Stati Uniti avrebbero già trasmesso a uno Stato terzo documenti consegnati dalla Svizzera nel quadro dell'assistenza giudiziaria (cfr. DTF 112 Ib 142). Viste le assicurazioni fornite in concreto dalla SEC, che è stata espressamente resa attenta alle condizioni del Trattato e delle citate lettere, nella fattispecie non si giustifica formulare riserve speciali in tal senso (cfr. sentenza del 16 aprile 1991, citata).

E. 4.4

Per di più, nella decisione impugnata, l'Ufficio centrale USA ha precisato d'aver approfondito la problematica concernente la procedura condotta dalla SEC e la prassi concernente la pubblicazione di "litigation release". A tal fine ha chiesto alle autorità americane informazioni complementari in merito a questa pubblicazione su Internet. Copie di dette informazioni sono state trasmesse ai ricorrenti. Da queste informazioni risulta, come esposto nella decisione impugnata, che la prima fase della procedura condotta dalla SEC è quella investigativa, durante la quale la procedura è confidenziale.

Terminata la fase investigativa, la SEC sporge una denuncia ("action") presso una Corte federale, trasmettendole le informazioni e i documenti che costituiscono le prove dirette o indirette che un reato è stato commesso. Questa fase della procedura è denominata "formal litigation" o "enforcement proceeding": si tratta di una procedura amministrativa, non penale, nella quale le udienze sono pubbliche.

Solo dopo aver sporto una denuncia con richiesta di misure coercitive presso una Corte federale o solo dopo che questa Corte ha accolto una tale richiesta, la SEC pubblica sul proprio sito web alcune informazioni concernenti il caso ("litigation release"), quali appunto il deposito di una denuncia con richiesta di misure coercitive o il fatto che la Corte federale ha deciso di accogliere la richiesta. Queste pubblicazioni sono conseguenti allo statuto della SEC, quale agenzia pubblica, che deve rendere conto al pubblico della sua attività, e perseguono anche uno scopo deterrente. L'Ufficio centrale USA sottolinea che queste pubblicazioni avvengono solo dopo che le prime informazioni raccolte sul caso, valutate in una procedura interna, e quindi non pubblica (parte investigativa della procedura), fondano un sospetto.

A richiesta delle parti, le autorità americane possono rinunciare alla pubblicazione di "litigation release", accogliendo una richiesta di "protective order". In tal caso, il "protective order" persegue lo scopo di salvaguardare la confidenzialità. I "litigation release" non descrivono i documenti specifici sui quali la SEC basa le proprie allegazioni, non indicano l'origine di tali documenti, così come non contengono informazioni dettagliate sulle prove assunte. L'Ufficio centrale USA ha poi rilevato che, come risulta dagli esempi fornitigli dalla SEC, i "litigation release" contengono solo un riassunto dei fatti che sono alla base della denuncia della SEC. Inoltre la SEC evita di pubblicare il nome di persone che non sono accusate. Secondo l'Ufficio centrale USA, tali pubblicazioni equivarrebbero quindi, mutatis mutandis, alle informazioni che in Svizzera le autorità di perseguimento possono dare ai media senza trasgredire la riservatezza imposta dalla legge.

E. 5.1

I ricorrenti misconoscono inoltre la portata dell' art. 5 TAGSU e del principio della specialità. Secondo questo principio le informazioni ottenute dallo Stato richiesto non possono essere utilizzate dallo Stato richiedente come mezzi di prova in una procedura

relativa a un reato che non sia quello per il quale è stata accordata l'assistenza giudiziaria, segnatamente per il perseguimento di reati fiscali. È d'altronde escluso che lo Stato richiedente, senza previamente avere ottenuto l'autorizzazione da quello richiesto, trasmetta a un terzo Stato le informazioni ottenute (DTF 112 Ib 142 consid. 3b). Ora, il rispetto del principio della specialità da parte di Stati che, come nel caso di specie, sono legati alla Svizzera da un trattato sull'assistenza giudiziaria viene ovviamente presupposto (DTF 118 Ib 547 consid. 6b pag. 561); nella fattispecie la validità di tale presunzione nei confronti degli Stati Uniti è del resto confortata da numerose esperienze fatte in passato (causa 1A.4/1989 del 20 marzo 1989, consid. 5b).

E. 5.2

Certo, il Tribunale federale ha già avuto occasione di rilevare che l' art. 5 cpv. 3 lett. a TAGSU permette l'utilizzazione delle informazioni trasmesse per un'indagine o un procedimento penale concernente il pagamento del risarcimento dei danni relativo a una procedura per la quale è stata concessa l'assistenza giudiziaria. Sussiste quindi il pericolo che nell'ambito di una siffatta procedura civile terzi prendano conoscenza delle informazioni trasmesse dalla Svizzera: in questo caso occorre attirare l'attenzione dell'autorità richiedente su questo rischio, invitandola ad adottare le misure necessarie per rimediare. Non v'è per contro motivo per richiedere preventivamente garanzie specifiche, ritenuto che si presume il rispetto da parte dello Stato richiedente delle condizioni eventualmente poste alla concessione dell'assistenza. Spetta all'Ufficio federale di polizia esaminare tali questioni prima della chiusura della procedura e imporre, se del caso, le condizioni atte a evitare una trasmissione di informazioni per vie traverse (sentenza 1A.78/2000 del 17 aprile 2000 consid. 2b).

