Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Corte II
B-104/2014

Sentenza del 5 giugno 2014

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Ronald Flury, Jean-Luc Baechler,
cancelliere Dario Quirici.

Parti

Pretura di Lugano,
Sezione 1,
Via Bossi 3, 6901 Lugano,
richiedente,

contro

Autorità federale di vigilanza
sui mercati finanziari FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Berna,
controparte.

Oggetto

Procedura concernente l'art. 41 LFINMA.

Fatti:

A.

A.a Nell'ambito di una procedura civile, di natura bancaria, davanti alla Pretura di Lugano, promossa da A._____(di seguito, l'attore), il 29 settembre 2011, contro B._____ (di seguito, la convenuta), il cui oggetto principale non è descritto all'incarto, l'attore ha inoltrato al pretore, il 9 novembre 2012, un'istanza volta all'ottenimento, da parte dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA), di un fascicolo relativo alla convenuta (domanda di edizione di documenti a titolo di prova). La FINMA si è opposta a questa richiesta il 26 ottobre 2012 (documento non all'incarto), e l'attore ha formulato in proposito le proprie osservazioni il 23 novembre 2012 (documento non all'incarto).

A.b Partendo dal presupposto che né la legge federale sulle banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1943 (LBCR; RS 952.0), né la legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari del 22 giugno 2007 (LFINMA; RS 956.1), *"*[non] *sono oggetto della riserva"* espressa all'art. 166 cpv. 3 del Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC; RS 272), "*cosicché la competenza per decidere incombe al giudice civile e non all'autorità amministrativa*", il pretore ha emanato una decisione, l'8 aprile 2013, mediante la quale ha accolto l'istanza dell'attore e ingiunto alla FINMA di produrre, entro venti giorni, il fascicolo "*riguardante la vicenda C._____ / B._____ (fatte salve le informazioni e gli atti che sono serviti unicamente alla formazione interna dell'opinione)*", indicando, quale rimedio giuridico, il reclamo ai sensi dell'art. 319 CPC, da inoltrare, entro dieci giorni dalla notifica della decisione, alla terza camera civile del Tribunale d'appello a Lugano.

A.c La FINMA non ha interposto reclamo, dimodoché la decisione pretorile è cresciuta in giudicato. Al posto di ricorrere, la FINMA ha trasmesso uno scritto al pretore, il 16 aprile 2013, nel quale, dopo essersi riferita alla decisione dell'8 aprile 2013 come ad una "*lettera*", ha rilevato di essere sottoposta al segreto d'ufficio (art. 14 LFINMA) e di dovere, in materia di collaborazione con le autorità svizzere non penali, conformarsi alle leggi sui mercati finanziari (art. 39, 40 e 41 LFINMA), ad esclusione quindi del CPC, precisando che, il litigio tra l'attore e la convenuta essendo di diritto privato, una sua partecipazione sarebbe incompatibile con gli obbiettivi della vigilanza sui mercati finanziari (imparzialità). Riferendosi alla dottrina, la FINMA ha inoltre esposto che, in caso di richiesta di rilascio di atti ufficiali a favore di tribunali civili, l'autorità

amministrativa decide autonomamente in conformità con il principio di separazione dei poteri, rinviando per il resto il pretore alla possibilità di rivolgersi al Tribunale amministrativo federale nel quadro della procedura relativa alle divergenze in materia di collaborazione tra la FINMA e le autorità di perseguimento penale o altre autorità svizzere (art. 41 LFINMA). Da notare ancora che l'attore e la convenuta hanno avuto modo di prendere posizione sullo scritto della FINMA il 3, rispettivamente il 21 maggio 2013. Sulle loro considerazioni si dirà, per quanto necessario, in seguito.

B.
Il 7 gennaio 2014 il pretore ha quindi chiesto a questo Tribunale, riferendosi all'art. 41 LFINMA, di decidere sulle divergenze d'opinione con la FINMA relative, in particolare, all'obbligo o meno di quest'ultima di esibire il fascicolo riguardante la vicenda C._____ / B._____. La richiesta è stata trasmessa a questo Tribunale, unitamente alla decisione dell'8 aprile 2013, nonché agli scritti della FINMA, dell'attore e della convenuta che le sono susseguiti, l'8 gennaio 2014.

C.
Il 13 gennaio seguente questo Tribunale ha trasmesso alla FINMA una copia della richiesta pretorile, invitandola nel contempo ad inoltrare eventuali osservazioni e, se del caso, ulteriori documenti, entro il 29 gennaio 2014. Dopo avere chiesto, ed ottenuto, una proroga di questo termine fino al 28 febbraio 2014, la FINMA ha presentato una presa di posizione dettagliata l'ultimo giorno utile.

