Urteilskopf

118 Ib 547

68. Estratto della sentenza 21 dicembre 1992 della I Corte di diritto pubblico nella causa X Corp. c. Ufficio federale di polizia (ricorso di diritto amministrativo)
Regeste (de):
Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten vom Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen; beidseitige Strafbarkeit; Insiderdelikte, Art. 161 und 162 StGB.

1. Anwendbares Recht (E. 1b), anfechtbarer Entscheid und Beschwerdebefugnis (E. 1c und d); Begriff des Gerichtsverfahrens im Sinne von Art. 1 Ziff. 1 lit. a RVUS (E. 2).

2. Art. 29 RVUS: Formerfordernisse, welchen das Rechtshilfebegehren genügen muss, und Begriff des "begründeten Verdachts" einer strafbaren Handlung gemäss Art. 1 Ziff. 2 RVUS (E. 3a); Bedingungen für die Anwendung von Zwangsmassnahmen (E. 3b).

3. Auslegung von Art. 161 Ziff. 1 und 3 StGB. In der Verringerung des Nettoertrages einer Gesellschaft während eines Vierteljahres kann weder eine Emission neuer Beteiligungsrechte noch eine Unternehmensverbindung noch ein "ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite" im Sinne von Art. 161 Ziff. 3 StGB erblickt werden, und somit handelt es sich dabei auch nicht um eine vertrauliche Tatsache im Sinne von Art. 161 Ziff. 1 StGB. Die gegenteiligen Meinungen, welche in den parlamentarischen Beratungen vertreten wurden, sind unerheblich, da sie sich in der Gesetzesbestimmung nicht niedergeschlagen haben (E. 4).

4. Das Erfordernis der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht (Art. 4 Ziff. 2 RVUS) ist ohne weiteres erfüllt, da im vorliegenden Fall für den Gegenstand des Ersuchens bildenden Sachverhalt Art. 162 StGB anwendbar ist (E. 5).

5. Spezialitätsgrundsatz (Art. 5 RVUS) und Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei der Aktenherausgabe (E. 6b); Beschränkungen, denen die Anwesenheit von ausländischen Beamten oder Anwälten bei Untersuchungshandlungen unterliegt (E. 6c).

Regeste (fr):
Traité entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale. Double incrimination; délit d'initiés, art. 161 et 162 CP.

1. Droit applicable (consid. 1b), décision attaquable et qualité pour recourir (consid, 1c et d); notion de procédure judiciaire au sens de l'art. 1 ch. 1 let. a TEJUS (consid. 2).

2. Art. 29 TEJUS: exigences formelles relatives à la demande d'entraide et notion de "soupçon fondé" de la réalisation d'un acte punissable au sens de l'art. 1 ch. 2 TEJUS (consid. 3a); conditions à l'application de mesures de contrainte (consid. 3b).

3. Interprétation de l'art. 161 ch. 1 et ch. 3 CP. La diminution du rendement net d'une société pour un seul trimestre ne saurait être considérée comme un "fait analogue d'importance comparable" à l'émission de nouveaux droits de participation ou à un regroupement d'entreprises au sens de l'art. 161 ch. 3 CP, partant comme un fait confidentiel selon le ch. 1 de cette disposition. La thèse contraire, fondée sur les travaux préparatoires, ne trouve aucun appui dans le texte de la norme (consid. 4).

4. L'exigence de la punissabilité selon le droit suisse (art. 4 ch. 2 TEJUS) est manifestement respectée, dès lors que les faits décrits dans la demande tombent sous le coup de l'art. 162 CP (consid. 5).

5. Principe de la spécialité (art. 5 TEJUS) et de la proportionnalité en ce qui concerne la remise des documents (consid. 6b); limitations auxquelles est soumise la présence d'avocats ou de fonctionnaires étrangers lors des actes d'instruction (consid. 6c).

Regesto (it):
Trattato fra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale. Doppia incriminazione; reati d'iniziati, art. 161 e 162 CP.

1. Diritto applicabile (consid. 1b), decisione impugnabile e legittimazione a ricorrere (consid. 1c e d); nozione di procedura giudiziaria ai sensi dell'art. 1 n. 1 lett. a TAGSU (consid. 2).

2. Art. 29 TAGSU: esigenze formali poste alla domanda di assistenza e nozione di "fondato sospetto" di reato giusta l'art. 1 n. 2 TAGSU (consid. 3a); condizioni per l'applicazione di misure coercitive (consid. 3b).

3. Interpretazione dell'art. 161 n. 1 e 3 CP. Nella diminuzione del reddito netto di una società concernente un solo trimestre non può essere ravvisata una "fattispecie analoga" e di "simile portata" all'emissione di nuovi diritti di partecipazione o a un raggruppamento di imprese ai sensi dell'art. 161 n. 3 CP, e quindi neppure un fatto confidenziale secondo il n. 1 dello stesso disposto. Irrilevanza delle opinioni in contrario senso risultanti dai lavori parlamentari, che non hanno lasciato traccia nel testo della norma (consid. 4).

4. L'esigenza della punibilità secondo il diritto svizzero (art. 4 n. 2 TAGSU) è tuttavia adempiuta, poiché in concreto ai fatti della domanda è applicabile l'art. 162 CP (consid. 5).

