

MILANO

VOLUNTARY
DISCLOSURE 2.0

a cura della Fondazione Antonio Uckmar,
con la collaborazione di *Milano Finanza*
e Diritto e Pratica Tributaria

INDICE

Victor Uckmar – Introduzione	5
Capitolo 1 Giuseppe Corasaniti - «La collaborazione volontaria: i primi chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate e le auspicabili evoluzioni normative»	11
Capitolo 2 Paolo Bernasconi - «Voluntary disclosure e banche svizzere»	65
Capitolo 3 Caterina Corrado Oliva - «Gli effetti della voluntary disclosure»	97
Capitolo 4 Paolo de' Capitani di Vimercate - «La voluntary disclosure - per trust e fondazioni»	139
Capitolo 5 Giuseppe Iannaccone - «Voluntary disclosure: gli aspetti penali»	169
Capitolo 6 Alessandra Mereu - «Il delitto di autoriciclaggio tra nuove esigenze punitive e incerti confini applicativi»	197
Capitolo 7 Renzo Parisotto - «Osservazioni di un esperto bancario»	229

Capitolo 8	Andrea Quattrocchi - «L'emersione delle attività detenute all'estero tra contesto internazionale ed esperienze europee»	237
Capitolo 9	Paolo Stizza - «La Voluntary disclosure delle società di capitali e dei sostituti d'imposta»	255
Capitolo 10	Stefano Zagà - «Cause ostative e possibili invalidità nella disciplina della procedura di collaborazione volontaria»	285
Capitolo 11	Cesare Glendi - «Voluntary disclosure: le rapide procedure»	341
Capitolo 12	Documentazione 1) Legge 15 dicembre 2014, n. 186; 2) Circolare n. 10/E del 13 marzo 2015.	361

Paolo Bernasconi, dr. h.c.
Professore emerito nella Università di San Gallo

CAPITOLO 2

Voluntary disclosure e banche svizzere

1. Introduzione

Dal 1.1.2015 l'entrata in vigore della legge 186/2014 sulla Voluntary Disclosure cambia il panorama per il contribuente evasore italiano. Ma il panorama delle banche svizzere, riguardante il cliente residente in Italia e sottoposto alla sovranità fiscale italiana, era già cambiato da qualche anno. Nel 2015 è cambiato radicalmente. Sono ormai definitivamente passati gli anni dei favori e della discendenza. Come sono lontani quegli anni in cui, per paura di qualche rogatoria penale giudiziaria, il cliente otteneva, senza mai averci messo piede, l'apertura di un conto in qualche paradiso fiscale esotico, benché tutta l'operatività e consulenza continuasse a svolgersi come prima, ossia presso la banca a Ginevra, Zurigo o Lugano; e come sono lontani i primi anni Duemila quando, per sfuggire al pagamento dell'eurotenuta, a migliaia beneficiarono del semplice tra-

sferimento del proprio deposito da un conto cifrato aperto a proprio nome a favore di un conto aperto ad una fondazione di famiglia del Liechtenstein o del Panama oppure ad una società di sede di Bahamas, Belize; BVI e simili; e come sono lontani gli anni in cui, per reazione agli scudi fiscali Tremonti, a frotte si accalcarono presso le filiali e succursali di banche svizzere a Singapore e, successivamente, in cerca di sempre maggiore opacità, presso le compagnie di assicurazione sulla vita con sede in Svizzera, a Dublino, Lussemburgo e a Vaduz, che così festeggiarono floridi bilanci mai visti sino ad ora. Poi venne il fisco USA, che nel 2008 prese a bersaglio proprio UBS, la prima banca svizzera. Poi, dal 2010, fu la volta dell'autorità di vigilanza bancaria svizzera, la Financial Market Supervisory Authority / FINMA, che impose alle banche svizzere persino la gestione del rischio legale e reputazionale.

2. La prassi della FINMA come fattore concomitante della voluntary disclosure

Nel suo rapporto di attività sulla gestione del 2013 pubblicato nella primavera 2014, la FINMA dichiarava ancora che le leggi svizzere non esigevano esplicitamente il rispetto del diritto straniero da parte degli istituti finanziari sottoposti alla sua sorveglianza, rammentando che, fino ad allora, il diritto svizzero non impediva alle banche di accettare depositi non fiscalizzati⁵⁴. Però, poche righe dopo, la FINMA rendeva noto di avere sottoposto ad una revisione speciale straordinaria più di una ventina di banche riguardo all'idoneità e legalità della gestione del proprio rischio legale transfrontaliero, precisando che, sulla base dei risultati negativi, contro otto di queste banche venne avviata una procedura di *enforcement*. Alcune terminarono con provvedimenti mediante i quali la FINMA ordinava l'esecuzione di misure tendenti a

⁵⁴ Rapport annuel 2013, pag. 26.

ristabilire l'ordine legale. Sono pubbliche anche le pesanti misure adottate dalla FINMA nei confronti di UBS a causa delle lacune nella gestione del rischio legale e reputazionale riguardante la clientela sottoposta alla sovranità fiscale USA; inoltre, il 20.5.2014⁵⁵, sempre la FINMA pubblicava un rapporto sommario mediante il quale spiegava quali fossero stati i rimproveri mossi riguardo alle lacune di Credit Suisse nella gestione del rischio legale relativamente ai propri clienti sottoposti alla sovranità fiscale USA. La relativa procedura della FINMA si concluse con un'ordinanza datata 21.9.2012, cresciuta in giudicato perché non appellata da parte della banca, mediante la quale si imponeva a quest'ultima di cessare qualsiasi relazione con clienti USA non dichiarati fiscalmente nonché con l'obbligo di rivedere il sistema di gestione del rischio e di controllo interno. Altrettanto venne comunicato riguardo a BSI il 30 marzo scorso. La FINMA aveva parimenti comunicato di avere aperto numerose procedure anche a carico di alcuni dirigenti di banca sospettati di gravi violazioni degli obblighi connessi alla vigilanza sulle attività finanziarie transfrontaliere. Tali procedure vennero concluse con l'invio delle cosiddette "*lettres de garantie*"⁵⁶

⁵⁵ Non è casuale la data, poiché il giorno prima era stato reso noto il contenuto del *Plea-Agreement*, mediante il quale il Credit Suisse aveva accettato di concludere il procedimento promosso a suo carico dal *Department of Justice* USA, mediante pagamento di una multa di USD 2,5 miliardi e una serie di impegni, tra i quali quello di collaborare per le indagini a carico dei propri clienti USA perseguiti per infrazioni fiscali, mettendo a disposizione ogni informazione utile per l'identificazione di clienti che avessero violato i propri obblighi fiscali, preparando così il terreno per le prossime rogatorie di gruppo ora previste anche dal diritto interno svizzero (artt. 3c, 14a LAAF).

⁵⁶ In tedesco si usa la terminologia di "*Gewährsbrief*", facendo riferimento specifico alla cosiddetta "*Gewährsnorm*", ossia all'art. 3 cpv. 3 lett. c della Legge federale sulle banche e alle norme analoghe nelle altre leggi finanziarie e in base alle quali i membri del consiglio di amministrazione e della direzione devono garantire un'attività irreprensibile. Se questa condizione viene a mancare, la FINMA impone alla banca interessata un termine af-

Sempre nel suddetto rapporto riguardante il Credit Suisse (pag. 7, capitolo 2.4.), la FINMA rammentava come l'accettazione di depositi non dichiarati fiscalmente, di principio, non fosse punibile, salvo nel caso in cui ciò avvenisse mediante produzione di documentazione che fosse a sua volta autonomamente punibile per titolo di falsità in documenti, ossia come reato punibile secondo l'art. 251 del Codice penale svizzero. Inoltre, sempre nello stesso capitolo, la FINMA rammentava anche l'art. 8 della Convenzione di diligenza delle banche⁵⁷, secondo cui alle banche è vietata qualsiasi manovra ingannevole a favore o tramite la propria clientela, nei confronti di autorità svizzere o straniere, in particolare autorità fiscali, mediante la messa a disposizione di attestazioni incomplete oppure fuorvianti⁵⁸.

finché il membro di uno dei suoi organi che viene così dichiarato come "persona non grata" venga definitivamente allontanato dalla sua funzione. Qualora questa persona desiderasse in futuro riprendere una funzione analoga presso un'altra banca, la FINMA esamina se la condizione suddetta possa ancora essere considerata come soddisfatta o meno. In sostanza si tratta di una misura che corrisponde all'eliminazione dal mercato bancario e finanziario della persona che viene fatta oggetto di una simile misura.