D.

D.a Nelle sue osservazioni la FINMA ha innanzitutto messo in rilievo il segreto d'ufficio a cui sottostanno tutte le informazioni che essa tratta al suo interno (art. 320 del Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 [CP]; RS 311.0; leggi speciali), specificando che "*gli atti del procedimento in materia di vigilanza della FINMA relativo al furto di dati presso la B._____ non sono conosciuti pubblicamente e sottostanno quindi integralmente al segreto d'ufficio*" (cfr. cifra 8). La FINMA ha in seguito sottolineato che una deroga al segreto d'ufficio deve riposare su una base legale esplicita (art. 14 CP), che le leggi sui mercati finanziari regolano la collaborazione della FINMA con altre autorità svizzere (art. 39 LFINMA), che, in ambito bancario, nel quale rientra il litigio tra l'attore e la convenuta, non sussiste alcuna base legale per una collaborazione tra la FINMA e i tribunali civili (art. 23bis LBCR), e che l'art. 40 LFINMA regola

unicamente i motivi di rifiuto della collaborazione quando è data una base legale per l'assistenza amministrativa (cfr. cifre 9 a 11).

D.b Per quanto riguarda più precisamente le norme del CPC relative all'obbligo di cooperare e al diritto di rifiutarsi di cooperare (art. 160 a 167 CPC), nonché all'assistenza giudiziaria tra tribunali svizzeri (art. 194 a 196 CPC), la FINMA ha rilevato che esse non contemplano alcuna base legale per una sua collaborazione con un tribunale civile (cfr. cifre 12 e 13). Rispetto all'art. 166 cpv. 3 CPC, la FINMA ha osservato che le autorità amministrative, a differenza dei terzi, non possono essere obbligate, in virtù del principio di separazione dei poteri, a cooperare all'assunzione delle prove, e che un obbligo del genere non può derivare nemmeno dall'art. 190 cpv. 1 CPC (cfr. cifre 14 a 16 e 21). La FINMA si è pure pronunciata sul diritto di essere sentito (art. 29 della Costituzione federale del 18 aprile 1999 [Cost.; RS 101]), evocato nella decisione pretorile come diritto alla prova dell'attore, affermando sostanzialmente, in riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 139 II 279 consid. 2.4 segg.), che procedimenti amministrativi in materia di vigilanza non possono servire da sostegno ai clienti di una banca nel loro tentativo di fare valere nei suoi confronti le loro pretese di natura civile (cfr. cifre 17 a 20).

D.c A completamento della propria argomentazione giuridica, la FINMA ha rimarcato che, se questo Tribunale dovesse constatare in concreto un suo obbligo di collaborare in virtù del CPC, essa sarebbe comunque giustificata a rifiutarsi (art. 40 LFINMA), innanzitutto per il motivo che i suoi accertamenti perseguono unicamente un fine di vigilanza, nel caso della convenuta se la sua organizzazione è proporzionata al volume degli affari (art. 3 LBCR cpv. 2 lett. a), e non concernono quindi pretese di diritto civile, come è invece proprio della controversia tra l'attore e la convenuta (cfr. cifre 22 a 25). Secondariamente, la FINMA ha sostenuto che una sua "*partecipazione a procedimenti civili potrebbe essere fraintesa e interpretata dagli intermediari finanziari assoggettati quale presa di posizione e parteggiamento della stessa, lanciando in tal modo un segnale fuorviante e compromettendo durevolmente la cooperazione futura con gli istituti e la vigilanza esercitata dalla FINMA su quest'ultimi*" (cfr. cifra 26). In terzo luogo, la FINMA ha notato che la sua vigilanza, per essere efficace, implica di potere attingere ad informazioni in gran parte non accessibili al pubblico e relative a segreti d'affari degli assoggettati, ciò che ha condotto il legislatore ad escluderla dal campo d'applicazione delle regole sulla trasparenza riguardanti l'amministrazione federale (art. 2 cpv. 1 della legge federale sul principio di trasparenza

dell'amministrazione del 17 dicembre 2004 [LTras; RS 152.3]), precisando che, se la tutela del segreto d'ufficio sul piano amministrativo dovesse essere disattesa sul piano civile, l'efficacia della vigilanza sarebbe in buona parte compromessa (cfr. cifra 27). A questo proposito, la FINMA ha ancora aggiunto che l'informazione relativa all'apertura e alla chiusura del procedimento concernente il furto di dati presso la convenuta, comunicata al pubblico, lo è stata esclusivamente ai fini della vigilanza (art. 22 e 34 LFINMA; cfr. cifra 28).