5. Principio della specialità (art. 5 TAGSU) e della proporzionalità nella trasmissione di atti (consid. 6b); limitazioni alle quali va assoggettata la presenza di legali o funzionari esteri ad atti istruttori (consid. 6c).

Sachverhalt ab Seite 548

BGE 118 Ib 547 S. 548

In una domanda americana d'assistenza giudiziaria in materia penale inoltrata all'Ufficio federale di polizia (UFP) concernente un commercio di titoli della società Y nel periodo fra il 1o e il 17 ottobre 1991, in cui indaga la "Securities and Exchange Commission" (SEC) in relazione a presunte operazioni d'iniziati, si espone in sostanza quanto segue: il 17 ottobre 1991, la società Y ha annunciato pubblicamente che il reddito netto della società per il terzo trimestre 1991, chiuso il 5 ottobre 1991, era di 25,8 milioni di dollari, inferiore cioè di circa 18,2 milioni di dollari (42%) al reddito del corrispondente trimestre

BGE 118 Ib 547 S. 549

dell'anno precedente, chiuso il 6 ottobre 1990, di 44 milioni di dollari. La diminuzione del reddito veniva spiegata, da un lato, con un calo del prezzo di mercato delle banane e l'aumento dei costi di produzione, e, dall'altro, con l'inizio della coltivazione nelle Hawaii. Questi dati erano stati calcolati dagli organi della società

Y nel periodo tra il 5 e il 10 ottobre 1991. Questo annuncio pubblico ha provocato una caduta di circa US$ 8 - pari al 19% - del corso dell'azione comune della società, che, tra il 1o e il 17 ottobre, si situava su US$ 41.80 per un volume di scambi medio giornaliero di 242'250 titoli. Negli otto giorni precedenti l'annuncio pubblico, un ancora ignoto acquirente ha comperato, valendosi del conto corrente commerciale intestato alla X Corp., presso un istituto bancario di Ginevra, mille contratti di opzioni d'investimento "put" ("put option contracts") del titolo comune della società Y, e precisamente cinquecento opzioni per ca. US$ 282'500 l'11 ottobre, settanta opzioni per ca. US$ 42'500 intorno al 14 e quattrocentotrenta opzioni per ca. US$ 246'250 intorno al 15 ottobre. Tali opzioni conferiscono all'acquirente il diritto di vendere centomila azioni ordinarie della società Y in qualsiasi momento prima della metà di marzo 1992 al prezzo di US$ 45 per azione. Gli utili conseguibili con l'operazione sono calcolati dall'autorità richiedente in ca. US$ 280'000. Cinquanta contratti di vendita a premio appartenenti a tale lotto sono stati alienati il 19 dicembre 1991 con un profitto di ca. US$ 34'375. L'acquisto su cui si indaga costituisce il 70% di tutte le opzioni d'investimento sul titolo della società Y contrattate tra l'11 e il 15 ottobre 1991. L'insolita natura dell'investimento risulta dalla circostanza che, se si prescinde da tale acquisto, solo quarantanove opzioni al giorno sono state in media comperate sino a marzo 1991. La domanda tende a ottenere informazioni sull'identità degli acquirenti e sulla relativa documentazione bancaria, come pure il blocco di qualsiasi utile derivante dalla vendita o dall'uso delle citate opzioni d'investimento. Lo Stato richiedente postula altresì l'audizione di testi alla presenza di avvocati della SEC. L'11 febbraio 1992 l'UFP ha concesso l'assistenza giudiziaria richiesta: la società vi si è opposta. Con decisione del 19 maggio 1992 l'UFP ha respinto l'opposizione. La X Corp. è insorta al Tribunale federale con un ricorso di diritto amministrativo in cui chiede che la predetta decisione sia annullata e, subordinatamente, che l'assistenza giudiziaria sia concessa senza il beneficio di misure coercitive. In via ancor più subordinata essa postula la modifica della decisione impugnata nel senso che le

richieste di prove aventi per oggetto fatti anteriori al 1o ottobre 1991 siano respinte. L'UFP ha concluso per la reiezione. Il Tribunale federale ha respinto il ricorso al senso dei considerandi.

Erwägungen

Dai considerandi:

1. b) 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 i problemi formali, la relativa legge federale del 3 ottobre 1975 (LTAGSU, RS 351.93). Per le questioni non regolate esaustivamente nel Trattato e nella relativa legge speciale si applicano - nella misura in cui non contrastano con lo spirito e lo scopo degli stessi - la legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale del 20 marzo 1981 (AIMP) e la relativa ordinanza del 24 febbraio 1982 (OAIMP; art. 1 lett. b AIMP; cfr. DTF 117 Ib 82, 62, 55). c) La decisione impugnata è stata presa dall'Ufficio centrale previsto all'art. 28 cpv. 1 TAGSU e concerne un'opposizione giusta l'art. 16 cpv. 5 LTAGSU. Contro tale provvedimento il ricorso di diritto amministrativo è ammissibile (art. 17 cpv. 1 LTAGSU; cfr. DTF 109 Ib 161 consid. 2a e rinvii per quanto attiene invece al ricorso amministrativo al Dipartimento federale di giustizia e polizia riguardo alle esigenze formali della domanda giusta l'art. 18 cpv. 2 lett. d LTAGSU). d) La ricorrente, titolare del conto bancario litigioso, è toccata direttamente nei suoi interessi protetti ai sensi dell'art. 17 LTAGSU in relazione all'art. 103 lett. a OG, ed è quindi legittimata a proporre il gravame (cfr. DTF 115 Ib 371, DTF 113 Ib 265 consid. 3; cfr. invece DTF 116 Ib 109 consid. 2a riguardo alla legittimazione ricorsuale secondo l'art. 21 cpv. 3 AIMP).

