

06.102

**Messaggio
concernente la modifica del Codice penale svizzero
(abrogazione dell'art. 161 n. 3 CP)**

dell'8 dicembre 2006

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi sottoponiamo, per approvazione, un disegno di modifica della norma del Codice penale sui reati insider. Nel contempo, vi proponiamo di togliere dal ruolo il seguente intervento parlamentare:

2002 M 02.3246 Reati insider (N 02.3246, Jossen-Zinsstag)

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

8 dicembre 2006

In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Moritz Leuenberger

La cancelliera della Confederazione, Annemarie Huber-Hotz

Compendio

Il numero 3 della vigente norma penale sui reati insider (art. 161 del Codice penale, CP) dev'essere abrogato poiché comporta una restrizione ingiustificata della fattispecie dei reati insider e costituisce un ostacolo nella lotta contro tali reati.

La norma penale sui reati insider dichiara punibile, a determinate condizioni, lo sfruttamento della conoscenza anticipata di fatti allo scopo di ottenere vantaggi patrimoniali. L'atto punibile è lo sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali che possono verosimilmente influire in modo sostanziale sul corso di effetti negoziati in borsa o in preborsa in Svizzera.

Il testo dell'articolo 161 numero 3 CP comporta una notevole restrizione della nozione di fatto (confidenziale) suscettibile di ripercuotersi sui corsi. Anche secondo l'interpretazione del Tribunale federale, il campo d'applicazione della norma penale sui reati insider è limitato a fattispecie specifiche. Non sono per esempio contemplate dalla citata norma le vendite di titoli effettuate prima di un allarme sugli utili al fine di sfuggire alle prevedibili perdite legate al corso. Alla luce di queste considerazioni, la norma penale sui reati insider non si è rivelata sufficientemente efficace.

Questa limitazione a determinati reati insider che possono ripercuotersi sul corso di titoli, oltre a non essere giustificata dal punto di vista materiale, risulta insufficiente sotto l'aspetto delle pari opportunità degli investitori. Il Consiglio federale propone pertanto di abrogare, senza sostituirlo, l'articolo 161 numero 3 CP. In questo modo è possibile estendere il divieto di sfruttare fatti confidenziali a qualsiasi reato insider che potrebbe influenzare il corso di titoli. Le cerchie consultate hanno unanimemente accolto con favore la modifica proposta.

Messaggio

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Stato attuale della legislazione

Il 1° luglio 1988 è entrata in vigore la norma penale «Sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali», articolo 161 del Codice penale (CP)¹. Il nuovo articolo sui reati insider dichiarava punibile, a determinate condizioni, lo sfruttamento della conoscenza di un fatto confidenziale, vale a dire in particolare la conoscenza di fatti suscettibili verosimilmente di esercitare un influsso notevole sul corso di effetti negoziati in borsa o in preborsa in Svizzera.

L'articolo 161 CP (Sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali) recita:

1. 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, 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 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, o portando tale fatto a conoscenza di un terzo, è punito con la detenzione o con la multa.

2. Chiunque, avendo avuto direttamente o indirettamente conoscenza di tale fatto da parte di una delle persone elencate nel numero 1, ottiene per sé o per altri un vantaggio patrimoniale sfruttando questa informazione, è punito con la detenzione fino a un anno o con la multa.

3. È considerato fatto a tenore dei numeri 1 e 2 un'imminente emissione di nuovi diritti di partecipazione, un raggruppamento di imprese o un'analogo fattispecie di simile portata.

4. Qualora sia previsto il raggruppamento di due società anonime, i numeri 1 a 3 si applicano alle due società.

5. I numeri 1 a 4 si applicano per analogia qualora lo sfruttamento della conoscenza di un fatto confidenziale concerna certificati di quota, altri titoli, effetti contabili o opzioni corrispondenti di una società cooperativa o di una società straniera.

¹ RS 311.0

Nel nostro messaggio del 1° maggio 1985² concernente le operazioni insider indicavamo tra i beni giuridici protetti dalla norma penale gli obblighi di fedeltà e lealtà degli insider nei confronti delle società interessate, come pure la correttezza del mercato borsistico e, quindi, la parità di prospettive tra gli investitori³.