D.d La FINMA ha per finire opinato che, in concreto, il rifiuto di produrre il fascicolo richiesto corrisponde ad ogni modo all'interesse pubblico, il quale prevale sull'interesse privato dell'attore ad accedere al detto documento nel quadro del processo civile da lui promosso, dimodoché non sussiste alcun obbligo di eseguire la decisione pretorile (art. 40 lett. b e c LFINMA; cfr. cifra 29).

D.e In conclusione, la FINMA ha così chiesto a questo Tribunale di constatare, in via principale, che non sussiste alcun obbligo di produrre il fascicolo riguardante la vicenda C._____ / B._____ nell'ambito del procedimento civile opponente l'attore alla convenuta davanti alla Pretura di Lugano, e, in via subordinata, che, se un tale obbligo dovesse invece essere accertato, esiste un motivo di rifiuto ai sensi dell'art. 40 lett. b e c LFINMA.

E.

Il 5 marzo 2014 questo Tribunale ha trasmesso alla Pretura di Lugano, per conoscenza, una copia della presa di posizione della FINMA, chiudendo contemporaneamente, salvo ulteriori misure istruttorie o memorie delle parti, lo scambio degli scritti.

Diritto:

1.

1.1 Sempreché una legge federale lo preveda, il Tribunale amministrativo federale giudica le divergenze d'opinione in materia di assistenza amministrativa e giudiziaria tra autorità federali e tra autorità della Confederazione e dei Cantoni (art. 36*a* cpv. 1 della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 [LTAF; RS 173.32]).

1.2 Conformemente all'art. 41 LFINMA (controversie; "différends"; "Streitigkeiten"), il Tribunale amministrativo federale statuisce a richiesta di una delle autorità interessate sulle divergenze d'opinione in materia di collaborazione tra la FINMA da un canto e le autorità di perseguimento penale o altre autorità svizzere dall'altro. La dottrina parla in proposito di una procedura di conciliazione ("Schlichtungsverfahren"; Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, n. 3 *ad* art. 41 LFINMA).

1.3 La competenza di dirimere questo tipo di divergenze è stata attribuita al Tribunale amministrativo federale in considerazione del fatto che, nella sua qualità di istanza ordinaria di ricorso, esso si occupa già di questioni legate alla vigilanza sui mercati finanziari, e dispone quindi delle conoscenze tecniche particolari per giudicare se gli interessi della vigilanza sui mercati finanziari debbano prevalere sugli interessi dell'autorità richiedente (Messaggio del Consiglio federale sulla LFINMA del 1° febbraio 2006, FF 06.017 2681; Basler Kommentar, n. 2 *ad* art. 41 LFINMA).

1.4 Partecipano alla procedura in materia di divergenze d'opinione unicamente le autorità tra cui sussiste la divergenza, ad esclusione dei terzi (art. 36*a* cpv. 2 LTAF).

2.

2.1 In concreto, le parti alla presente procedura di conciliazione ai sensi dell'art. 41 LFINMA sono, da un lato, la Pretura di Lugano, che è un'autorità giudiziaria cantonale (art. 32 della legge sull'organizzazione giudiziaria del 10 maggio 2006 [LOG]; Raccolta leggi 3.1.1.1), e, dall'altro lato, la FINMA, la quale è un'autorità federale (art. 1 e 4 LFINMA). La divergenza d'opinione concerne quindi un'autorità cantonale e un'autorità federale (art. 36*a* cpv. 1 LTAF).

2.2 La Pretura di Lugano ha presentato una richiesta a questo Tribunale, il 7 gennaio 2014, portante su una divergenza d'opinione in materia di collaborazione con la FINMA, il cui oggetto è la produzione da parte di quest'ultima, nel quadro di un processo civile tra l'attore e la convenuta (cfr. consid. A.a), di un fascicolo riguardante la vicenda C._____ / B._____. La divergenza d'opinione rientra quindi nel campo dell'assistenza amministrativa e giudiziaria o, in senso lato, della collaborazione tra un'autorità cantonale e un'autorità federale (art. 36*a* cpv. 1 e 41 LFINMA).

2.3 Visto quanto precede, la competenza di questo Tribunale a dirimere la controversia tra la Pretura di Lugano e la FINMA relativa alla produzione del detto fascicolo, è indubbia.