57 La CDB venne promulgata per la prima volta il 1.7.1977, e la sua validità venne prorogata di ulteriori cinque anni il 1.7.2013. Non si tratta di una norma legale, bensì di una norma privata, alla quale si sono sottoposte tutte le banche svizzere, ma che però ha acquisito una forma obbligatoria, dal momento che la FINMA le ha conferito la qualità di regolamento professionale interno valido ai fini della legislazione federale svizzera anticiclaggio. Infatti, l'Associazione Svizzera dei Banchieri è stata riconosciuta anche come entità professionale che svolge funzione di organismo di autodisciplina, previsto dagli artt. 24 e segg. della Legge federale anticiclaggio.

58 La violazione di questo divieto comporta una pena cosiddetta convenzionale a carico della banca in contravvenzione, che può raggiungere i 10 milioni di franchi svizzeri, inflitta da parte di una Commissione di vigilanza istituita dall'Associazione Svizzera dei Banchieri. Quel che più preoccupa le banche è l'obbligo per questa Commissione di trasmettere tutte le proprie decisioni alla FINMA, che ne tiene conto nell'ambito della sua attività di vigilanza ed anche nell'attribuzione della banca in questione a determi-

Questa norma⁵⁹, unitamente a quella più generale e di carattere penale, che punisce esplicitamente la falsità in documenti, garantisce nei confronti anche dell'autorità fiscale italiana la veridicità e completezza delle attestazioni rilasciate dalle banche svizzere assoggettate alla vigilanza della FINMA, ossia tutte le banche che operano in territorio svizzero, siano esse banche con la sede principale in Svizzera oppure filiali o succursali di banche con sede all'estero. Pertanto, il contribuente italiano che richiedesse da parte di una banca soggetta alla vigilanza bancaria svizzera un'attestazione incompleta da produrre nella procedura di Voluntary Disclosure, riceverebbe una risposta negativa. Vengono considerate incomplete, per esempio, attestazioni:

- a) che menzionassero ad una determinata data, la titolarità solo di un conto invece che di tutti i conti esistenti presso la stessa banca oppure,
- b) che non menzionassero i conti dei quali il cliente fosse avente diritto economico oppure,
- c) che non menzionassero le persone che avessero disposto della procura ad operare, e ciò a partire dall'apertura del conto.

Insomma, è inutile che il cliente chieda ad una banca il rilascio di dichiarazioni di compiacenza⁶⁰.

La FINMA ha gradualmente accresciuto sostanzialmente le proprie esigenze nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari assoggettati alla sua vigilanza riguardo all'efficacia della gestione del rischio legale e reputazio-

nate categorie di rischio.

59 Il suo testo potrebbe essere modificato nell'ambito della revisione totale della CDB, di cui si prevede l'entrata in vigore per il 1.1.2016, a seguito della codificazione in diritto svizzero, il 12.12.2014, delle Raccomandazioni anticiclaggio approvate dal GAFI/OCSE il 16.2.2012.

60 Nel marzo 2015, una banca ha licenziato in tronco e denunciato al Ministero Pubblico di Lugano una sua impiegata per avere allestito in modo inveritiero l'attestazione (il cosiddetto Formulário A) prevista per certificare il nominativo dell'avente diritto economico della relazione bancaria.

nale, specialmente nelle relazioni transfrontaliere che comprendono, tipicamente, le relazioni con clientela sottoposta alla sovranità fiscale straniera. Questa accresciuta vigilanza prese il suo avvio mediante la cosiddetta "Presenza di posizione" della FINMA riguardo alla gestione del rischio legale e reputazionale nelle relazioni transfrontaliere del 22.10.2010, che venne poi precisata e concretizzata nella comunicazione della FINMA 37/2012 promulgata il 19.6.2012 con il titolo "Operazioni transfrontaliere aventi per oggetto prestazioni finanziarie - Frequently asked questions, Posizione della FINMA Rischio giuridici". Mediante quest'ultima comunicazione vennero concretizzati specialmente gli obblighi di carattere organizzativo e relativi all'istruzione delle risorse umane, senza però precisare quali fossero le misure di diligenza specifiche che dovessero essere adottate da parte di ogni singola banca. Nel corso del 2013 e del 2014, la prassi delle banche si è armonizzata, ed oggi è praticamente unificata, almeno riguardo alle misure seguenti:

- a) restrizioni sempre crescenti rispetto al diritto di prelevare fondi in contanti, che qualche banca ha ridotto ad un importo massimo semestrale oppure annuale, mentre qualche banca lo ha vietato completamente, e ciò sempre allo scopo di evitare di esporsi al rimprovero, a livello svizzero e a livello estero, di avere in questo modo favorito l'interruzione del *paper trail*;
- b) divieto di eseguire le istruzioni della clientela di effettuare un bonifico a favore di conti intestati ad una società non operativa con sede in un paese fuori dall'OCSE o comunque considerato come "non cooperativo" secondo i criteri OCSE;
- c) divieto di effettuare bonifici a favore di conti presso banche situate in paesi fuori dall'OCSE o comunque considerati come "non cooperativi" secondo i criteri OCSE;
- d) divieto di effettuare bonifici a debito di un conto situato

presso una banca svizzera a favore di un conto intestato al medesimo cliente presso un'altra banca svizzera, considerando che la Svizzera rientra ancora nei paesi *black listed* secondo le regole del Governo italiano⁶¹;

- e) mancata esecuzione di ordini di acquisto di partecipazioni in società operative svizzere.

In sostanza, si accetta di eseguire bonifici esclusivamente a favore di conti intestati al cliente medesimo presso una banca situata in un paese OCSE oppure nel suo paese di domicilio fiscale. Mediante questa politica interna, le banche intendono anche evitare di esporsi al rimprovero di avere attuato un modello di affari imperniato sull'accoglienza di clientela in fuga da altri istituti⁶² per ragioni fiscali e che pos-

⁶¹ Infatti, la radiazione della Svizzera dalla *black list* prevista nei confronti dei Paesi che non rispettano i criteri minimi dell'OCSE riguardanti la cooperazione internazionale in materia fiscale, potrà avvenire soltanto dopo che sarà entrato in vigore il Protocollo firmato il 23 febbraio 2015, mediante il quale è stato riveduto l'art. 27 della Convenzione tra la Svizzera e l'Italia per evitare la doppia imposizione. La firma, che ebbe luogo il 23 febbraio 2015, a Milano, esplica comunque un effetto giuridico nel senso che, tramite la medesima, è stata soddisfatta la condizione prevista dalla legge 186/2014, che prevede determinati disincentivi nei confronti dei contribuenti che detengono averi patrimoniali non dichiarati nei Paesi elencati nella *black list*.

⁶² Notoriamente, le autorità USA hanno sanzionato più severamente quelle banche svizzere che avessero acquisito il patrimonio di *US Person* in fuga dalle banche contro le quali era stato aperto un procedimento da parte delle stesse autorità USA. Ciò avvenne nei confronti di banche che accolsero in modo sistematico clienti USA in fuga da UBS dopo l'apertura di indagini fiscali negli USA contro quest'ultima, come p. es. di recente, per il Gruppo israeliano Bank Leumi, che nel dicembre 2014 accettò una multa di USD 400 milioni congiuntamente all'obbligo di fornire alle autorità USA il nome di 1'500 presunti evasori fiscali USA. Si rimproverò in particolare a questo Gruppo di avere accolto presso le sue filiali in Israele, Lussemburgo e Svizzera i contribuenti USA in fuga ("leavers"), considerando questa fuga come una "occasione d'oro", accogliendo in particolare ancora nel maggio 2008, ben 263 "US Persons" con depositi per USD 401 milioni complessivamente.

sa essere considerato come un atto di concorso in riciclaggio o in autoriciclaggio.

Inoltre, a partire dal 2015, da parte delle banche viene manifestata riluttanza ed in qualche caso anche diniego ad eseguire istruzioni della clientela residente all'estero tendenti a modificare lo statuto di proprietà riguardante un determinato deposito. Per esempio, alcune banche rifiutano di eseguire il trasferimento di averi patrimoniali effettuato all'interno di una famiglia a titolo di donazione, mentre altre accettano di darvi seguito esclusivamente in presenza di un atto notarile di donazione allestito da un notaio italiano.