Sempre secondo il citato scambio di lettere, è stato convenuto che le restrizioni previste all' art. 5 TAGSU hanno unicamente una portata di accordo tra governi. Di conseguenza, la garanzia della specialità non ha per effetto d'attribuire a tutte le informazioni trasmesse agli Stati Uniti la qualità di segreto protetto dalla legge: conformemente all' art. 37 cpv. 1 TAGSU le restrizioni previste dall' art. 5 TAGSU non autorizzano una persona a intentare negli Stati Uniti un'azione diretta a non ammettere o a escludere un mezzo di prova o a ottenere qualsiasi altra decisione giudiziale. Ove qualcuno affermi che un'autorità degli Stati Uniti ha utilizzato il materiale ricevuto dalla Svizzera in contraddizione con le restrizioni previste dall' art. 5 del Trattato, non dispone di altro rimedio di diritto se non della possibilità di avvisare l'Ufficio centrale svizzero, che tratterà tale comunicazione unicamente come un affare fra governi; non esiste diritto di provocare l'esame di simili affermazioni emesse in una qualsivoglia procedura negli Stati Uniti d'America, come precisato dal Consiglio federale nello scambio di lettere del 25 maggio 1973 (RS 0.351.933.6 pag. 29; Laurent Moreillon [editore], *Entraide internationale en matière pénale*, Basilea 2004, n. 6-8 all' art. 5 TAGSU : secondo questo autore, il diritto di prevalersi dell' art. 5 TAGSU è stato praticamente svuotato della sua sostanza). Ciò non implica tuttavia che, giusta il citato secondo scambio di lettere, a dipendenza della pubblicità del procedimento penale negli Stati Uniti, la tutela della specialità non sia possibile o che i mezzi di prova possano essere utilizzati senza limiti dalle controparti civili: le informazioni e i mezzi di prova veri e propri devono rimanere distinti, questi ultimi soggiacendo alle limitazioni dell'art. 5 TAGS (Frei, loc. cit., n. 67b, 1989, pag. 95; cfr. anche Hans Schultz, *Das Bankgeheimnis und der schweizerisch-amerikanische Vertrag über Rechtshilfe in Strafsachen*, 1976, pag. 27 segg. 33seg.).

E. 6.1

Al dire dei ricorrenti, secondo il diritto americano, dopo cinque anni dal compimento del reato dovrebbe essere formulato e notificato all'imputato, rispettivamente depositato quando egli non può essere rintracciato, un cosiddetto "indictement": il mancato rispetto di questo termine comporterebbe nella fattispecie la decadenza dell'azione penale. La concessione dell'assistenza violerebbe quindi il principio della buona fede a mente degli art. 5 e 9 Cost.

E. 6.2

Nella causa 1A.249/1999 di questo Tribunale, invocata dai ricorrenti, è stato rilevato che, di massima, non spetta alle autorità e ai tribunali svizzeri esaminare se è intervenuta la prescrizione secondo il diritto dello Stato richiedente. È stato nondimeno osservato che una domanda di assistenza potrebbe se del caso essere rifiutata qualora non sussistesse alcun dubbio che nello Stato richiedente l'azione penale non possa proseguire a causa dell'intervenuta prescrizione (sentenza 1A.249/1999 del 1° febbraio 2000 consid. 3e). Questa condizione non è adempiuta in concreto. Spetterà alle competenti autorità americane esaminare la questione; i ricorrenti non fanno del resto valere che secondo il diritto svizzero l'azione penale sarebbe esclusa a dipendenza dell'intervento della prescrizione assoluta (art. 5 cpv. 1 lett. c AIMP). Nell'ambito dell'assistenza internazionale regolata dal TAGSU, decisiva è comunque la circostanza che non occorre esaminare il quesito della prescrizione (DTF 118 Ib 266 con riferimento alla DTF 117 Ib 53 ; Zimmermann, op. cit., nota a piè di pagina n. 2026 pag. 344, n. 434/435 pag. 469 segg.).

E. 6.3

I ricorrenti fanno infine valere una violazione dell'art. 6, concernente la comunicazione all'estero, e dell'art. 19, relativo alla comunicazione di dati personali da parte degli organi federali, della legge federale sulla protezione dei dati, del 19 giugno 1992 (LPD; RS 235.1). Adducono che nella DTF 126 II 126 è stato rilevato che l' art. 6 LPD può servire in termini generali, a titolo sussidiario, quale criterio per l'esercizio del potere discrezionale che compete alla Commissione federale delle banche nel quadro dell'assistenza amministrativa (consid. 5c/aa pag. 135).

La censura è manifestamente infondata. Già nella citata sentenza è stato infatti ricordato che l'art. 2 cpv. 2 lett. c LPD dispone espressamente che questa legge non si applica ai procedimenti civili, penali e di assistenza giudiziaria internazionale pendenti (consid. 5a/aa; cfr. anche DTF 128 II 311 consid. 8.4 pag. 327; Zimmermann, op. cit., n. 223-1; Marc Buntschu, in: Maurer/Vogt, Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, Basilea 1995, n. 39 all'art. 2).

E. 7

Ne segue che il ricorso dev'essere respinto. Le spese seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.