3.
Occorre brevemente soffermarsi sul fatto che la decisione del pretore, dell'8 aprile 2013, che ha ingiunto alla FINMA di produrre il fascicolo litigioso, è cresciuta in giudicato, non essendo stata impugnata mediante reclamo dalla stessa FINMA davanti al Tribunale d'appello. Essa è quindi esecutiva, la sua esecuzione non essendo stata infatti sospesa (art. 336 cpv. 1 lett. a CPC). A questo proposito l'attore ha chiesto al pretore, nel suo scritto del 3 maggio 2013, di disporre l'esecuzione coattiva dell'ordine di edizione (art. 167 cpv. 1 lett. c CPC) oppure di ripetere l'ordine con la comminatoria penale secondo l'art. 292 CP (art. 167 cpv. 1 lett. b CPC). Ciò detto, tenuto conto che la competenza (autorità, potere) del pretore ad emanare l'ordine di edizione *nei confronti* della FINMA, ossia ad esigerne la collaborazione in ambito civile, è litigiosa, bisogna innanzitutto risolvere questa questione prima di potere stabilire se il detto ordine deve, in definitiva, essere eseguito (competenza data) o dichiarato nullo (incompetenza).

4.
La controversia tra la Pretura di Lugano e la FINMA verte sull'obbligo o meno di collaborare di quest'ultima all'assunzione delle prove nel quadro del processo civile tra l'attore e la convenuta, e ciò producendo il fascicolo "*riguardante la vicenda C._____ / B._____ (fatte salve le informazioni e gli atti che sono serviti unicamente alla formazione interna dell'opinione)*".

5.
Benché non sia stato specificato dal pretore, il fascicolo in questione non può essere che il rapporto relativo all'indagine sul furto di dati presso la

convenuta, indagine eseguita dalla FINMA, da inizio marzo 2010 a fine febbraio 2011, sotto forma di un "*procedimento amministrativo formale* […] *per esaminare come si sia potuto verificare un furto di dati di tale importanza nel 2007 e per accertare se le misure organizzative e tecniche adottate da allora da parte di B._____ per impedire simili accadimenti soddisfino gli obblighi giuridici. L'Autorità di vigilanza fornirà unicamente informazioni sull'esito del procedimento. Durante l'inchiesta essa non comunicherà alcuna indicazione in merito alle singole fasi di quest'ultimo*" (cfr. comunicato stampa della FINMA, dell'11 marzo 2010, accessibile sul sito dell'autorità). La FINMA ha concluso l'indagine con un "*ammonimento nei confronti dell'istituto. Essa ha rilevato delle lacune nell'organizzazione interna e nel controllo delle attività informatiche della banca, che hanno comportato una grave violazione dei requisiti di autorizzazione da parte dell'istituto. La FINMA ha invitato B._____ a seguire la linea intrapresa finora e a portare avanti con coerenza le misure finalizzate al ripristino della necessaria sicurezza informatica. La FINMA assisterà B._____ nella puntuale conclusione di queste misure*" (cfr. comunicato stampa della FINMA, del 28 febbraio 2011, accessibile sul sito dell'autorità).

6.

Il pretore ha fondato il suo ordine d'edizione nei confronti della FINMA sulle regole relative all'obbligo di cooperazione e al diritto di rifiutarsi di cooperare, enunciate al Capitolo 2 del Titolo decimo (Prova) del CPC. Così, in generale, le parti e i terzi sono tenuti a cooperare all'assunzione delle prove, producendo in particolare documenti (art. 160 cpv. 1 lett. b CPC). Il pretore ha menzionato espressamente solo l'art. 166 cpv. 3 CPC, secondo cui sono riservate, per quanto riguarda il diritto relativo di rifiutarsi di cooperare ai sensi dell'art. 166 cpv. 1 e 2 CPC, le diposizioni speciali concernenti le comunicazioni di dati previste dalla legislazione in materia di assicurazioni sociali, ossia essenzialmente l'art. 50*a* cpv. 1 lett. e n. 2 (comunicazione di dati ai tribunali civili in controversie relative al diritto di famiglia o successorio) della legge federale sull'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti del 20 dicembre 1946 (LAVS; RS 831.10), e l'art. 86*a* cpv. 1 lett. b (comunicazione di dati ai tribunali civili in controversie relative al diritto di famiglia o successorio) della legge federale sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità del 25 giugno 1982 (LPP; RS 831.40). Il pretore ne ha concluso che la FINMA, non essendo toccata da questa riserva, non può rifiutarsi di cooperare all'assunzione delle prove nell'ambito del processo civile tra l'attore e la convenuta.

7.
Dal canto suo, la FINMA si è riferita a molteplici disposizioni legali per dimostrare il suo diritto di rifiutarsi di eseguire l'ordine d'edizione del pretore.

7.1 La FINMA e le autorità di perseguimento *penale* della Confederazione e dei Cantoni si prestano reciproca assistenza giudiziaria e amministrativa conformemente alle pertinenti leggi (art. 38 cpv. 1 LFINMA).