Parimenti, parecchie banche sottopongono a condizioni restrittive, mentre altre rifiutano, il trasferimento di averi patrimoniali a debito di un conto intestato ad una persona residente all'estero a favore di una fondazione di famiglia oppure di un trust; talune banche accettano questa modalità, ma soltanto a condizione che la fondazione di famiglia oppure il trust siano stati costituiti in modo da poter soddisfare i requisiti di terziarietà, come per esempio quello della irrevocabilità e della discrezionalità; in sostanza, è stata decretata la fine di fondazioni di famiglia e trust costituiti in modo da perpetuare il controllo sul patrimonio da parte del loro fondatore. È finita, almeno ufficialmente, l'era dei trust "alla milanese", ossia di quelli rientranti nella categoria degli "sham trust"⁶³.

In realtà, la più gravosa novità incontrata dalla clientela estera, ed in particolare italiana, nel panorama bancario svizzero è costituita dal fattuale boicotto dell'uso dei cosiddetti "special purposes vehicle" (SPV), ossia proprio quelle centinaia di migliaia di società non operative con sede in paesi offshore unitamente a migliaia di fondazioni e trusts costituiti solamente allo scopo di mascherare il perdurare dell'effettivo controllo da parte del fondatore su patrimoni conferiti a queste entità. In sostanza, anche le banche svizze-

63 Cfr. Thévenoz Luc, Les Trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? in: RSDA 2/204, pag. 161 segg.

re prendono atto che la lotta contro l'evasione fiscale a livello mondiale condotta da parte del G20 e dell'OCSE si focalizza sempre maggiormente contro l'abuso di questi strumenti, definiti in termini generali come "legal arrangements" nel documento approvato dal vertice del G20 tenutosi a Brisbane il 16.11.2014⁶⁴.

Ormai alcune banche, per evitare ogni rischio connesso sia all'entrata in vigore dell'art. 648-ter comma 1 CPI sia alla futura entrata in vigore delle nuove norme antiriciclaggio approvate dal Parlamento svizzero il 12 dicembre 2014, hanno deciso di chiudere anche una delle ultime vie di fuga: infatti, poiché confrontati con il divieto di eseguire prelievi in contanti, anche per importi inferiori all'importo di CHF 100'000.-, numerosi clienti italiani desiderosi di chiudere ogni relazione con il sistema bancario svizzero, negli ultimi tempi comperarono oro fisico oppure diamanti presso commercianti in territorio svizzero, facendosi recapitare in banca le relative fatture da addebitare a carico del loro conto, sino ad azzerarlo. In sostanza, si tratta di un artificio per eludere il divieto di prelevamenti in contanti, talvolta persino consigliato da qualche funzionario della banca, desideroso di offrire una scappatoia a clienti conosciuti da lunga data, e ciò anche se in violazione delle direttive interne della propria banca.

Di fronte alla lenta ma decisa conclusione dell'Età dell'Oro (in senso non traslato), sia per le banche che per i loro clienti evasori fiscali, questi ultimi tentano la trasformazione di fondazioni di famiglia (le *Familienstiftungen* del Principato del Liechtenstein e le *Fundaciones* del Panama) e di *sham trust*, ossia quelli de facto ancora controllati dal loro fondatore, in strutture analoghe ma irrevocabili e discrezionali. A questo

64 Il documento, che porta il significativo titolo "G20 High - Principles on Beneficial Ownership Transparency", comporta a carico di ogni Paese la messa in opera di una serie importante di obblighi relativi alla trasparenza effettiva della identità dei beneficiari effettivi di ogni entità giuridica, società e fondazione, con menzione esplicita del trust.

scopo si tenta di pervenire, menzionando nella cosiddetta "lettera dei desideri" (letter of wishes) classi di beneficiari invece che nominativi determinati di membri della famiglia del fondatore e cliente. Alcune banche, reagiscono persino rifiutando di aprire però nuove relazioni al nome di trust, e ciò malgrado che la stessa Convenzione di diligenza delle banche (CDB) preveda da anni persino un apposito formulario, il cosiddetto Formulario T, proprio per le relazioni di affari aperte con un trust oppure con una società conferita al trust (*underline company*).

3. L'evasore fiscale estero come cliente a rischio

Nella Presa di posizione suddetta, ormai diventata il documento determinante in questa nuova politica imposta alle banche svizzere, che viene denominata "strategia del denaro fiscalmente dichiarato" ("Weissgeldstrategie"), come pure nell'allegato alla comunicazione 37/2012 della FINMA, ci si riferisce esplicitamente all'eventualità che "gli ordinamenti giuridici esteri e gli organi incaricati della rispettiva attuazione considerino determinate azioni o omissioni da parte di istituti finanziari come concorso penale in reati fiscali"⁶⁵. Di conseguenza, attraverso la prassi suddetta, ecco che le norme di diritto estero, seppure soltanto *de facto*, vengono assimilate alle norme di diritto svizzero. Gli effetti di questa impostazione radicalmente nuova della prassi della FINMA diventano evidenti quando si tenga conto della portata dell'entrata in vigore dell'art. 648-ter comma 1 CPI che punisce l'autoriciclaggio. Infatti, l'atteggiamento delle banche svizzere muta radicalmente, proprio per evitare ogni rischio legale e reputazionale, sia per la banca come tale, sia per i membri dei suoi organi, quadri dirigenti e risorse umane: di conseguenza, viene sostanzialmente irrigidita la politica interna riguardante le relazioni d'affari con la clientela che è sottoposta alla sovra-

65 Cfr. annesso alla Comunicazione FINMA 37/2012, pag. 1, capitolo A/1.

rità fiscale italiana e che, pertanto, è sottoposta al rischio di procedimenti giudiziari italiani per titolo di autoriciclaggio giusta il nuovo art. 648-ter comma 1 CPI. Pertanto, anche la banca svizzera, con sede in Svizzera o con sede all'estero, come pure i suoi dirigenti ed i suoi dipendenti, tengono conto anche della recente giurisprudenza della Corte di cassazione, in applicazione dell'analogo reato di riciclaggio in base all'art. 648-bis CPI, laddove viene precisato che integra il reato di riciclaggio "qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo o precedente i versamenti, ed anche il mero trasferimento di denaro di provenienza da un conto corrente bancario di un altro diversamente intestato, ed acceso presso un differente istituto di credito"⁶⁶. In generale, poiché la banca svizzera è tenuta a mettere in atto tutte le misure adeguate per evitare il rischio di ritrovarsi coinvolta in un procedimento penale per autoriciclaggio promosso dalle autorità non più solo svizzere, ma anche estere, quindi anche italiane, fintanto che non interverrà un chiarimento normativo o giurisprudenziale riguardante l'esimente di reato relativa alle condotte di autoconsumo, ci si atterrà ad una condotta particolarmente restrittiva. Altrettanto vale riguardo al rischio di procedimenti avviati in applicazione della normativa italiana sulla responsabilità penale dell'impresa⁶⁷, che già trovò applicazione in alcuni casi anche nei confronti di banche con sede in Svizzera oppure di loro filiali o succursali in Italia. Questo approccio di prudenza ovviamente è scattato a partire dal 1.1.2015, anche malgrado il divieto di retroattività valido riguardo ad ogni norma penale, sia svizzera che italiana. Infatti, anche se il reato di autoriciclaggio può essere contestato solamente in relazione ai comportamenti posti in essere dopo l'entrata in vigore della norma medesima, evidentemente questi com-

66 Cfr. sentenza n. 43881 del 22.10.2014 a conferma della sentenza n. 546 dell'11.1.2011 relativamente alla condotta di chi deposita in banca denaro di provenienza illecita.

67 Legge 231/2001, Legge N. 146/2006.

portamenti potrebbero però essere collegati ad infrazioni di carattere tributario commesse anche prima dell'entrata in vigore della norma, ossia prima del 1.1.2015, nel caso in cui questi comportamenti non fossero stati sanati grazie alla procedura di Voluntary Disclosure.

Mentre è già scattata la fonte di rischio rappresentata dall'entrata in vigore della norma che punisce l'autoriciclaggio secondo il diritto italiano, si approssima, presumibilmente per il 1.7.2015⁶⁸, il rischio collegato all'entrata in vigore della norma di diritto svizzero che punisce il riciclaggio in connessione con i cosiddetti "delitti fiscali qualificati", così come previsto dalla nuova versione dell'art. 305^{bis} cpv. 1bis del Codice penale svizzero (CPS) che testualmente recita quanto segue:

"Art. 305^{bis} n. 1 e 1bis

1. Chiunque compie un atto suscettibile di vanificare l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

1bis. Sono considerati delitto fiscale qualificato i reati di cui all'articolo 186 della legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta e all'articolo 59 capoverso 1 primo comma della legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni, se le imposte sottratte ammontano a oltre 300 000 franchi per periodo fiscale."