2. 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 (art. 1 n. 1 lett. a TAGSU). È inoltre pacifico che le investigazioni della SEC rientrano nella nozione di procedura giudiziaria ai sensi dell'art. 1 n. 1 lett. a TAGSU (DTF 115 Ib 191, DTF 109 Ib 50 consid. 3a) e sono considerate espressamente come una procedura d'inchiesta per cui può essere prestata l'assistenza (cfr. lo scambio di lettere del 10 novembre 1987 concernente l'assistenza

giudiziaria in procedure amministrative supplementari inerenti a operazioni "insider", RS 0.351.933.65). 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 ai requisiti di una fattispecie penale (art. 1 n. 2 TAGSU).

3. a) La ricorrente sostiene innanzitutto che la domanda di assistenza non adempirebbe le esigenze formali previste dall'art. 29 TAGSU e che, carente il requisito del "fondato sospetto", essa tenderebbe in realtà ad un'inammissibile raccolta indiscriminata di prove. A suffragio di questa censura essa allega che il suo conto bancario, esistente dal 1981, non è stato manifestamente aperto in vista dell'operazione litigiosa; che le autorità americane si fondano su una mera coincidenza temporale tra l'acquisto delle opzioni e gli avvenimenti interni - segnatamente il calo degli utili - della società Y e omettono invece di fornire la pur minima indicazione circa gli organi o i dipendenti di questa società all'origine della sospettata indiscrezione. Essa allega di aver tratto incentivo dell'operazione unicamente da informazioni pubbliche circa un settore commerciale - il commercio delle banane - notoriamente soggetto ad andamenti ciclici, precisando di aver manifestato alla propria banca l'intenzione di vendere "short" azioni della società Y già a metà settembre 1991, in un momento, quindi, in cui il calo dei profitti non si era neppur profilato per la stessa società, e di essersi, poi, decisa invece per l'acquisto di opzioni d'investimento su consiglio dell'istituto di credito. Queste censure sono inconferenti, rispettivamente infondate. Come già si è visto, 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 - costituiscono un reato giustificante l'assistenza. Non v'è motivo per far eccezione in casu a questo principio. La domanda americana è intanto scevra manifestamente da errori o contraddizioni. Essa è inoltre sufficientemente circostanziata per stabilire l'esistenza di un "fondato sospetto" di reato. A questo proposito è innanzitutto da premettere che codesta esigenza 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 (DTF 116 Ib 95 consid. 4, DTF 115 Ib 78 consid. bb e rinvii): è d'altronde palese che la nozione di "fondato

sospetto" di reato non va confusa con quella di "prova" del reato (DTF 118 Ib 122 e rinvii). Ciò premesso, la domanda litigiosa è anche sufficientemente circostanziata sotto il menzionato profilo. Contrariamente all'assunto ricorsuale, essa non si basa infatti soltanto sulla concomitanza temporale tra l'acquisto delle opzioni e gli avvenimenti interni della società Y, ma, insieme con questo elemento, adduce come circostanza essenziale atta ad avvalorare la fondatezza del sospetto il volume delle tre contrattazioni oggetto d'inchiesta, che costituisce un cospicuo multiplo della media giornaliera oltremodo modesta di tutte le altre vendite concluse

sino a marzo sugli stessi titoli: insieme, tali elementi sono idonei a far sospettare che l'operazione sia compiuta grazie all'utilizzo d'informazioni confidenziali provenienti da iniziati. Che le autorità statunitensi non siano attualmente in grado di precisare su quali organi o dipendenti della società Y si appuntino i loro sospetti, non è motivo per ritenere lacunosa, e quindi inammissibile, la loro richiesta: l'assistenza giudiziaria, infatti, dev'essere prestata anche per acclarare se il reato fondatamente sospettato sia effettivamente stato commesso, e non soltanto per scoprirne l'autore o raccogliere prove a suo carico. In questo contesto, appare inconferente anche il rilievo della ricorrente secondo cui nella domanda essa non è indicata come autrice del reato: contrariamente a quanto tale critica sottintende, la concessione dell'assistenza non presuppone affatto che l'interessato, nei cui confronti la domanda è rivolta, coincida con l'inquisito o l'accusato nella procedura aperta nello Stato richiedente. Nella misura, poi, in cui, con questa allegazione, la ricorrente intendesse contestare la propria colpevolezza, il quesito sfuggirebbe alla competenza del giudice dell'assistenza. b) L'art. 4 n. 3 del Trattato prevede che l'Ufficio centrale dello Stato richiesto decide se la gravità del reato ove, come in concreto, questo non sia compreso nell'allegata lista, giustifichi l'applicazione - contestata dalla ricorrente - di misure coercitive. Il Tribunale federale riconosce sotto questo aspetto un vasto potere di apprezzamento all'autorità di prima istanza (DTF 113 Ib 77 consid. 4c, 183 consid. 7c, 112 Ib 214 consid. 4b) e non si scosta dalla sua decisione a meno che essa abbia manifestamente ecceduto la latitudine di giudizio conferitale o ne abbia abusato, in altri termini che sia incorsa nell'arbitrio. Tale ipotesi non ricorre nella fattispecie che coinvolge un importante interesse pubblico, quello di esercitare un controllo sull'utilizzazione di informazioni privilegiate. Infatti, riguardo ai reati contemplati