7.2 La collaborazione della FINMA con le *altre* autorità svizzere è disciplinata, per quanto concerne la FINMA, dalle leggi sui mercati finanziari, fatti salvi gli articoli 40 e 41 LFINMA, e, per quanto concerne le dette altre autorità, dalle leggi ad esse applicabili (art. 39 LFINMA). Questa disposizione costituisce la base legale generale per la cooperazione della FINMA con le autorità svizzere *non penali* (Basler Kommentar, n. 2 *ad* art. 23bis LBCR).

7.3 La FINMA è autorizzata a trasmettere alle *altre* autorità svizzere di *vigilanza sui mercati finanziari* e alla Banca nazionale le informazioni e i documenti non accessibili al pubblico necessari all'adempimento dei loro *compiti* (art. 23bis cpv. 3 LBCR). Le *altre* autorità svizzere sono l'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (MROS; art. 29 della legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo nel settore finanziario del 10 ottobre 1997 [LRD; RS 955]), l'Autorità federale di sorveglianza dei revisori (ASR; art. 28 LFINMA), l'Istanza di ricorso indipendente (art. 9 della legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 [LBVM; RS 954.1]), la Commissione delle offerte pubbliche di acquisto (COPA; art. 23 LBVM) e la Commissione della concorrenza (COMCO; art. 10 cpv. 3 della legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza del 6 ottobre 1995 [LCart; RS 251]; cfr. Basler Kommentar, n. 7 *ad* art. 23bis LBCR).

7.4 La FINMA può rifiutarsi di comunicare informazioni non accessibili al pubblico e di trasmettere atti alle autorità di perseguimento penale e ad altre autorità svizzere se (a) le informazioni e gli atti servono unicamente alla formazione interna dell'opinione, (b) la loro comunicazione o trasmissione potrebbe pregiudicare un procedimento in corso o l'adempimento dei suoi compiti, (c) la loro comunicazione o trasmissione è incompatibile con gli obiettivi della vigilanza sui mercati finanziari o con lo scopo della medesima (art. 40 LFINMA).

7.5 Secondo l'art. 14 LFINMA, il personale e gli organi della FINMA sono obbligati a serbare il segreto sugli affari ufficiali (cpv. 1). L'obbligo del segreto sussiste anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro o dell'appartenenza a un organo della FINMA (cpv. 2). Senza l'accordo della FINMA, in caso di interrogatori e di procedimenti giudiziari, gli impiegati e i singoli organi della FINMA non possono esprimersi come parte, testimone o perito su accertamenti fatti nello svolgimento dei loro compiti e che si riferiscono ai loro compiti ufficiali (cpv. 3). Sono altresì soggette al segreto d'ufficio tutte le persone incaricate dalla FINMA (incaricati d'inchieste, incaricati di risanamenti, liquidatori, amministratori, terzi incaricati; cpv. 4).

Chiunque rivela un segreto, che gli è confidato nella sua qualità di membro di una autorità o di funzionario o di cui ha notizia per la sua carica o funzione, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria. La rivelazione del segreto è punibile anche dopo la cessazione della carica o della funzione. La rivelazione fatta col consenso scritto dell'autorità superiore non è punibile (art. 320 CP: violazione del secreto d'ufficio). Chiunque agisce come lo impone o lo consente la legge si comporta lecitamente anche se l'atto in sé sarebbe punibile secondo il CP o un'altra legge (art. 14 CP: atto permesso dalla legge).

7.6 La FINMA informa almeno una volta all'anno il pubblico sulle sue attività e prassi di vigilanza (art. 22 cpv. 1 LFINMA). Essa non informa su singoli procedimenti eccetto che ve ne sia speciale necessità dal profilo della legislazione in materia di vigilanza, segnatamente se l'informazione è necessaria (a) alla protezione dei partecipanti al mercato o degli assoggettati alla vigilanza, (b) alla rettifica di informazioni false o fallaci, oppure (c) alla tutela della reputazione della piazza finanziaria svizzera (art. 22 cpv. 2 LFINMA). Se ha informato in merito a un procedimento, la FINMA informa senza indugio anche sulla relativa archiviazione. Può prescinderne su richiesta dell'interessato (art. 22 cpv. 3 LFINMA). Nell'ambito della sua attività informativa complessiva, la FINMA tiene conto dei diritti della personalità degli interessati. La pubblicazione di dati personali può essere effettuata in forma elettronica o a stampa (art. 22 cpv. 4 LFINMA).

8.