68 Tenendo conto della data di pubblicazione sul Foglio Ufficiale federale della nuova norma, approvata il 12.12.2014 dal Parlamento svizzero, la scadenza del termine di referendum di 100 giorni si situa al 2.4.2015, per cui si può presumere che l'entrata in vigore venga fissata dal Consiglio federale per il 1.7.2015, ciò anche perché, entro quella data, dovrebbero essere pronte anche le norme seguenti:

- a) l'Ordinanza del Consiglio federale di esecuzione e applicazione delle nuove norme approvate il 12.12.2014 della Legge federale antiriciclaggio;
- b) la revisione totale dell'Ordinanza antiriciclaggio della FINMA;

In sostanza, le due norme menzionate al cpv. 1bis prevedono che debbano essere puniti come delitti tutti i comportamenti che sono finalizzati ad ottenere un risparmio fiscale indebito mediante l'utilizzazione di documenti falsi, come p. es. il bilancio, conto perdite e profitti, ogni parte di contabilità, sia su supporto cartaceo che informatico, contratti, fatture e simili.

Le due norme suddette riguardano le infrazioni commesse nell'ambito della fiscalità diretta. Per contro, riguardo alla fiscalità indiretta, che riguarda in particolare le frodi fiscali e la frode all'IVA, le infrazioni aggravate sono punite con una pena privata di libertà superiore ai tre anni, per cui questo tipo di infrazione rientra nella categoria dei crimini, ossia nella categoria di reati che vengono considerati come reati pregressi e a monte del reato di riciclaggio⁶⁹.

In diritto svizzero le norme antiriciclaggio sono sparse in diverse fonti giuridiche:

- a) nel diritto penale, dove si ritrova l'art. 305^{bis} CPS, che punisce il riciclaggio nonché l'art. 305^{ter} CPS, che stabilisce l'obbligo di identificazione del contraente di ogni intermediario finanziario nonché del relativo avente diritto economico;
- b) nella Legge federale antiriciclaggio e nella legislazione di esecuzione, dove spicca l'Ordinanza antiriciclaggio della FINMA;
- c) nei regolamenti emanati dagli Organismi di autodisciplina istituiti in base all'art. 24 della Legge federale an-

69 Questa categoria di infrazioni aggravate nella fiscalità indiretta è prevista testualmente all'art. 14 cpv. 4 del diritto penale amministrativo (DPA), che recita quanto segue:

"Se un reato di cui ai capoversi 1 o 2 è volto a realizzare guadagni considerevoli dall'importazione, dall'esportazione o dal transito di merci e se l'autore agisce come membro di una banda costituita per commettere sistematicamente truffe in materia di prestazioni e di tasse (truffa qualificata in materia fiscale), questi è punito con una pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria."

riciclaggio (LRD) nonché nei regolamenti interni delle singole banche ed altre imprese considerate come intermediari finanziari ai sensi dell'art. 2 LRD.

Pertanto, l'avvenuta revisione dell'art. 305 bis CPS, inserendovi fra i reati pregressi anche i "delitti fiscali qualificati", secondo la suddetta definizione prevista dal suo capoverso 1bis, trascina seco una serie di importanti conseguenze giuridiche. Sul piano della prevenzione antiriciclaggio si devono menzionare anzitutto:

- a) gli obblighi di categorizzare sia la clientela che le singole transazioni in categorie di rischio normale oppure di rischio accresciuto (in conformità agli artt. 12 e 13 LRD), anche riguardo ai cosiddetti "delitti fiscali qualificati";
- b) l'obbligo di procedere a chiarimenti speciali in caso di emersione di motivi di sospetto (in conformità all'art. 6 LRD), anche riguardo ai cosiddetti "delitti fiscali qualificati";
- c) l'obbligo di comunicazione all'Ufficio federale di comunicazione antiriciclaggio⁷⁰ (in conformità dell'art. 9 cpv.1 lett. a n.2 LRD), anche riguardo ai cosiddetti "delitti fiscali qualificati".

La revisione dell'art. 305 bis CPS avvenne quale codificazione nel diritto svizzero della Raccomandazione antiriciclaggio N.3 del GAFL, ossia l'Agenzia antiriciclaggio dell'OCSE, approvata il 16.2.2012, secondo la quale, fra i reati a monte pregressi di riciclaggio dovevano essere inserite anche le infrazioni fiscali gravi ("serious tax crimes"). Il Parlamento svizzero ha definito le infrazioni fiscali da considerarsi come reato a monte pregresso del riciclaggio quelle che rientrano nella categoria cosiddetta dei "delitti fiscali qualificati", che sono caratterizzati in base a due criteri cumulativi:

70 Si tratta dell'Ufficio svizzero (MROS/Money Laundering Reporting Office) le cui funzioni corrispondono a quelle delle cosiddette "Financial Intelligence Unit" analoghe a quelle dell'UIF/Ufficio di informazioni finanziarie, previsto dal diritto italiano.

- a) l'utilizzazione di documenti falsi, allo scopo di ottenere un risparmio fiscale indebito;
 - b) il conseguimento di un risparmio fiscale indebito superiore a CHF 300'000.- per periodo fiscale di computo.
- Secondo il cpv. 3 dell'art. 305bis CPS, il riciclaggio commesso in territorio svizzero è punibile anche se il reato pregresso a monte sia stato commesso fuori dal territorio svizzero. Questa caratteristica era stata prevista nell'art. 305bis CPS, sin dalla sua entrata in vigore, il 1.8.1990, proprio per tenere conto della posizione geografica del territorio svizzero e per obbedire quindi ad un obiettivo di politica criminale, ossia quello di evitare che il territorio svizzero potesse diventare un porto sicuro per il riciclaggio di reati commessi in territorio estero.

La combinazione del terzo capoverso dell'art. 305 bis CPS con il nuovo capoverso 1bis della medesima norma ha per effetto che diventa punibile in territorio svizzero il riciclaggio di cui il reato pregresso a monte sia costituito da un "delitto fiscale qualificato" anche se commesso all'estero e quindi, necessariamente, in danno dell'Erario di un paese straniero. Peraltro, sia i lavori legislativi preparatori che l'ampia dottrina pronunciata in materia, sono unanimi nel ritenere che la punibilità del riciclaggio valga non solo a tutela degli interessi dell'Erario svizzero, ma anche degli interessi dell'Erario di paesi stranieri.

La questione che si pone è quella di sapere quali siano i tipi di infrazione previsti dal diritto penale fiscale estero che possano essere qualificati alla stregua della categoria prevista dal diritto svizzero di "delitti fiscali qualificati". Secondo il Rapporto mediante il quale il Consiglio federale svizzero ha accompagnato il progetto di legge per la codificazione in diritto svizzero delle Raccomandazioni antiriciclaggio del GAFL⁷¹, si prevede esplicitamente che la condizione della

71 Cfr. Messaggio del Consiglio federale datato 13.12.2013, pag. 627: "Affinché la disposizione non rimanga lettera morta se l'atto viene compiuto

doppia incriminazione può considerarsi soddisfatta anche se l'infrazione fiscale commessa all'estero sia anche soltanto una "mera" sottrazione.

La dottrina si è schierata contro questa interpretazione, considerandola eccessivamente estensiva, quando non addirittura "contra legem", facendo valere che il legislatore svizzero ha comunque voluto distinguere, come del resto lo ha fatto anche il GAFI, riferendosi esplicitamente alla categoria dei cosiddetti "serious tax crimes", fra le infrazioni fiscali più gravi e quelle invece semplici e più veniali. Infatti, l'interpretazione fornita nel suddetto Rapporto governativo non distingue fra queste due categorie, come invece ha fatto il legislatore svizzero, peraltro accogliendo una proposta che proveniva proprio dal Governo medesimo⁷². Pertanto, già in occasione del dibattito parlamentare, la Consiglieria federale Widmer-Schlumpf, nella sua qualità di direttore del Dipartimento federale delle finanze, ha dichiarato in modo vincolante che l'interpretazione espressa nel suddetto Rapporto governativo, era infondata e che quindi non andava considerata⁷³.