L'articolo 161 numero 3 CP, non previsto nel disegno di legge e introdotto nel corso delle deliberazioni parlamentari, restrinse la nozione di fatti confidenziali che possono influire sul corso di titoli limitandola alle sole fattispecie di «un'imminente emissione di nuovi diritti di partecipazione, un raggruppamento di imprese o un'analogo fattispecie di simile portata». Nella dottrina è controverso quali casi siano da ritenere «un'analogo fattispecie di simile portata». Una parte della dottrina è favorevole a un'interpretazione ampia che comprenderebbe anche eventi quali una modifica sostanziale della struttura aziendale, guadagni o perdite eccezionali, uno sviluppo straordinario dell'attività (p. es. sviluppo di un nuovo medicinale rivoluzionario). Per altri autori, l'interpretazione deve essere più ristretta.⁴

Dopo un esame approfondito delle deliberazioni parlamentari in merito alla norma penale sui reati insider, il Tribunale federale ha deciso che l'articolo 161 numero 3 CP va interpretato in senso ristretto.⁵ Secondo l'Alta Corte, tra le «analoghe fattispecie di simile portata» rientrano soltanto i fatti che concernono modifiche della struttura interna o esterna di una società, per esempio le divisioni di aziende, gli acquisti del pacchetto maggioritario o i risanamenti mediante riduzione del capitale. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la norma penale sui reati insider non si applica per esempio alle vendite di titoli effettuate prima di un allarme sugli utili al fine di limitare le perdite dovute alla caduta del corso. Il Tribunale federale, pur rilevando una lacuna in materia, non riteneva opportuno porvi rimedio mediante un'ampia interpretazione dell'articolo 161 numero 3 CP.⁶

1.1.2 Mozione Jossen-Zinsstag e sue conseguenze

Il 12 giugno 2002 il consigliere nazionale Peter Jossen-Zinsstag ha depositato una mozione che ci incaricava di sottoporre alle Camere una modifica dell'articolo 161 CP per renderlo applicabile «anche alle vendite di titoli operate prima dell'annuncio di un crollo dei benefici allo scopo di evitare una flessione del corso».⁷ Dopo che, il 20 settembre 2002, il nostro Consiglio si era dichiarato disposto ad accettarla, la mozione è stata accolta il 4 ottobre 2002 dal Consiglio nazionale e il 2 ottobre 2003 dal Consiglio degli Stati.

Nella primavera 2004, il Dipartimento federale delle finanze (DFF) e il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) hanno convenuto che la revisione della norma penale sui reati insider auspicata dalla mozione Jossen-Zinsstag avrebbe

² Messaggio del 1° maggio 1985 concernente la modificazione del Codice penale (Operazioni insider), FF 1985 II 63, 66, 77.

³ Cfr. in merito anche Christoph Peter, in Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [ed.], Basler Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch II, art. 111–401, Basilea 2003, art. 161 n. 12.

⁴ Cfr. in merito alle diverse posizioni della dottrina Daniela König, Das Verbot von Insiderhandel, Zurigo/Basilea/Ginevra 2006, pag. 166 segg., con ulteriori riferimenti

⁵ DTF 118 Ib 547 consid. 4e.

⁶ Decisione del Tribunale federale 2A.567/2001 del 15 aprile 2002, consid. 6.5.

⁷ 02.3246. Nella sua motivazione, l'autore della mozione rinvia esplicitamente alla decisione 2A.567/2002 del 15 aprile 2002.

dovuto svolgersi nell'ambito dell'attuazione delle raccomandazioni del «Gruppo d'azione finanziaria contro il riciclaggio dei capitali» (GAFI), rivedute nel giugno 2003, a cura del DFF e con la collaborazione del DFGP.⁸ Nell'ambito del progetto GAFI, avevamo proposto, conformemente alle condizioni poste dalle autorità penali e di vigilanza nonché dalle banche, di abrogare l'articolo 161 numero 3 CP. Il 12 gennaio 2005 è stata avviata la consultazione sul progetto GAFI, conclusasi il 15 aprile 2005. Sulla scorta dei risultati della consultazione, nell'autunno 2005 abbiamo incaricato il DFF di rielaborare il progetto e di sottoporci proposte sugli ulteriori passi da intraprendere nel corso del 2006.