8.1 A proposito dei rapporti tra il potere esecutivo (amministrazione) e il potere giudiziario civile, con particolare riguardo all'art. 160 CPC, la dottrina precisa che "*im Gegensatz zu Privaten sind*

Verwaltungsbehörden den Gerichten nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung nicht unter-, sondern gleichgeordnet, weshalb die Gerichte grundsätzlich auch nicht dazu befugt sind, ihnen die Vornahme von Mitwirkungshandlungen bei der Beweiserhebung zu befehlen. Anders wäre dies nur dann, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage bestünde, mittels welcher auch Verwaltungsbehörden der Mitwirkungspflicht i.S.v. Art. 160 ZPO unterworfen würden. Eine solche Vorschrift fehlt indessen in der ZPO. Konkret bedeutet dies, dass Verwaltungsbehörden bzw. die hinter ihnen stehenden Gemeinwesen als Dritte nicht zur Mitwirkung i.S.v. Art. 160 ZPO verpflichtbar sind. Stattdessen leisten sie auf entsprechendes gerichtliches Begehren hin Amtshilfe, soweit sie dazu nach Massgabe der für sie geltenden Rechtsgrundlagen befugt sind. Der Entscheid darüber, ob beispielsweise gerichtlich angeforderte Akten durch eine bestimmte Amtsstelle vorzulegen sind, ist somit nicht vom Gericht gestützt auf Art. 160 ff. ZPO, sondern durch die zuständige Behörde, i.d.R. die vorgesetzte Behörde der angefragten Amtsstelle, in Anwendung der für sie massgeblichen Vorschriften des öffentlichen Rechts zu fällen" (NICOLAS BRACHER, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Helbing Lichtenhahn Verlang, 2011, nn. 184 e 185).

8.2 In riferimento all'art. 194 CPC, che peraltro concerne l'assistenza giudiziaria tra tribunali svizzeri e non l'assistenza tra questi e l'amministrazione pubblica, la dottrina afferma che "*ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage kann ein Gericht Verwaltungsbehörde nur bei Vorhandensein eines sachspezifischen Zusammenhangs mit einem hängigen Gerichtsverfahren zu Auskünften und zur Aushändigung von Akten verpflichten, welche jedoch zur Entscheidungsfindung unabdingbar sein müssen*" (SUTTER-SOMM HASENBÖHLER LEUENBERGER, Kommentar zum ZPO, Schulthess 2013, n. 23 *ad* art. 194 ZPO).

8.3 È ancora utile rilevare che, in materia *penale*, l'assistenza giudiziaria da parte di autorità federali e cantonali a favore di pubblici ministeri, autorità penali delle contravvenzioni e autorità giudicanti, cantonali e federali (potere giudiziario penale), è espressamente regolata agli art. 43 e segg. del Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007 (CPP; RS 312). In generale, le autorità federali e cantonali sono tenute a prestarsi assistenza giudiziaria qualora reati previsti dal diritto federale siano perseguiti e giudicati in applicazione del CPP (art. 44 CPP). L'obbligo di collaborare al perseguimento di certe infrazioni penali, constatate nel corso della sua attività di sorveglianza dei mercati

finanziari, riguarda dunque anche la FINMA. In questi casi, l'interesse a procedere al perseguimento penale deve, o dovrebbe, prevalere sull'interesse a preservare il segreto di funzione (KUHN – JEANNERET, Commentaire romand du code de procédure pénale suisse, Helbing Lichtenhahn 2011, n. 3 *ad* art. 43 CPP). Ciò corrisponde peraltro a quanto previsto dall'art. 38 cpv. 1 LFINMA (cfr. consid. 7.1).

9.

9.1 In concreto, la FINMA non è parte al processo civile che coinvolge l'attore e la convenuta, per cui è un soggetto terzo rispetto ad essi. In quanto tale, gli art. 160 a 162 e 165 a 167 CPC (obbligo e rifiuto di cooperare dei terzi all'assunzione delle prove) potrebbero dunque esserle, di principio, applicabili, ad ogni modo seguendo l'opinione del pretore. Ora, come già indicato sopra, la collaborazione della FINMA con autorità svizzere *non* penali è disciplinata, per quanto concerne la stessa FINMA, dalle leggi sui mercati finanziari, e, per quanto riguarda le dette autorità, dalle leggi ad esse applicabili (art. 39 LFINMA). Dal punto di vista della FINMA, quindi, la legge in concreto applicabile è la LBCR, più precisamente l'art. 23bis LBCR, visto che il litigio civile riguarda la materia bancaria. Dal punto di vista del pretore, la legge in concreto applicabile è invece il CPC, più precisamente l'art. 160 cpv. 1 CPC. Si tratta ora di chiarire qual è il punto di vista corretto.