Ciò malgrado, però, in attesa di una precisazione giurisprudenziale a questo riguardo, a livello giudiziario c'è da atten-

all'estero, la condizione della doppia incriminazione non può essere interpretata in maniera troppo restrittiva. Fatta eccezione per l'Austria, la gran parte delle legislazioni estere non conoscono una fattispecie che coincida in tutti i punti con la sottrazione di imposta compiuta facendo uso di documenti falsi o alterati, di cui al numero 1bis. Nella maggior parte dei casi la sottrazione di imposta viene punita indipendentemente dal modo in cui viene compiuta, vale a dire indipendentemente dall'uso di documenti falsi o di un altro comportamento fraudolento, e costituisce un reato preliminare di riciclaggio di denaro. Spesso l'uso di documenti falsi è solamente segnale tra altri che determina l'obbligo di annuncio. Tuttavia non è un elemento costitutivo in quanto tale. Se all'estero è punibile già la "mera" sottrazione d'imposta, deve essere considerata soddisfatta la condizione della doppia incriminazione."

72 Si veda il capitolo 1.3.4. dedicato specificamente a questa differenziazione a pag. 601, 602 del Messaggio governativo N.13.106 datato 13.12.2013.

73 Cfr. Bull. CS. 2017, pag. 172.

dersi che le banche e gli altri intermediari, assoggettati alla vigilanza svizzera, anche per ragioni di praticità, impronteranno la gestione del rischio legale in base all'interpretazione più estensiva, proprio per evitare di incorrere in un procedimento svizzero, penale o prudenziale, che si fondasse proprio sull'interpretazione più estensiva.

Ma la banca svizzera, a partire dall'entrata in vigore della nuova versione dell'art. 305 bis CPS, dovrà gestire anche un altro rischio conseguente, ossia quello di trovarsi coinvolta in un procedimento penale svizzero promosso in base all'art. 102 CPS⁷⁴, che prevede la responsabilità penale dell'impresa. Questa responsabilità scatta quando viene commesso il reato di riciclaggio e, quindi, dall'entrata in vigore della nuova versione dell'art. 305 bis CPS, anche in relazione ai delitti fiscali qualificati, a causa di "difetti organizzativi" in seno all'impresa medesima. Poiché in diritto svizzero non si è (ancora) sviluppata una prassi analoga a

74 Ecco il testo integrale dell'art. 102 CPS.

1 Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carenza organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi.

2 Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260ter, 260quinqüies, 305bis, 322ter, 322quinqüies o 322septies capoverso 1 oppure di un reato secondo l'articolo 4a capoverso 1 lettera a della legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.

3 Il giudice determina la multa in particolare in funzione della gravità del reato, della gravità delle lacune organizzative e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa.

4 Sono considerate imprese ai sensi del presente articolo:

- a. le persone giuridiche di diritto privato;
- b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali;
- c. le società;
- d. le ditte individuali.

quella italiana riferita ai cosiddetti "modelli organizzativi" in base alla normativa italiana⁷⁵, necessariamente l'autorità giudiziaria penale svizzera competente, ossia il Ministero Pubblico della Confederazione oppure i Pubblici Ministeri dei Cantoni territorialmente competenti, prenderanno in considerazione, allo scopo di stabilire la sussistenza o meno di "difetti organizzativi" causali rispetto al riciclaggio del "provento" di delitti fiscali qualificati, il livello di diligenza previsto dalle suddette norme della FINMA nonché dalla legislazione svizzera antiriciclaggio e dalla suddetta Convenzione di diligenza.

È vero che la nuova versione dell'art. 305 bis CPS entrerà in vigore presumibilmente soltanto il 1.7.2015, ma è altrettanto vero che le banche e le altre imprese assoggettate all'obbligo della gestione del rischio legale e reputazionale, dovranno conformare la propria politica interna e la gestione dei propri affari, in modo da presentarsi alla scadenza dell'entrata in vigore del nuovo art. 305 bis CPS e della legislazione di esecuzione e di applicazione convenientemente adeguata, così da evitare qualsiasi rischio di applicazione della norma immediatamente a partire dalla sua entrata in vigore.

Vale ovviamente il divieto di applicazione retroattiva della norma penale riguardante il riciclaggio connesso ai cosiddetti "delitti fiscali qualificati", come del resto precisato nel testo della legge di approvazione della norma suddetta⁷⁶, esplicitando che tutte le relative norme non si applicano ai delitti fiscali qualificati commessi prima dell'entrata in vigore della norma medesima. Fatto sta che i comportamenti successivi all'entrata in vigore del nuovo art. 305 bis CPS

⁷⁵ Legge 231/2001; Legge N. 146/2006.

⁷⁶ Disposizione transitoria della modifica del 12 dicembre 2014: "L'art. 305bis non è applicabile ai delitti fiscali qualificati ai sensi dell'art. 305bis, numero 1bis, commessi prima dell'entrata in vigore della modifica del 12 dicembre 2014".

dovranno però tener conto della conformità fiscale o meno dei depositi esistenti, tanto più nel caso in cui la banca rispettivamente i suoi dirigenti e dipendenti, già avessero appreso con certezza oppure già avessero avuto sufficienti motivi concreti di sospetto riguardo alla non conformità fiscale dei depositi preesistenti. In tal caso, scatteranno tutte le norme di diligenza che permettano alla banca e ai suoi dirigenti e dipendenti di sfuggire a qualsiasi rimprovero da parte delle autorità giudiziarie penali svizzere e di quelle straniere nonché da parte delle autorità di vigilanza e delle autorità antiriciclaggio svizzere. Di conseguenza, se dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 305bis CPS i depositi bancari preesistenti dovessero essere giudicati come "delitti fiscali qualificati", allora scatterebbe la punibilità per riciclaggio del loro provento. Si tratta dell'ipotesi per cui, onde sfuggire alla loro imposizione, il contribuente mettesse in atto uno schema fraudolento, in specie mediante l'uso di documenti falsi, nei confronti dell'autorità fiscale competente. È anche a questo riguardo che emerge in tutta la sua portata la modalità interpretativa riguardante la condizionale della doppia punibilità in caso di riciclaggio del provento di "delitto fiscale qualificato" commesso all'estero. Infatti, se dovesse bastare la "mera sottrazione fiscale", come erroneamente sostenuto nel Rapporto governativo⁷⁷, allora la punibilità scatterebbe non appena il contribuente estero avesse violato il proprio obbligo di dichiarare il suo deposito bancario estero.

Quali siano i motivi di sospetto concreti sufficienti è abbastanza evidente, proprio a quei dirigenti e dipendenti bancari che per anni o per decenni hanno messo a disposizione, in modo sistematico, a migliaia, strumenti di vario genere finalizzati proprio a diminuire il rischio fiscale della propria clientela. Comunque, questi strumenti sono

⁷⁷ Cfr. Messaggio governativo N. 13.106 datato 13.12.2013 Capitolo 2.4. pag. 627.

stati diligentemente elencati sia nella giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale (TAF) riguardante l'esame delle rogatorie delle autorità fiscali USA per ottenere informazioni e documenti riguardanti contribuenti USA sospettati di infrazioni fiscali⁷⁸ nonché nella ampia dottrina svizzera più recente⁷⁹. Riassumendo, fra questi sospetti concreti si ritrovano:

- a) l'utilizzazione di conti cifrati;
- b) l'utilizzazione della convenzione secondo la quale la corrispondenza non debba essere spedita al domicilio del cliente, bensì conservata in banca (convenzione cosiddetta "fermo-banca")⁸⁰;
- c) l'utilizzazione di società di sede non operative;
- d) la richiesta di misure di confidenzialità soprannormali, come per esempio il divieto dell'uso del telefono e della corrispondenza elettronica ed ordinaria diretta al proprio domicilio.

È proprio qui che risiede la novità più lancinante: sulla

78 Cfr. la traduzione in italiano delle sentenze A-6680/2010, A-6756/2010 pronunciate il 27.9.2011 dal TAF nonché delle sentenze del TAF A-7976/2010 e seguenti pronunciate il 20.10.2011, tutte pubblicate nell'articolo dello stesso Autore intitolato "La terzietà del trust e della fondazione di famiglia secondo il diritto svizzero", in: Trusts e attività fiduciarie, Anno XIII-luglio-agosto 2012, pag. 377 ss.