nella lista allegata al Trattato, per operazioni "insider" - la cui proporzione non era ancora conosciuta nel 1973 quando il Trattato è stato conchiuso - non dev'essere richiesta una particolare gravità affinché l'applicazione di misure coercitive sia giustificata. Il Tribunale federale ha già avuto modo di stabilire che, di regola, l'applicazione di tali misure può essere ammessa nell'ambito del perseguimento di operazioni d'iniziati (cfr. DTF 113 Ib 77 consid. 4c). Occorre rilevare inoltre che la AIMP - adottata posteriormente al Trattato - ha previsto l'applicazione di provvedimenti coercitivi, se sono dati i presupposti di cui all'art. 64 AIMP, indipendentemente dall'esistenza di una siffatta lista. Ne segue che l'UFP poteva fondare, senza arbitrio, la sua decisione anche sull'art. 4 n. 3 TAGSU.

4. Lo Stato richiesto, dovendo pronunciarsi su una domanda di assistenza che, come nel caso concreto, implica misure coercitive, è tenuto a verificare se i fatti allegati adempiono le condizioni oggettive di un reato punibile secondo la sua legislazione; esso statuisce sull'esistenza di questi presupposti unicamente in base alla propria legislazione (art. 4 n. 4 TAGSU) ed esamina soltanto eventualmente "prima facie" se la punibilità è data anche nello Stato richiedente (DTF 118 Ib 123 consid. 5c e rinvii, DTF 113 Ib 181 consid. 7a, DTF 112 Ib 213 consid. 4a, DTF 109 Ib 53 consid. 4c). a) Secondo la decisione impugnata, i fatti esposti nella richiesta di assistenza giudiziaria dovrebbero essere chiaramente qualificati quale "sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali" ai sensi dell'art. 161 CP, ove risultasse che l'informazione circa l'intervenuta contrazione del reddito trimestrale della società Y proveniva da una delle persone menzionate nel n. 1 di tale disposto ("iniziato" o "insider"), ciò che la domanda intende appunto chiarire. La ricorrente sostiene al contrario - con riferimento a dottrina - che perdite di una società non costituiscono per principio fatti confidenziali ai sensi dell'art. 161 n. 1 e 3 CP e quindi non cadono nell'ambito dell'applicazione di questa norma e che - in ogni caso - non vi cadono quelli descritti nella domanda di assistenza, che non si concretano in una perdita, ma semplicemente in una diminuzione dell'utile di un solo trimestre. b) La questione qui evocata non è ancora stata esaminata dal Tribunale federale, neanche nella recente sentenza del 13 ottobre 1992 in re UFP, destinata a pubblicazione, relativa a un caso di applicazione dell'art. 161 CP in un caso di assistenza riguardante la Francia.

In dottrina essa è oggetto di controversie (per l'elenco delle divergenze, cfr. CHRISTOPH PETER, Aspekte der Insiderstrafnorm, insbesondere der "ähnliche Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite", tesi, Zurigo 1991, pag. 58 segg.). Una corrente della dottrina propone una interpretazione larga della norma e ritiene che sopravvenute o incombenti perdite eccezionali, coinvolgenti la sostanza della società, come pure ingenti perdite d'esercizio, rientrino nella nozione di "fatto confidenziale" (così: NIKLAUS SCHMID, Schweizerisches Insiderstrafrecht, Ein Kommentar zu Art. 161 des Strafgesetzbuches, Berna 1988, pag. 108 seg. n. 179 e n. 181, pag. 113 n. 190 segg., 195 segg.; PETER FORSTMOSER, Insiderstrafrecht in: Schweizerische Aktiengesellschaft 60 [1988], pag. 122 segg., in particolare pag. 129 n. 71; JEAN-MARC RAPP, L'expérience américaine et l'article 161 CPS in: CEDIDAC, La répression des opérations d'initiés, edito da F. Dessemontet, Losanna 1990, pag. 106; LUTZ KRAUSKOPF, Die neue Insiderstrafnorm in: Der Schweizer Treuhänder, 1988, pag. 230). Per contro, altri autori propongono un'interpretazione restrittiva del disposto e ne traggono la conclusione contraria (CHRISTOPH PETER, op.cit., pag. 110 in alto, pag. 112 in alto; PETER BÖCKLI, Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates, Zurigo 1989, pag. 42 segg., 47 segg., in particolare pag. 51 n. 3; FELIX STREBEL, Insidervergehen und Banken, tesi, Zurigo 1990, pag. 47 seg.; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Teilrevisionen 1987 bis 1990, Berna 1990, pag. 50 n. 12; MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Art. 137-172, Berna 1990, pag. 239 n. 71).
c) Giusta l'art. 161 n. 1 CP è punito con la detenzione o con la multa chiunque, in qualità di membro del consiglio d'amministrazione, della direzione, dell'organo di revisione o di mandatario di una società anonima o di una società che la domina o ne dipende, o in qualità di membro di un'autorità o di funzionario, o in qualità di loro ausiliario, ottiene per sé o per altri un vantaggio patrimoniale, sia sfruttando la conoscenza di un fatto confidenziale che, se divulgato, eserciterà verosimilmente un influsso notevole sul corso di azioni, di altri titoli o effetti contabili corrispondenti della società o sul corso di opzioni su tali titoli, negoziati in borsa o in preborsa in Svizzera, sia portando tale fatto a conoscenza di un terzo. Secondo il n. 2 del citato disposto è punito con la detenzione fino a un anno o con la multa chiunque, avendo avuto direttamente o indirettamente conoscenza di tale fatto da parte di una delle persone