9.2 Dall'art. 23bis LBCR si evince che l'assistenza o la collaborazione della FINMA può essere richiesta, per attuare la vigilanza sui mercati finanziari, dalle autorità preposte a questo scopo, ossia il MROS, l'ASR, l'Istanza di ricorso indipendente, la COPA o ancora la COMCO (cfr. consid. 7.3). Il pretore, in quanto giudice civile, non è un'autorità di vigilanza sui mercati finanziari e non può quindi riferirsi all'art. 23bis LBCR per obbligare la FINMA a produrre il fascicolo litigioso nel quadro del processo civile tra l'attore e la convenuta. Altrimenti detto, siccome la LBCR non prevede l'assistenza amministrativa della FINMA a favore dei tribunali civili, il pretore non ha la competenza di emanare un ordine di edizione nei suoi confronti. In assenza di una base legale, un tale ordine rappresenta dunque una violazione del principio della separazione dei poteri esecutivo e giudiziario (cfr. consid. 8.2).

9.3 Il pretore non può nemmeno riferirsi all'art. 160 CPC per fondare la sua competenza ad emanare l'ordine di edizione nei confronti della FINMA in quanto "terzo". Infatti, i documenti oggetto dell'obbligo di cooperare all'assunzione delle prove in ambito civile, non possono che

servire a dirimere un litigio di natura privata, il quale riguarda unicamente i diritti e le obbligazioni reciproci delle parti al processo. Ciò implica l'esclusione dei documenti relativi alla sorveglianza dei mercati finanziari, la quale è una funzione di diritto pubblico espletata dallo Stato nell'interesse generale, e non nell'interesse specifico di privati parti ad un processo civile. A questo proposito, come ha sottolineato a giusto titolo la FINMA nelle sue osservazioni del 28 febbraio 2014, in riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale (DTF 139 II 279 consid. 2.4), un procedimento amministrativo in materia di vigilanza sui mercati finanziari non può servire da sostegno ai clienti di una banca nel loro tentativo di fare valere nei suoi confronti le loro pretese di natura civile. Questa incompatibilità tra il procedimento amministrativo e quello civile deriva dal fatto che la finalità del primo è di natura pubblica, di vigilanza o di "polizia economica" ("*wirtschaftspolizeiliche Aufgabe*"), mentre quella del secondo è di natura puramente privata (DTF 139 II 279 consid. 4.2). Ora, le informazioni contenute nel fascicolo litigioso sono relative ad un "*procedimento amministrativo formale*" (cfr. comunicato stampa della FINMA, dell'11 marzo 2010), portanti sulla "*organizzazione interna*" e sul "*controllo delle attività informatiche della banca*" (cfr. comunicato stampa della FINMA, del 28 febbraio 2011), dimodoché esse sono prettamente inerenti all'attività di sorveglianza del buon funzionamento dei mercati finanziari e, in quanto tali, non sono suscettibili di interessare un privato, in concreto l'attore, nel suo tentativo di imporre le sue pretese civili nell'ambito del processo che ha iniziato contro la convenuta. Ciò non toglie che le dette informazioni possano avere, e verosimilmente abbiano, un interesse generale per l'insieme degli attori dei mercati finanziari e, più ampiamente, per la società civile. Comunque sia, il pretore non ha minimamente indicato in che misura, a suo modo di vedere, il fascicolo litigioso potrebbe essere utile concretamente alla risoluzione del litigio civile tra le due parti (cfr. consid. 8.2).

9.4 Di conseguenza, il pretore non avendo la competenza (autorità, potere) di ingiungere alla FINMA di produrre il fascicolo litigioso, ossia di costringerla a collaborare all'assunzione delle prove nel quadro del processo civile promosso dall'attore, e ciò vista l'assenza di base legale in questo senso (cfr. art. 39 LFINMA e 23bis LBCR), l'ordine di edizione dell'8 aprile 2013 è nullo.

10.

Anche se si dovesse ammettere la competenza del pretore ad emanare l'ordine di edizione litigioso in base ad una specifica norma relativa alla

collaborazione fra i tribunali civili e la FINMA, quest'ultima sarebbe giustificata a rifiutarsi di eseguirlo in virtù dell'art. 40 lett. c LFINMA.