Il 29 settembre 2006 abbiamo ridefinito l'iter in vista dell'attuazione delle raccomandazioni GAFI rivedute e abbiamo incaricato il DFF di sottoporci un messaggio entro metà 2007. Contemporaneamente, abbiamo deciso di stralciare l'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP dal progetto GAFI, riservando a questa modifica un binario preferenziale. Il DFF è quindi stato incaricato di sottoporci il messaggio sull'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP entro la fine del 2006.⁹

1.2 Risultati della procedura di consultazione

La proposta di abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP è stata inviata per parere nel gennaio 2005, nel quadro dell'attuazione delle raccomandazioni GAFI rivedute, ai governi cantonali, a 16 partiti politici, a 8 federazioni centrali dell'economia, al Tribunale federale svizzero, al Tribunale federale delle assicurazioni, nonché a 30 ulteriori destinatari dei settori interessati dell'economia, dell'Amministrazione e della dottrina. I risultati della consultazione sono stati pubblicati nel settembre 2005.

La consultazione ha mostrato che l'estensione della norma penale sui reati insider a tutti i fatti suscettibili di ripercuotersi sui corsi è incontestata. Sia la dottrina sia la prassi, come pure le cerchie economiche interessate, riconoscono che è necessario agire per colmare la lacuna esistente.

⁸ Le raccomandazioni GAFI rivedute prevedono tra l'altro che i due reati legati alla borsa, ossia le operazioni insider e la manipolazione dei corsi, debbano essere formulati in modo da costituire reato presupposto idoneo a realizzare la fattispecie del riciclaggio. Poiché soltanto un crimine può rappresentare un reato presupposto al riciclaggio di denaro ai sensi dell'articolo 305^{bis} CP, la pena comminata per entrambi i reati finanziari (art. 161 e 161^{bis} CP) – comunque per i casi qualificati – dev'essere adeguata, ossia aumentata, al fine di tener conto delle raccomandazioni GAFI, in quanto attualmente le due norme penali sono qualificate come delitti.

⁹ Nel contesto della norma penale sui reati insider, è richiesto da più parti un riesame approfondito dell'attuale disciplinamento nel settore dei reati legati alla borsa e agli abusi di mercato. Il 29 settembre 2006, il Consiglio federale ha dunque incaricato il DFF di verificare, in collaborazione con il DFGP, anche la necessità di un riesame approfondito dell'attuale disciplinamento nel settore dei reati finanziari e degli abusi di mercato, comprese le competenze a livello di perseguimento.

1.3 Relazione con il diritto europeo

L'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP avvicinerà la Svizzera, per quanto concerne la definizione della fattispecie penale del reato insider, alla concezione della direttiva CE sugli abusi di mercato¹⁰, poiché verrà finalmente riconosciuto che sono soprattutto i fatti confidenziali a poter esercitare verosimilmente un influsso notevole sul corso dei titoli corrispondenti.

1.4 Stralcio dal ruolo di interventi parlamentari

La mozione Jossen-Zinsstag chiede al Consiglio federale che l'articolo 161 CP sia modificato affinché sia applicabile anche alle vendite di titoli operate prima dell'allarme sugli utili allo scopo di evitare gli effetti di una flessione di corso. L'iniziativa parlamentare Wicki¹¹ chiede l'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP e che di conseguenza la fattispecie del reato insider venga estesa a tutti i fatti confidenziali suscettibili di influenzare i corsi. In tal modo, anche i cosiddetti «profit warning» (allarmi sugli utili) rientrerebbero nella fattispecie penale dei reati insider, realizzando anche gli obiettivi della mozione Jossen-Zinsstag. Proponiamo dunque di togliere di ruolo tale mozione. La citata abrogazione renderebbe inoltre priva di oggetto l'iniziativa parlamentare Wicki.