elencate nel n. 1, ottiene per sé o per altri un vantaggio patrimoniale sfruttando questa informazione. In conformità del n. 3 è considerato fatto a tenore dei n. 1 e 2 un"'imminente emissione di nuovi diritti di partecipazione, un raggruppamento d'imprese o un'analoga fattispecie di simile portata". d) Il principio della legalità delle pene, consacrato dall'art. 1 CP - secondo cui nessuno può essere punito per un fatto a cui non sia espressamente comminata una pena dalla legge - e dall'art. 7 CEDU, non impedisce al giudice penale o, come nel caso di specie, alle autorità incaricate di esaminare l'ammissibilità di una domanda di assistenza, di far ricorso, in presenza di una norma non assolutamente chiara o univoca, ai metodi abituali d'interpretazione dei testi legali allo scopo di dedurne il vero significato (DTF 116 IV 136 consid. 1a, DTF 114 Ia 196 consid. 3b bb). Procedendo a tale esame il giudice vaglierà in primo luogo il testo della norma e la sua posizione nella sistematica legale (interpretazione letterale e sistematica: DTF 116 IV 140 consid. 2b). In secondo luogo egli ricercherà quali siano lo scopo della disposizione - in particolare riguardo all'interesse protetto - e la volontà del legislatore, segnatamente quella risultante dai lavori preparatori (interpretazione teleologica e storica: DTF 117 IV 333 consid. 2, DTF 116 IV 252 consid. 5a). e) Nel quadro dell'esame della domanda di assistenza il Tribunale federale - attenendosi all'esposto delle autorità americane - deve ritenere che la contrazione dei redditi, calcolata dalla società Y, non doveva trapelare all'esterno della società prima della data stabilita per l'annuncio pubblico e che la caduta dei corsi del 20% ca. provocata da detta comunicazione ufficiale costituisce un "influsso notevole" ai sensi dell'art. 161 n. 1 CP. Affinché questi fatti possano esser considerati come "confidenziali" ai sensi della

norma, occorre tuttavia ancora che essi adempiano i requisiti richiesti dall'art. 161 n. 3 CP. Poiché i fatti qui in discussione manifestamente non concernono né un"'imminente emissione di nuovi diritti di partecipazione" né "un raggruppamento di imprese", si pone la questione di sapere se costituiscono un"'analoga fattispecie di simile portata" (ein "ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite"; un "fait analogue d'importance comparable") ai sensi del predetto disposto. aa) Il n. 3 dell'art. 161 CP consiste nell'enumerazione di due esempi di "fatto confidenziale", accompagnata da una clausola generale. Il disposto non era contenuto nel progetto del Consiglio federale. Questo, per quanto riguarda le questioni che qui interessano, si limitava a indicare quelle connotazioni del fatto confidenziale che sono tuttora

contenute al n. 1 dell'articolo. Illustrazioni ulteriori erano invece contenute nel messaggio, il quale precisava che potevano costituire "tali fatti: progetti di unione di imprese di qualsiasi forma, emissione di nuovi diritti di partecipazione o di obbligazioni; transazioni immobiliari e altre operazioni di grande portata" e - ciò che qui interessa - "perdite importanti incombenti o già subite dalla società" (FF 1985 II 74 n. 221). L'attuale n. 3 dell'articolo (allora n. 2ter, poi n. 2bis) fu introdotto nella legge dal Consiglio degli Stati, che si occupò per primo del progetto, su proposta della sua commissione, senza opposizione e con l'adesione della rappresentante del Consiglio federale. Il relatore Bürgi specificò che il nuovo disposto risaliva a una proposta Masoni/Muheim, minoritaria, fatta in commissione, cui quest'ultima aveva per finire aderito; che l'ultima parte della norma aveva per prima cosa il senso di limitare le fattispecie non menzionate a casi di "importanza notevole" ("von erheblicher Tragweite"), e che come tali entravano anche in considerazione tanto "gravi perdite imminenti" ("bevorstehende grosse Geschäftsverluste") quanto il caso contrario, segnatamente "grossi imminenti guadagni derivanti da un nuovo prodotto" (Boll.uff. CS 1986, intervento Masoni [589 seg.], interventi Bürgi, Masoni, CF Kopp [595]). Davanti al Consiglio nazionale furono formulate a proposito della nuova disposizione introdotta dagli Stati tre proposte: quella di stralcio (maggioranza), quella di adesione (minoranza della commissione) ed infine quella Hess/Bonnard consistente nell'aggiunta ai casi di emissione e di raggruppamento di un terzo esempio concernente "eine erhebliche Änderung der Geschäftslage" ("une modification sensible de la situation d'une entreprise") (Hess) e nel contemporaneo stralcio dell'aggettivo "ähnlich", "analogue". Dopo due votazioni preliminari, la combinata proposta Hess/Bonnard fu accettata con 77 voti contro 43 (Boll.uff. CN 1987 1380/1384). Nella procedura di eliminazione delle divergenze, il testo adottato dal Consiglio nazionale non trovò tuttavia grazia al Consiglio degli Stati. Dopo che la maggioranza della Commissione ebbe addirittura proposto di eliminare la clausola generale accompagnante i due esempi, approfondendo il solco esistente tra i due consigli, il Consiglio decise su proposta della minoranza (Cavelty) il mantenimento puro e semplice del testo che aveva adottato in precedenza (Boll.uff. CS 1987 630/636). Il Consiglio nazionale si adagiò nella seduta del 16 dicembre 1991 - al fine di consentire l'adozione del progetto - alla versione adottata dal Consiglio degli Stati. Nel dibattito