10.1 La FINMA ha avviato un procedimento amministrativo formale nei confronti della convenuta nel marzo 2010, ciò di cui ha informato il pubblico (art. 22 LFINMA), precisando tuttavia che "*fornirà unicamente informazioni sull'esito del procedimento. Durante l'inchiesta essa non comunicherà alcuna indicazione in merito alle singole fasi di quest'ultimo*" (cfr. comunicato stampa della FINMA, dell'11 marzo 2011). Al termine dell'indagine la FINMA ha comunicato al pubblico di avere formulato un ammonimento nei confronti della convenuta a causa di "*lacune nell'organizzazione interna e nel controllo delle attività informatiche della banca, che hanno comportato una grave violazione dei requisiti di autorizzazione da parte dell'istituto*" (cfr. comunicato stampa della FINMA, del 28 febbraio 2011). La FINMA non ha reso pubblica nessun'altra informazione relativa all'indagine dopo il 28 febbraio 2011, come si può constatare sul suo sito, e ciò tenuto conto del fatto che ha intrapreso il procedimento amministrativo menzionato nel quadro del suo obbligo di sorveglianza sui mercati finanziari, ossia per delucidare le lacune nell'organizzazione interna e nel controllo delle attività informatiche della convenuta, le quali avevano permesso a C._____, un suo informatico, di appropriarsi in modo illecito di una considerevole quantità di dati bancari.

10.2 Appare chiaro da quanto precede che la FINMA avrebbe potuto rifiutarsi di trasmettere il fascicolo litigioso al pretore invocando, innanzitutto, il puro fine di sorveglianza dei mercati finanziari perseguito dal procedimento amministrativo, ossia in concreto la verifica dell'organizzazione interna e il controllo delle attività informatiche della convenuta. La comunicazione di queste informazioni al pretore, nel quadro del processo civile tra l'attore e la convenuta, sarebbe incompatibile con gli obbiettivi della vigilanza sui mercati finanziari (cfr. art. 40 lett. c LFINMA), i quali consistono nella protezione dei creditori, degli investitori e degli assicurati, nonché nella tutela della funzionalità dei mercati finanziari (art. 5 LFINMA). Infatti, la "*partecipazione* [della FINMA] *a procedimenti civili potrebbe essere fraintesa e interpretata dagli intermediari finanziari assoggettati quale presa di posizione e parteggiamento della stessa, lanciando in tal modo un segnale fuorviante e compromettendo durevolmente la cooperazione futura con gli istituti e la vigilanza esercitata dalla FINMA su quest'ultimi*" (cfr. osservazioni della FINMA, del 28 febbraio 2014, cifra 26). In questo senso poco importa, quindi, che anche il procedimento civile tra l'attore e

la convenuta sottostia al segreto d'ufficio (cfr. ordine di edizione del pretore, dell'8 aprile 2013, pag. 2). La dottrina afferma in proposito che "*eine Datenweitergabe ausserhalb der mit Aufsichtsfunktionen im Finanzmarkt betrauten Behörden [könnte] Ziel und Zweck der Finanzaufsicht insofern gefährden, als der Beaufsichtige nicht mit einer solchen Weitergabe rechnen muss*" (Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, n. 12 *ad* art. 41 lett. c LFINMA). Ciò non esclude tuttavia che, confrontata ad una richiesta di visione di un preciso documento da parte di un privato, la FINMA possa decidere, autonomamente, di darvi seguito se considera che, così facendo, non rischia di mettere in pericolo gli obbiettivi perseguiti dalla sorveglianza sui mercati finanziari.

11.
In conclusione, la divergenza d'opinione tra la FINMA e il pretore riguardo all'obbligo o meno di produrre il fascicolo litigioso deve essere risolta a favore della FINMA, nel senso che quest'ultima non ha l'obbligo, per legge, di collaborare con i tribunali civili in materia bancaria (cfr. art. 39 LFINMA e 23^{bis} cpv. 3 LBCR). Come già rilevato al consid. 8.4, ne deriva che l'ordine di edizione dell'8 aprile 2013 è nullo.

12.
Vista la natura di questa procedura, assimilabile ad una conciliazione o mediazione tra autorità, e considerato l'interesse pubblico a dirimere la controversia, non si prelevano spese processuali.

13.
La presente decisione è definitiva e non può essere impugnata con ricorso di diritto pubblico al Tribunale federale (art. 83 lett. v della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale [LTF, RS 173.110]).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia e constata:

1.
L'ordine di edizione emanato dalla Pretura di Lugano l'8 aprile 2013, è nullo.

2.
La FINMA non ha l'obbligo di produrre, nell'ambito del processo civile tra l'attore e la convenuta, il fascicolo relativo alla vicenda C._____ / B._____.

3.
Non si prelevano spese processuali e non si attribuiscono indennità per spese ripetibili.

4.
Comunicazione:

– alla Pretura di Lugano (raccomandata);
– alla FINMA (raccomandata).

Il presidente del collegio: Il cancelliere:

Francesco Brentani Dario Quirici

Data di spedizione: 6 giugno 2014