79 Cfr. pro multis Zulauf Urs, Weissgeldstrategie für das Schweizer Private Banking, in Vermögensverwaltung VI, Isler/Cerutti HRSG, Zürich 2013, pag. 7 ss.; Matthey Sylvain, Les nouveaux devoirs de diligence des intermédiaires financiers en matière fiscale - Interrogations d'un praticien, in: Contribution à la Journée ILCE del 27.06.2013; Rappo Aurelia, Infractions fiscales, blanchiment d'argent et obligations de diligence, in: Blanchiment d'argent: actualité et perspectives suisses et internationales, Parigi 2014, pag. 81 ss.; Strasser Othmar, «Weissgeldstrategie und Sorgfaltspflicht der Banken», St. Galler Tagung zur Finanzmarktregulierung, 6.12.2013.

80 Suter Christoph / Remund Cédric, Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?, in: ASA 82, pag. 589 ss., 618 ss, nonché Infractions Finales, d'Archivement, Inter-médiaires Financiers, Ges KR, 2015, 54

piazza bancaria e finanziaria svizzera, come quella di centri finanziari analoghi, a cominciare dalle Bahamas, Principato del Liechtenstein e Principato di Monaco: tutti gli strumenti utilizzati tradizionalmente per assistere la clientela straniera nell'evasione fiscale, sono diventati la prova o perlomeno l'indizio di evasione fiscale. Pertanto, per evitare di esporsi al rischio di procedimenti penali da parte delle autorità giudiziarie svizzere per titolo di riciclaggio del provento di "delitti fiscali qualificati", come pure per evitare di esporsi al rischio di procedimenti penali italiani per concorso in frode fiscale, in riciclaggio o in autoriciclaggio, tutti gli intermediari svizzeri si astengono, anche perché devono astenersi, in virtù del diritto prudenziale svizzero, dall'effettuare istruzioni riguardo a quei depositi che risultano sospetti proprio a causa dell'applicazione dei notissimi e collaudati sistemi di elusione di obblighi fiscali. In altre parole, quelli che furono gli scudi e gli schermi così utili per decenni, assumono ora un connotato indiziante e accusatorio.

Ma c'è di più: questi "scudi" diventano un ostacolo ai fini di soddisfare gli obblighi di rendicontazione previsti dalla legge n. 186/2014. Infatti, il contribuente italiano che aderisce alla Voluntary Disclosure, nella gran parte dei casi non è legittimato ad ottenere dalla banca le informazioni e i documenti che gli sono necessari, perché il suo patrimonio non è più depositato presso conti che gli sono intestati personalmente, bensì presso conti che sono intestati a società di comodo con sede in paesi offshore, che sono gestiti da fiduciari, talvolta in territorio svizzero, talvolta nel paese offshore. È a quest'ultimo che l'evasore italiano deve quindi inviare le proprie istruzioni affinché la fiduciaria richieda da parte della banca la messa a disposizione di tutti i documenti necessari. Le banche svizzere si sono attrezzate, di fronte alla marea di domande presentate dalla clientela italiana, e mettono a disposizione tutta la documentazione,

ossia non solo gli estratti conto ma anche i giustificativi, su base elettronica, fornendo un CD a un prezzo oscillante fra i 2.000 e i 3.000 franchi svizzeri.

Però, a causa della suddetta trafila burocratica, è raccomandabile inviare al più presto le relative istruzioni. Altrettanto dicasi per le formalità necessarie nel caso in cui l'evasore fiscale che aderisce alla Voluntary Disclosure intenda lasciare all'estero i propri valori dichiarati oppure intestarli ad una fiduciaria statica italiana. La relazione di dichiarazione richiesta dalla Legge 186/2014 è stata ora formalizzata grazie a un modello standard diffuso dall'Associazione svizzera dei banchieri mediante comunicazione n. 7849 del 26 marzo 2015.

Nella sua versione riveduta, in vigore dal 1 luglio 2015⁸¹, l'art. 305bis CPS, riguarda la fiscalità diretta ed in particolare le imposte sui redditi e sulla sostanza, a carico delle persone fisiche e giuridiche, essendo invece esclusa l'imposta sulle successioni e donazioni⁸².

Per contro, il riciclaggio riguardo ad infrazioni commesse nell'ambito della fiscalità indiretta era già punibile a partire dal 1.2.2009, data dell'entrata in vigore della prima revisione dell'art. 14 cpv. 4 del diritto penale amministrativo (DPA). Infatti, questa revisione della norma ha qualificato come appartenere alla categoria dei crimini, ossia come reati pregressi al riciclaggio, anche le infrazioni fiscali aggravate⁸³. Mediante la più recente revisione anche

81 Essendo scaduto infruttuoso il termine di referendum, fissato al 2 aprile 2015, questa è la data indicata come più probabile.

82 Cfr. Messaggio 13.106 datato 13.12.2013 Cap. 2.4. pag. 627.

83 L'art. 14 del diritto penale amministrativo (DPA), nella sua versione vigente, recita quanto segue:

Reati

1. Truffa in materia di prestazioni e di tasse

1 Chiunque inganna con astuzia l'amministrazione, un'altra autorità o un terzo affermando cose false o dissimulando cose vere oppure ne conferisce ma subdolamente l'errore e in tal modo consegue indebitamente dall'ente

del cpv. 4 dell'art. 14 DPA venne allargato considerevolmente l'elenco delle condotte punibili nel campo delle imposte indirette, inserendovi anche ogni comportamento fraudolento commesso in forma aggravata⁸⁴. Anche per questa nuova versione, in vigore dal 1 luglio 2015, vale il divieto di applicazione retroattiva della norma penale.

Ma, come già visto per le imposte dirette, allo scopo di evitare qualsiasi rischio legale e reputazionale, ogni intermediario finanziario in Svizzera, si dovrà astenere da condotte che possano integrare i reati di riciclaggio rispetto a valori patrimoniali esistenti che possano costituire, a partire dall'entrata in vigore della nuova norma, proven-

pubblico, per sé o per un terzo, una concessione, un'autorizzazione, un contingente, un contributo, una restituzione di tasse o altre prestazioni, ovvero fa sì che una concessione, un'autorizzazione o un contingente non sia revocato, è punito con la detenzione o con la multa.

2 Se l'autore, con il suo subdolo comportamento, fa sì che l'ente pubblico si trovi defraudato, in somma rilevante, di una tassa, un contributo o un'altra prestazione o venga a essere altrimenti pregiudicato nei suoi interessi patrimoniali, la pena è della detenzione fino a un anno o della multa fino a 30000 franchi.

3 Se per la corrispondente infrazione non subdolamente commessa la singola legge amministrativa prevede un massimo della multa più elevato, quest'ultimo vale anche nei casi previsti nei capoversi 1 e 2.

4 Se un reato di cui ai capoversi 1 o 2 è volto a realizzare guadagni considerevoli dall'importazione, dall'esportazione o dal transito di merci e se l'autore agisce come membro di una banda costituitasi per commettere sistematicamente truffe in materia di prestazioni e di tasse (truffa qualificata in materia fiscale), questi è punito con una pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria."

84 La revisione riveduta del cpv. 4 dell'art. 14 DPA sarà quindi del seguente tenore: Se un reato di cui ai capoversi 1 o 2 è volto a realizzare guadagni considerevoli dall'importazione, dall'esportazione o dal transito di merci e se l'autore agisce come membro di una banda costituitasi per commettere sistematicamente truffe in materia di prestazioni e di tasse (truffa qualificata in materia fiscale), questi è punito con una pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria.

to di violazioni aggravate nella fiscalità indiretta.

Come descritto, la revisione del 12 dicembre 2014 ha introdotto la punibilità del riciclaggio per le infrazioni aggravate previste dall'art.14 cpv.4 DPA nella fiscalità indiretta e per i delitti fiscali qualificati previsti dall'art.305bis comma 1bis CPS nella fiscalità diretta. Pertanto, anche in relazione al provento di tutti questi nuovi reati pregressi di riciclaggio, scattano tutti i classici obblighi previgenti di prevenzione antiriciclaggio, a cominciare dall'obbligo di comunicazione all'Ufficio federale antiriciclaggio (MROS/FIU) in adempimento di quanto previsto dall'art. 9 LRD. Di conseguenza, diventano applicabili anche alle infrazioni fiscali definite, in diritto svizzero, come "delitto fiscale qualificato" le norme adottate di recente dal Parlamento svizzero, secondo cui l'Ufficio federale antiriciclaggio (MROS), facente funzione di Financial Intelligence Unit (FIU), ha facoltà di trasmettere non soltanto su richiesta ma anche spontaneamente informazioni di carattere economico agli uffici esteri corrispondenti.⁸⁵

4. Nuovi rischi per l'evasore fiscale in relazione alla cooperazione internazionale

La cooperazione internazionale in materia penale riguardante le infrazioni in danno degli interessi statali ed in particolare dell'Erario, ha permesso di conseguire risultati efficaci a favore di procedimenti penali stranieri promossi contro gli autori delle cosiddette frodi carosello⁸⁶

⁸⁵ Cfr. articolo 30. LRD.