intervennero i due relatori (Fischer-Hägglingen e Grassi), per sottolineare entrambi che la norma, secondo l'opinione di ambo i Consigli, non andava intesa come un'enumerazione esaustiva. Il relatore di lingua francese Grassi sottolineò "que, par cette décision, elle n'entend pas exclure de la punition celui qui obtient un avantage par la connaissance confidentielle d'une modification sensible de la situation de l'entreprise", ed aggiunse che questa soluzione - che consacrava "une énumération ouverte" - rispondeva "aux besoins de l'entraide judiciaire internationale". Anche la rappresentante del Consiglio federale, raccomandando l'adesione al testo

adottato dal Consiglio degli Stati, precisò che secondo tale norma - accanto ai casi della riunione d'imprese e delle nuove emissioni -, altre fattispecie - segnatamente perdite e profitti notevoli - potevano entrare in considerazione (Boll.uff. CN 1987 1765/66). bb) L'opinione espressa nel messaggio del Consiglio federale e nelle discussioni commissionali e parlamentari, secondo cui perdite o guadagni rilevanti dell'impresa possono costituire fatti, la cui divulgazione può comportare un influsso notevole sul corso delle azioni o altri titoli o sul corso delle opzioni su tali cartevalori, è in sé indubbiamente corretta e corrisponde a un dato d'esperienza. In questa formulazione generale, essa trovava indubbiamente anche riscontro nel testo legislativo originario proposto nel progetto del Consiglio federale. Essa non trova però riscontro nel disposto dell'art. 161 n. 3 CP quale è uscito, per finire, dalle discussioni parlamentari. La clausola generale costituita dell'ultima parte di questo disposto esige infatti che la fattispecie da prendere in considerazione non solo sia di "simile portata" (cioè atta a influire verosimilmente sui corsi, come già richiesto al n. 1), ma che essa sia del pari "analoga" ai due esempi citati nell'ingresso dello stesso disposto, cioè all'emissione di nuovi diritti di partecipazione o a una riunione di imprese. Perché tale analogia possa esser affermata, occorre che sussista tra la fattispecie ed i due esempi citati una corrispondenza di natura qualitativa e non soltanto quantitativa con gli elementi o alcuno degli elementi, che contraddistinguono la nuova emissione, rispettivamente la riunione di imprese e che sono inerenti al finanziamento o alla struttura giuridica dell'impresa. Soltanto una perdita massiccia di sostanza di un'impresa, tale da cambiare profondamente la struttura del bilancio e che rendesse necessario il risanamento o una fondamentale ristrutturazione della società, potrebbe eventualmente entrare in considerazione per fondare l'analogia, richiesta dal testo legale: il quesito - come ancora si vedrà - può rimanere irrisolto, e non è necessario indagare quali esatte

caratteristiche tale perdita dovrebbe avere.
Certo, tale soluzione può apparire insoddisfacente dal punto di vista degli interessi giuridici che la norma vuole tutelare, tra i quali il messaggio del Consiglio federale annovera la protezione dell'impresa, l'integrità del mercato borsistico e l'uguaglianza di prospettive tra gli investitori (FF 1985 II 70 seg.), con prevalenza di quest'ultimo bene giuridico (cfr. PIERRE LASCOUMES e RICCARDO SANSONETTI, Les intérêts protégés par la nouvelle loi fédérale sur les opérations d'initiés [art. 161 CPS]in: Schweizerische Juristenzeitung, 1988, pag. 221 segg.). Ora, mere considerazioni teleologiche non consentono di fare astrazione dal testo esplicito della norma, se questo pone loro un limite. D'altronde giova rilevare che il legislatore non è affatto incappato in un'inesattezza linguistica (così TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zurigo 1989, n. 16 ad art. 161) nel redigere la clausola generale, ciò che d'altronde sarebbe irrilevante vigente il principio della legalità delle pene: infatti non gli sono sfuggite né l'opportunità di completare, allargando il ventaglio degli esempi, la lista di due soli elementi, ritenuta dal Consiglio degli Stati, con l'aggiunta della "modificazione sensibile della situazione dell'impresa" (proposta Hess), né quella di stralciare dalla clausola generale, siccome "de trop", l'aggettivo "analogue", "ähnlich", che lega codesta clausola agli esempi predetti (proposta Bonnard, cfr. Boll.uff. CN 1987 1383; cfr. anche SCHUBARTH/ALBRECHT, op.cit., n. 71 in fine ad art. 161). Il principio della legalità delle pene, la sicurezza giuridica e l'esigenza che le norme penali siano sufficientemente determinate e comprensibili per il cittadino impongono di concludere che il n. 3 dell'art. 161 CP modificante il primitivo progetto del Consiglio federale non ha avuto per conseguenza solo quella di eliminare i casi di poco rilievo, come indubbiamente il legislatore storico ha voluto (Boll.uff. CS 1986 595, CS 1987 631, CN 1987 1381, 1384, 1766; cfr. anche JEAN GAUTHIER, L'article 161 CPS: analyse et commentaire in: CEDIDAC, op.cit., pag. 57), ma anche quella di restringere la tutela penale accordata agli investitori del mercato borsistico in un determinato settore delle operazioni d'iniziati. Che, nel corso delle deliberazioni, siano state espresse da alcuni parlamentari ed anche dalla rappresentante del Consiglio federale opinioni in contrario senso non è rilevante. Per tacere del fatto che, a tal riguardo, non hanno avuto luogo né un vero e proprio dibattito né una votazione, le opinioni emergenti dai materiali legislativi non possono prevalere sul testo in virtù del principio,