2 Commento alle modifiche

La vigente limitazione della norma penale sui reati insider all'imminente emissione di diritti di partecipazione, all'imminente raggruppamento di imprese o ad altre circostanze che modificano la struttura aziendale, non si giustifica dal punto di vista materiale. Poco importa che si sfrutti la conoscenza di un'imminente fusione o, per esempio, di un cattivo risultato d'esercizio: in entrambi i casi si ledono le pari opportunità tra gli investitori. Né il diritto americano né la direttiva CE sugli abusi di mercato prevedono una siffatta restrizione.¹²

Mediante l'abrogazione integrale e senza sostituzioni dell'attuale numero 3, la norma penale sui reati insider viene estesa non soltanto, come chiedeva la mozione Jossen-Zinsstag, agli annunci di guadagni o perdite, bensì a tutti i fatti confidenziali che, se divulgati, potrebbero influire notevolmente sul corso dei titoli in questione. In tal modo, la norma sui reati insider viene formulata in senso nettamente più ampio rispetto al diritto vigente. È dunque prevedibile che questa innovazione comporti un

¹⁰ Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), GU L 096 del 12.04.2003, pag. 16. Conformemente all'articolo 1, primo comma, paragrafo 1, di tale direttiva un'«informazione privilegiata» (insider) è «un'informazione che ha un carattere preciso, che non è stata resa pubblica e che concerne, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti di strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari ovvero sui prezzi di strumenti finanziari derivati connessi».

¹¹ Iniziativa parlamentare Wicki del 21 settembre 2006 «Abolire le restrizioni nel diritto penale sull'insider trading» (06.459). L'autore dell'iniziativa propone di abrogare l'articolo 161 numero 3 CP.

¹² Cfr. Daniela Koenig, Das Verbot von Insiderhandel, Zurigo/Basilea/Ginevra 2006, pag. 265.

deciso aumento del numero – finora esiguo – di procedimenti penali avviati in virtù dell'articolo 161 CP.

Abrogando l'articolo 161 numero 3 CP vigente, la nozione di fatti confidenziali che possono influire sul corso di titoli verrà essenzialmente definita in base alla prassi e alla giurisprudenza. Tuttavia, già oggi esiste una prassi relativa alla nozione di fatti suscettibili di influenzare i corsi, ossia quella della borsa svizzera SWX concernente l'interpretazione della disposizione riferita alla cosiddetta pubblicità ad hoc, sancita nell'articolo 72 del Regolamento di quotazione. Il citato articolo disciplina l'obbligo di informare delle imprese quotate in borsa (emittenti) al fine di garantire, nella misura del possibile, la trasparenza e il trattamento paritario degli investitori. Con la divulgazione viene a cadere il carattere confidenziale del fatto suscettibile di ripercuotersi sui corsi ai sensi dell'articolo 161 CP. Tra gli esempi di fatti suscettibili di ripercuotersi sui corsi si possono citare: risultati finanziari, fusioni, assorbimenti, divisioni, ristrutturazioni, modifiche del capitale, offerte di acquisto, modifiche sostanziali degli utili, crollo degli utili, allarme sugli utili e risanamenti. Secondo la borsa svizzera SWX, tuttavia, le prescrizioni sulla pubblicità ad hoc si applicano in generale a tutti i fatti suscettibili di influenzare i corsi. Vi rientrano anche i fatti relativi a prodotti nuovi e importanti, il ritiro o il richiamo di un prodotto importante, l'acquisizione di nuovi partner nella distribuzione, come pure importanti cambiamenti a livello di personale, nonché modifiche nel consiglio d'amministrazione e nella direzione e in altre posizioni chiave¹³.

L'abrogazione del numero 3 dell'articolo 161 richiede inoltre un adeguamento redazionale dei numeri 4 e 5.

3 Riperussioni

3.1 Per la Confederazione e i Cantoni

È difficile prevedere se l'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP comporterà un aumento delle domande di assistenza giuridica internazionale in questo settore, il cui trattamento è di competenza delle autorità federali. L'esperienza degli ultimi anni ha dimostrato che, nell'ambito dei reati legati alla borsa, le autorità estere prediligono la via dell'assistenza amministrativa anziché quella dell'assistenza giuridica. È pure difficile stabilire se la proposta revisione dell'articolo 161 CP attenuerà tale tendenza. A tal proposito, occorre altresì considerare che, dall'entrata in vigore, il 1° febbraio 2006¹⁴, della modifica della disposizione sull'assistenza amministrativa nella legge sulle borse (LBVM; art. 38), nell'assistenza amministrativa internazionale in questioni di borsa – diversamente dall'assistenza giuridica internazionale – si può rinunciare alla condizione della doppia punibilità, una circostanza che estende ulteriormente il campo d'applicazione dell'assistenza amministrativa, anche dopo l'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP, rispetto a quello dell'assistenza giuridica. La Commissione delle banche è peraltro finanziata integralmente mediante emolumenti e tasse di vigilanza. Un suo eventuale maggior onere non si ripercuoterebbe dunque sulle finanze federali.