⁸⁶ Il Tribunale federale è inoltre del parere che la cosiddetta frode carosello nell'ambito dell'IVA costituisca una truffa ai sensi del diritto comune (art. 146 CPS) e quindi un reato preliminare al reato di riciclaggio di denaro. Secondo il GAFI un reato del genere rientrerebbe nella categoria "frode", che costituisce una delle 21 categorie di reato conformemente agli standard del GAFI oppure nella categoria del "contrabbando" piuttosto che in quella dei reati fiscali (Cfr. Messaggio governativo N. 13.106 datato 13.12.2013).

oppure di appropriazioni indebite commesse mediante i sistemi di sovra e sotto-fatturazione che hanno avuto per effetto il depauperamento del patrimonio di imprese in territorio italiano; ciò avveniva grazie all'abuso di società di sede straniera basate a Londra o in paesi offshore del Commonwealth, interposte proprio allo scopo di dirottare a favore di conti bancari svizzeri il provento della vendita di prodotti all'estero che in gran parte prevedeva come destinatario finale l'azionista medesimo dell'impresa italiana così depauperata⁸⁷.

La cooperazione internazionale in materia fiscale, invece, da parte italiana, si è limitata, almeno negli anni più lontani, a poche domande presentate da parte delle autorità fiscali in esecuzione della clausola sullo scambio di informazioni prevista dalla Convenzione italo-svizzera contro la doppia imposizione.

Un impulso importante è provenuto dall'Accordo bilaterale stipulato fra la Svizzera, da una parte e, dall'altra parte, l'Unione europea e gli Stati membri, riguardante l'adesione allo spazio di Schengen, poiché ha comportato anche la messa in opera degli artt. 50 ss. riguardanti la cooperazione in materia penale e in materia fiscale. Queste possibilità di miglior cooperazione internazionale in materia penale fiscale sono entrate in vigore il 12 dicembre 2008. Fu subito la Germania ad affrettarsi a chiedere l'estradizione dal territorio svizzero di persone che vi si erano rifugiate siccome accusate o condannate per infrazioni fiscali commesse in danno dell'Erario tedesco.

Per contro, l'Accordo bilaterale fra la Svizzera, da una parte e, dall'altra parte, l'Unione europea e gli Stati membri riguardante la cooperazione contro la frode in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, è entrato in vigore anticipatamente, il 9 aprile 2009, ma soltanto per

⁸⁷ Nel caso poi che l'impresa italiana così depauperata fosse dichiarata fallita, può scattare anche l'imputazione di bancarotta fraudolenta.

quegli otto Stati che ne fecero richiesta, fra i quali manca tuttora l'Italia. Benché si tratti di uno strumento che prevede modalità di cooperazione particolarmente estese, seppure soltanto riguardo alle infrazioni alla fiscalità indiretta, l'Italia non ne ha ancora chiesto la messa in vigore anticipata, come appunto l'hanno fatto i paesi suddetti. Si profilano però all'orizzonte altre novità molto importanti: anzitutto il progetto di Legge federale concernente l'applicazione unilaterale dello standard OCSE sullo scambio di informazioni (LASSI⁸⁸). Infatti, in data 13.3.2009 il Consiglio federale svizzero, contestualmente a paesi come Singapore e Liechtenstein, tutti preoccupati dal paventato inserimento nella lista nera prevista per il vertice del G20 del 2.4.2009 a Londra, dichiararono che avrebbero confermato la cooperazione internazionale in materia fiscale tra le autorità fiscali ai requisiti minimi dell'OCSE. Da allora il Parlamento svizzero ha ratificato sia convenzioni contro la doppia imposizione, adeguandole agli standard dell'OCSE, con circa 70 fra Stati o territori, sia i cosiddetti "tax information exchange agreements/TIEA" con 7 paesi. Ne potrà beneficiare anche l'autorità fiscale italiana, che pertanto potrà ottenere esecuzione di proprie domande di cooperazione ancora prima dell'entrata in vigore della convenzione contro la doppia imposizione che prevede la clausola sullo scambio di informazioni allargata nell'interesse di procedimenti penali non più soltanto per frode fiscale, bensì anche per infrazioni fiscali minori, come per esempio l'omessa dichiarazione o la dichiarazione incompleta nonché anche nell'interesse della procedura di accertamento fiscale. Norme analoghe sono già state emanate unilateralmente anche da parte di altri paesi.

88 Cfr. l'avamprogetto pubblicato il 22.10.2014 dal Consiglio federale della nuova legge federale destinata a modificare rapidamente le convenzioni contro la doppia imposizione con tutti quegli Stati con i quali non fosse ancora stato possibile conformare la norma sullo scambio di informazioni rispetto ai requisiti minimi dell'OCSE.

come per esempio il Belgio e Singapore. Dovesse entrare in vigore la suddetta LASSI, potrebbero usufruire delle suddette possibilità di cooperazione più estese anche le autorità fiscali di paesi che non avessero ancora ratificato la corrispondente clausola contenuta nelle rispettive convenzioni contro la doppia imposizione. Fra questi Stati rientra anche l'Italia, salvo regolamentazione nell'ambito di quel pacchetto di accordi in negoziato da anni fra la Svizzera e l'Italia, almeno fintanto che non entrerà in vigore la modifica dell'art. 27 della Convenzione contro la doppia imposizione firmata a Milano il 23.2.2015.

Inoltre, il Governo svizzero ha già preannunciato l'intenzione di aderire anche alla Convenzione internazionale di Strasburgo per la cooperazione internazionale in materia fiscale firmata il 26 gennaio 1988 e poi riveduta in base al Protocollo addizionale in vigore dal 1 giugno 2010, attualmente già firmata o ratificata da quasi tutti i membri del G20. Questa Convenzione, che all'epoca avevamo definito come INTERFIPOL, poiché, in sostanza, estendeva in favore delle autorità fiscali gli stessi strumenti che allora esistevano a favore dell'Interpol e delle autorità giudiziarie penali riguardo alla cooperazione internazionale in materia penale, prevede squadre comuni di inchiesta, indagini coordinate fra autorità di diversi Stati, la comunicazione spontanea caso per caso e, ma solo facoltativamente, anche lo scambio automatico di informazioni.⁸⁹

Sul piano del diritto interno svizzero, dal 1.8.2014 la legge federale svizzera sull'assistenza internazionale in materia fisco-

89 Poiché la suddetta Convenzione di Strasburgo 1988/2010 già prevede esplicitamente la possibilità della comunicazione spontanea, nonché anche quella dello scambio automatico di informazioni, per l'entrata in vigore di accordi con questo contenuto non sarà più necessario stipulare un vero e proprio accordo internazionale bilaterale. Basterà invece una Dichiarazione formale fra i due Stati interessati, a condizione però che, ovviamente, venga ratificata dai relativi Parlamenti. Da parte svizzera, è già stata firmata una Dichiarazione di questo genere con l'Australia, in data 3 marzo 2015.

le prevede anche le cosiddette rogatorie di gruppo⁹⁰, fondate su modelli di comportamento⁹¹, così come già collaudate in base al famoso Trattato bilaterale USA/Svizzera riguardante i clienti di UBS assoggettati alla sovranità fiscale USA. Inoltre, sempre dal 1.8.2014, è entrata in vigore anche la possibilità prevista dall'art. 15 cpv. 2 LAAF di vietare, su richiesta dell'autorità rogante e quando sussista fondato pericolo di collusione, l'informazione preventiva del contribuente estero toccato dalla domanda di cooperazione fiscale. Questi viene pertanto privato delle tipiche garanzie giudiziarie procedurali svizzere, come il diritto di venire a conoscenza del contenuto della rogatoria e il diritto di essere sentito nonché di presentare ricorso contro l'esecuzione della rogatoria.⁹²

90 Cfr. artt. 3c e 14a LAAF, che però si applicano soltanto ai fatti posteriori al 1.2.2013, data dell'entrata in vigore della medesima LAAF. Riguardo alla difficile differenziazione fra le rogatorie di gruppo, da una parte e, la cosiddetta *fishing expedition*, dall'altra parte, cfr. Simonek Madeleine, *Fishing expeditions in Steuersachen: Überlegungen zu den inhaltlichen Anforderungen an ein Amtshilfegesuch*, in Cavallo Angela et al., *Liber Amicorum für Andreas Donatsch: im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zürich, 2012, pag. 900.