costantemente ritenuto nella giurisprudenza del Tribunale federale, per cui i lavori legislativi sono di rilievo solo nella misura in cui hanno lasciato traccia nel testo della legge (cfr. DTF 109 Ia 303 consid. 12c con numerosi rinvii). Se la restrizione della tutela giuridica penale, che la norma adottata comporta, può apparire insoddisfacente, spetta al legislatore provvedere, chiudendo una lacuna impropria cui il giudice non può rimediare. cc) Ciò premesso, la censura ricorsuale per cui l'art. 161 CP non è applicabile ai fatti descritti nella domanda di assistenza americana dev'esser dichiarata fondata, senza che sia necessario determinare esattamente se e a quali condizioni massiccie perdite imminenti o già subite dalla società possano, per le loro conseguenze sulla struttura del bilancio o per il risanamento o la ristrutturazione della società, esser assimilate ai casi di emissione di nuovi diritti di partecipazione e di raggruppamento d'imprese. Nel caso di specie, infatti, la domanda dello Stato richiedente neppure assevera che il calo degli utili abbia avuto conseguenze del genere sopradescritto, e ciò non è neppur altrimenti ravvisabile, sulla scorta degli atti, dal momento che si è in presenza di un mero calo degli utili, e non di una perdita, e che questa diminuzione è circoscritta ad un solo trimestre. La fondatezza di codesta censura non porta però all'accoglimento del ricorso, se i fatti descritti nella richiesta di assistenza sono punibili in Svizzera in virtù di altra disposizione.

5. a) L'art. 162 CP prevede che chiunque rivela un segreto di fabbrica o commerciale, che aveva per legge o per contratto l'obbligo di custodire (cpv. 1), come pure chiunque trae profitto da questa rivelazione (cpv. 2) è punito, a querela di parte, con la detenzione o con la multa. Ai sensi di questa disposizione costituisce un segreto ogni conoscenza particolare che non è di pubblica notorietà né facilmente accessibile e che il suo detentore ha un interesse legittimo a tener segreta. Per segreti commerciali s'intendono segnatamente le informazioni che possono avere un'incidenza sull'esito commerciale, in particolare conoscenze relative all'organizzazione, al calcolo dei prezzi, alla cerchia dei clienti, alla produzione e all'andamento degli affari (cfr. DTF 109 Ib 56 consid. 5c, DTF 103 IV 284 consid. 2b; NIKLAUS SCHMID, op.cit., pag. 187 n. 390). È pacifico che il terzo che ha tratto profitto da queste informazioni è punibile in virtù dell'art. 162 cpv. 2 CP: verosimilmente tale disposto sarebbe applicabile anche agli organi di una persona giuridica (cfr. al

riguardo SCHUBARTH/ALBRECHT, op.cit., pag. 251 seg. n. 12 con rinvii alla giurisprudenza; cfr. tuttavia NIKLAUS SCHMID, op.cit., pag. 190 n. 398 in fine). Il Tribunale federale, occupandosi di negozi giuridici effettuati da iniziati, ha già accertato che, a certe condizioni, il requisito della doppia punibilità può essere adempiuto poiché tali atti sono punibili nel diritto svizzero giusta l'art. 162 CP (DTF 109 Ib 47 segg., DTF 113 Ib 71 consid. 4b, 75 consid. 4a, 79 consid. 2b). L'entrata in vigore dell'art. 161 CP non ha avuto per conseguenza che tali atti cessino di esser punibili in conformità dell'art. 162 CP: infatti, come si è visto, gli interessi giuridici protetti dagli art. 161 e 162 CP sono parzialmente diversi, poiché il primo, accanto all'impresa, tutela l'uguaglianza di prospettive tra gli investitori, la lealtà negli affari e la protezione dell'integrità del mercato, mentre il secondo protegge principalmente l'impresa. Del resto non è pensabile che il legislatore, con l'introduzione della novella "insider", abbia voluto diminuire la protezione già accordata all'impresa, tutela che dev'essere pertanto mantenuta nei casi in cui l'art. 161 CP non può essere applicato. Nel caso di specie, non era necessario che il Tribunale federale attirasse l'attenzione della ricorrente sull'eventualità di un'applicazione dell'art. 162 CP, poiché essa poteva facilmente prevedere la pertinenza di tale disposto (cfr. DTF 115 Ia 96 seg. a contrario con vari riferimenti alla dottrina, DTF 114 Ia 99 consid. 2a). b) Se, come le autorità americane sospettano, dipendenti della società Y hanno rivelato a terzi informazioni circa il calcolo degli utili trimestrali