¹³ Cfr. borsa svizzera SWX, commento alla direttiva sulla pubblicità ad hoc (disponibile soltanto in D/F/E), stato il 1° maggio 2005, cifra marg. 3, in part. pag. 5

¹⁴ RU 2006 197

L'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP comporta un'estensione del campo d'applicazione materiale della norma penale sui reati insider. Si può quindi presumere che il volume dei procedimenti penali che le autorità cantonali preposte al perseguimento penale saranno chiamate ad aprire per sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali aumenterà provocando, all'occorrenza, un accresciuto fabbisogno di personale.

3.2 Per l'economia

Il buon funzionamento dei mercati valutari e la fiducia dell'opinione pubblica in tali mercati sono condizioni indispensabili alla crescita economica e alla prosperità. L'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP rafforza la correttezza del mercato e rinsalda la fiducia degli investitori e, inoltre, contribuisce ad aumentare il prestigio della piazza finanziaria svizzera. In tal senso, la modifica dovrebbe ripercuotersi positivamente sull'economia svizzera.

4 Programma di legislatura

Nel rapporto sul programma di legislatura 2003–2007 è stato annunciato il messaggio sull'applicazione delle raccomandazioni del GAFI e la revisione parziale della legge sul riciclaggio di denaro (FF 2004 1014). Anche la revisione della norma penale sui reati insider nel senso della mozione Jossen-Zinsstag avrebbe dovuto essere inserita in tale oggetto. Il 29 settembre 2006, abbiamo deciso di stralciare l'abrogazione dell'articolo 161 numero 3 CP dal progetto GAFI, prevedendo una trattazione accelerata (cfr. n. 1.1.2). Non ne derivano ripercussioni sul piano finanziario della Confederazione.

5 Aspetti giuridici

Secondo l'articolo 123 capoverso 1 della Costituzione federale¹⁵ la legislazione nel campo del diritto penale compete alla Confederazione.

6 Panoramica sull'ulteriore modo di procedere

Già da tempo ormai viene sottolineata da più parti la necessità di rivedere, oltre alla definizione dei fatti suscettibili di ripercuotersi sui corsi, l'assetto dei due reati legati alla borsa (sfruttamento delle conoscenze di fatti confidenziali, manipolazione dei corsi). Secondo il parere della Commissione federale delle banche e della Borsa svizzera SWX, in essi non rientrano infatti importanti abusi di mercato. La mozione Wicki del 18 settembre 2006 (S 06.3426), che non ha ancora ricevuto una risposta dal Consiglio federale, si muove nella stessa direzione.

Oltre alla definizione ristretta dei fatti suscettibili di influenzare i corsi, le critiche mosse alla fattispecie del reato insider concernono per esempio la cerchia degli

¹⁵ RS 101

autori, la tematica delle persone che ottengono conoscenze confidenziali da insider o il modo in cui si viene a conoscenza di informazioni che possono influenzare i corsi. Nell'ambito della manipolazione dei corsi, la principale lacuna è individuata nel fatto che la norma penale si limita alle transazioni fittizie ed esclude le transazioni effettive. Vengono inoltre segnalati punti deboli nell'esecuzione.

Alla luce di queste considerazioni, il 29 settembre 2006 abbiamo incaricato il DFF di verificare, in collaborazione con il DFGP, la necessità di un riesame approfondito dell'attuale disciplinamento nell'ambito dei reati legati alla borsa e degli abusi di mercato, comprese le responsabilità a livello di perseguimento.

Le misure intese a riqualificare determinati reati insider, nonché la manipolazione dei corsi, da delitto a crimine (reato presupposto idoneo a realizzare la fattispecie del riciclaggio) devono essere attuate, come previsto inizialmente, nell'ambito del progetto GAFI. Il relativo messaggio verrà sottoposto al Parlamento entro la metà del 2007.