91 Secondo l'art. 3 lett. c LAAF, si definisce come domanda raggruppata "una domanda di assistenza amministrativa con la quale si richiedono informazioni su più persone che hanno agito secondo lo stesso modello di comportamento e sono identificabili in base a indicazioni precise". Si veda come esempio concreto di applicazione quanto descritto dal capitolo 2.3.2 della *Road Map* approvata a Milano il 23.2.2015 "A group request based on the pattern of behavior of clients suspected of evading their tax obligations and deciding to close their financial position with the Swiss or Italian financial institutions after the date of the signature of the amending Protocol, or not closing their financial position, but substantially emptying their accounts, can be used, in conformity with the OECD standard, to identify such clients."

92 Permane la facoltà di presentare ricorso una volta che la persona interessata dalla trasmissione delle informazioni e dei documenti che la riguardano, ne abbia avuto conoscenza. Mediante questo ricorso a posteriori contro la decisione di trasmissione, può però essere chiesto unicamente l'accertamento della illiceità (art. 21a LAAF). Si tratta di una soddisfazione

Come noto, il Governo svizzero ha già preannunciato la disponibilità all'adesione al sistema dello scambio automatico generalizzato di informazioni previsto dall'OCSE⁹³, per cui è già stata prevista la raccolta di informazioni riguardanti le relazioni bancarie esistenti nel corso dell'anno 2017, in modo che siano disponibili per effettuare lo scambio automatico di informazioni con quei paesi a favore dei quali, non prima del 2018, la Svizzera avrà stipulato un accordo per lo scambio automatico di informazioni. Il Governo svizzero ha preannunciato che questo tipo di accordo bilaterale dovrà essere negoziato anzitutto con l'Unione europea ed i suoi paesi membri,⁹⁴ in secondo luogo con il gruppo di paesi con i quali sussistono relazioni economiche importanti e che daranno garanzia di rispettare il principio di reciprocità e il principio di specialità. Potranno quindi aggiungersi paesi appartenenti ad una terza categoria.

Secondo la Convenzione di Vienna sui trattati internazionali (art. 28), anche le norme previste dagli Accordi internazionali suddetti riguarderanno informazioni rela-

ne alquanto platonica, a meno che, una volta ottenuta la dichiarazione di illiceità da parte dell'autorità giudiziaria svizzera, la persona interessata possa ottenere, rivolgendosi alle autorità fiscali del proprio Paese, una dichiarazione di non utilizzabilità della documentazione già trasmessa per rogatoria.

93 Il 6.5.2014, in occasione della riunione annuale ministeriale dell'OCSE, 34 paesi membri dell'OCSE, compresa la Svizzera nonché altri Stati, hanno approvato una dichiarazione favorevole allo scambio automatico di informazioni in materia fiscale. Nel settembre 2014, in occasione della seduta dei Ministri delle finanze dei paesi del G20, l'OCSE ha presentato il comitato dettagliato del relativo "Common Standard Reporting (CSR)". Poiché la Svizzera ha firmato l'Accordo OCSE sullo scambio automatico di informazioni, in data 14.1.2015, è stato posto in consultazione il relativo avamprogetto di legge federale di applicazione. In data 19 marzo 2015 la Svizzera ha firmato analogo Accordo con l'UE.

94 L'Accordo con l'Unione Europea è stato paraferato dalla Svizzera in data 19 marzo 2015.

tive esclusivamente ai comportamenti successivi all'entrata in vigore di questi trattati. Anche la Convenzione di Strasburgo, firmata il 25.1.1988, ed il suo Protocollo Addizionale in vigore dal 1 giugno 2010⁹⁵, prevedono la sua applicabilità esclusivamente riguardo ai fatti successivi al 1. gennaio dell'anno seguente alla sua entrata in vigore. Altrettanto vale anche per gli Accordi bilaterali che saranno stipulati relativamente allo scambio automatico di informazioni in materia fiscale. Tutti questi accordi però, lasciano aperta esplicitamente anche la facoltà degli Stati contraenti di prevedere la loro applicabilità anche a comportamenti antecedenti all'entrata in vigore degli Accordi medesimi.

Per contro, le suddette norme svizzere di diritto interno hanno previsto limiti all'applicabilità retroattiva: le cosiddette rogatorie di gruppo e tutte le norme della Legge federale svizzera sulla cooperazione internazionale in materia fiscale possono riguardare comportamenti solamente successivi all'entrata in vigore della legge medesima, ossia successivi al 1.2.2013. Parimenti, la suddetta LASSI, messa in consultazione da parte del Consiglio federale svizzero il 22 ottobre 2014, sarà applicabile esclusivamente ai comportamenti successivi al periodo fiscale che inizierà il 1. gennaio dell'anno seguente alla nuova entrata in vigore di questa nuova Legge federale svizzera.

Ad accrescere il rischio per l'evasore fiscale di essere scoperto e quindi sanzionato dalle autorità competenti del proprio paese intervengono altri fattori indipendenti dalle iniziative di organizzazioni internazionali nonché dalle iniziative legislative unilaterali di singoli paesi nonché di singole autorità di singoli paesi, come per esempio:

- a) la vendita alle autorità fiscali di altri paesi di informazioni e documenti coperti dal segreto d'affari e dal

⁹⁵ La Convenzione di Strasburgo è stata firmata dal Consiglio federale svizzero in data 15.10.2013.

segreto bancario, che spesso vengono trasmessi anche alle autorità fiscali di altri paesi⁹⁶,

- b) la diffusione di informazioni e documenti protetti dal segreto bancario e d'affari, come è avvenuto per esempio da parte di Hervé Falciani, allora dipendente della HSBC Suisse di Ginevra nonché da parte dell'organizzazione che fornisce un pool internazionale di mass media ("offshore leaks"), la cui pubblicazione avvenne il 4.4.2013, per essere poi seguita dalla pubblicazione di dati riguardanti accordi fiscali di gruppi multinazionali con il Lussemburgo ("Luxembourg leak") in data 6 novembre 2014, e da quella con la valorizzazione e rielaborazione dei dati sottratti dal suddetto Falciani ("Swiss leaks") in data 9 febbraio 2015.

5. Prospettive

Come reagirà il mercato bancario e finanziario svizzero alla regolamentazione italiana prevista come "voluntary disclosure"? Il raffronto con l'esito di analoghe iniziative perfezionate in altri Stati non ci soccorre, poiché sono troppo diversi i fattori di giudizio. Infatti, per ogni cliente del sistema bancario svizzero l'analisi globale dei rischi da effettuarsi, possibilmente con la consulenza del professionista sperimentato in diritto nazionale e in diritto svizzero, è il risultato di numerose componenti, di carattere personale e professionale. Una di queste componenti, talvolta ancora trascurata, è costituita dalla messa in opera, parzialmente spontanea, della cosiddetta "strategia del denaro fiscalmente dichiarato" da parte delle banche

⁹⁶ Ciò è avvenuto specialmente a favore di autorità fiscali di singoli Länder tedeschi, per cui, il 12.12.2014, il Parlamento svizzero ha introdotto la pubblicazione non solo della sottrazione di dati ma anche della valorizzazione della loro sottrazione, mediante modifica delle norme che puniscono la violazione del segreto professionale nell'ambito delle relative leggi federali sul mercato finanziario, ossia l'art. 47 LBCR, l'art. 43 LBVM e l'art. 18 LICOL.

e degli altri intermediari finanziari operativi in Svizzera, come pure in altri paesi dello stesso livello di progresso e di efficienza giuridica.⁹⁷ Sorprende che molti clienti, residenti non in capo al mondo, ma in un paese confinante, si dichiarino sorpresi dall'impatto di una strategia preannunciata ormai da anni.

⁹⁷ Ciò sta avvenendo, per esempio, anche presso banche alle Bahamas, nel Principato del Liechtenstein, nel Principato di Monaco e a Singapore.