destinate a rimanere segrete sino al momento del comunicato ufficiale, ciò potrebbe adempiere la fattispecie dell'art. 162 cpv. 1 CP, e i terzi che, al beneficio di tali informazioni, ne avessero tratto profitto, potrebbero essere punibili in Svizzera in applicazione del cpv. 2. La condizione della punibilità secondo il diritto svizzero non sarebbe per i dipendenti della società Y invece adempita ove costoro, senza rivelare il segreto, si fossero limitati a trarne un profitto personale utilizzando direttamente per proprio conto le informazioni confidenziali che detenevano (DTF 113 Ib 71 consid. 4b). È chiaro che se nel corso dell'inchiesta dovesse emergere in modo inequivocabile che l'operazione finanziaria incriminata è stata effettuata da detentori del segreto commerciale senza violazione dello stesso, l'assistenza richiesta dovrà essere negata. Per contro, se è verosimilmente stato fatto uso d'informazioni confidenziali da parte di terzi, o se sussistono dubbi al riguardo, l'assistenza dovrebbe essere, di massima, concessa, a condizione

che sia rispettato il principio della specialità.

6. a) La ricorrente fa valere infine che l'UFP, omettendo di menzionare espressamente il principio della specialità, avrebbe violato il diritto federale. Nelle sue osservazioni l'UFP precisa che il riferimento a tale principio non deve apparire nella decisione sull'ammissibilità della richiesta: esso figurerà invece nella lettera con la quale vengono trasmessi gli atti all'autorità richiedente. b) Il principio invocato dalla ricorrente è espressamente riservato all'art. 5 TAGSU: le informazioni ottenute dallo Stato richiesto non possono quindi 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 143 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. Si aggiunga che in concreto la ricorrente non fa valere alcuna circostanza che permetta di dubitare della presunzione di buona fede di cui gode tale Stato. La censura è quindi priva di fondamento. Chiaramente, giusta il principio in rassegna (al riguardo DTF 105 Ib 428 in basso), lo Stato richiedente non potrà punire l'uso di informazioni confidenziali, qualora l'iniziato ne abbia tratto profitto utilizzandole unicamente per proprio conto, senza rivelarle a terzi, fattispecie non prevista dall'art. 162 CP (DTF 113 Ib 71 consid. 4b, DTF 109 Ib 57 consid. 5c): occorre quindi che l'UFP informi espressamente e in modo univoco lo Stato richiedente riguardo a questa riserva. Giova osservare ancora che l'autorità richiesta, prima di consegnare allo Stato estero gli atti d'esecuzione, deve comunque esaminare previamente eventuali interessi di terzi al segreto giusta gli art. 10 cpv. 2 TAGSU, 13 cpv. 3 lett. a e 28 LTAGSU (DTF 115 Ib 192 consid. 4), ciò che corrisponde anche al principio della proporzionalità. L'UFP dovrà quindi provvedere a che vengano trasmessi unicamente documenti e prove che siano connessi con la determinazione degli elementi costitutivi del reato in rassegna. La domanda litigiosa può dunque essere accolta - con la riserva appena citata -, sempre che la documentazione sequestrata si riferisca effettivamente a notizie utili per le indagini e che vengano espunti rispettivamente eliminati tutti gli elementi che sono

manifestamente estranei all'operazione criminosa oggetto della domanda; con queste riserve non vi è motivo di limitare l'assistenza - come postulato dalla ricorrente - agli atti stesi prima del 1o ottobre 1991, se questi

dovessero rivestire una certa rilevanza per il perseguimento dei reati di cui si tratta. Inoltre, l'UFP dovrà procedere direttamente alla cernita dei documenti da comunicare allo Stato richiedente (DTF 115 Ib 194). c) Giova osservare infine che la presenza di legali o funzionari esteri all'audizione di testi va intesa come presenza passiva e che l'interrogatorio dovrà essere svolto dal magistrato svizzero, il quale dovrà anche evitare che i funzionari stranieri prendano conoscenza di documenti che nulla hanno a che fare con il reato di cui all'art. 162 CP. Detto magistrato dovrà vegliare inoltre affinché non venga vanificato il diritto di decidere, alla chiusura del procedimento, se e quali informazioni dovranno per finire esser trasmesse allo Stato richiedente (art. 82 AIMP, art. 2 OAIMP): in particolare, ove dovesse sorgere il dubbio che, relativamente a determinati documenti o domande, esse debbano esser escluse dalla trasmissione, il magistrato elvetico dovrà provvedere a che la presenza di magistrati esteri o degli avvocati della SEC venga - momentaneamente - esclusa (art. 82 e 83 AIMP, art. 26 cpv. 1 e 2 OAIMP; DTF 113 Ib 169 consid. 7c e rinvii; cfr. anche DTF 117 Ib 52 consid. 5b).