

NRCP 2005

**Nuova rivista
di diritto commerciale e
processuale**

www.commercialarbitration.ch

A cura di:

Avv. Maurizio Bernardi

Avv. Bruno Cocchi, giudice d'appello

Avv. Stefano Codoni, LL.M.

Avv. Aline Couchepin Romerio, notaio

Avv. Carlo Lombardini

Avv. Véronique Nebel, MICL, notaio

Avv. Francesco Trezzini, LL.M., pretore

Avv. Antonio Monti, LL.M., notaio

Avv. Francesco Wicki, LL.M., notaio

SEGRETO BANCARIO E ACCORDO DI SCHENGEN

ovvero

L'inutile precauzione

Francesco Naef

avvocato e notaio

INDICE:

I. INTRODUZIONE

II. I NEGOZIATI SVIZZERA - UNIONE EUROPEA

III. LA SOLUZIONE SVIZZERA: UNA DICHIARAZIONE UNILATERALE

IV. NATURA GIURIDICA ED EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE SVIZZERA

1. La dichiarazione non è una dichiarazione interpretativa comune
2. La dichiarazione non è una riserva al trattato
3. La dichiarazione non sembra una dichiarazione interpretativa unilaterale dell'art. 51 CAS
4. La dichiarazione è una mera dichiarazione informativa di carattere interno

V. INTERPRETAZIONE DELL'ART. 51 CAS

1. L'art. 51 CAS non è integralmente applicabile alla Svizzera
2. La seconda eccezione dell'art. 51 lett. a CAS

VI. APPLICAZIONE DELL'ART. 51 LETT. A CAS AL CASO SVIZZERA.

1. Situazione giuridica attuale
2. Situazione giuridica dopo le modifiche legislative previste: l'inutil precauzione
3. Situazione giuridica che permetterebbe d'invocare l'art. 51 lett. a CAS
4. Correttivo fondato sul principio di buona fede?

VII. CONCLUSIONI

I. INTRODUZIONE

"Il segreto bancario non è negoziabile", affermava il Consiglio federale svizzero all'inizio dei negoziati con l'Unione europea in merito ai c.d. Accordi Bilaterali II, vertenti sulla cooperazione nei settori della giustizia, della polizia, dei visti e dell'asilo (cioè sull'associazione della Svizzera ai trattati UE di Schengen/Dublino), sulla lotta contro la frode all'erario dell'UE, sulla fiscalità del risparmio, e su altri argomenti che qui non interessano.

Ora che detti Accordi Bilaterali II sono stati firmati, ratificati dal Parlamento svizzero, e presto dovranno affrontare lo scoglio della votazione popolare, sembra lecito chiedersi se lo spirito del mandato negoziale sovraccitato sia stato rispettato.

A dire del Consiglio federale, della stragrande maggioranza dell'Assemblea federale, e persino dell'Associazione svizzera dei banchieri, con i trattati in questione il segreto bancario sarebbe stato salvaguardato nel settore fondamentale della fiscalità diretta¹, e godrebbe ora persino di un'esplicita garanzia integrata nell'Accordo di associazione al trattato di Schengen².

¹ Messaggio del Consiglio federale 04.063 del 1° ottobre 2004 concernente l'approvazione degli Accordi bilaterali fra la Svizzera e l'Unione europea, inclusi gli atti legislativi relativi alla trasposizione degli Accordi («Accordi bilaterali II»), n. 1.3.6

² Spiegazioni del Consiglio federale sulla votazione popolare del 5 giugno 2005, p. 8

Tali chiare affermazioni sono certo molto confortanti, ed hanno sicuramente già fatto scorrere fiumi di Champagne e pacche di felicitazioni sulle spalle dei negozianti svizzeri, che sembrerebbero esser riusciti nell'impresa quasi impossibile di fare aderire la Svizzera al Trattato di Schengen salvaguardando nel contempo (e durevolmente) il segreto bancario.

Per chi ha però la mania di cercare di comprendere le cose col proprio cervello appare indispensabile procedere ad alcune verifiche, prima di festeggiare.

Ciò a maggior ragione considerato che, nell'ambito del dibattito parlamentare, qualche voce si è levata per mettere in dubbio - con argomenti non tanto politici quanto tecnico-giuridici - che il risultato raggiunto salvaguardasse il segreto bancario³. Risultato che sembra essere messo in dubbio pure da altre voci di diverso colore politico, secondo le quali si affermerebbe pomposamente che il segreto bancario viene assicurato legalmente in modo duraturo, mentre invece si tratterebbe di una "foglia di fico che si sfilaccerà prima di quanto non pensino i banchieri", costringendo quanto prima il settore bancario ad una riconversione⁴.

Da un punto di vista terminologico occorre precisare che non è in gioco il segreto bancario come istituzione, poiché i trattati in questione non impongono una modifica dell'art. 47 LBCR, il cui cpv. 4 prevede appunto che gli obblighi legali di dare informazioni all'autorità o di testimoniare in giudizio prevalgono sul segreto bancario. Detti trattati costituiscono appunto una nuova base legale che giustifica (ed impone) lo svincolo del banchiere dal segreto cui è tenuto nei confronti del suo cliente.

Ciò che è in gioco è il *contenuto concreto* del segreto bancario; ci si deve insomma chiedere se con i nuovi trattati sia stata preservata l'essenza del segreto bancario svizzero, o se al contrario sia stato sostanzialmente svuotato di contenuto.

La caratteristica principale (rispetto ad altri Paesi) del segreto bancario svizzero è certamente quella di essere opponibile, in linea di principio, non solo ai privati ma persino al fisco⁵: il fisco svizzero non può curiosare - né utilizzando misure coercitive quali perquisizioni o sequestri, né ottenendo direttamente (senza coercizione) informazioni dalla banca, che è appunto tenuta al segreto bancario - nei conti bancari del contribuente, ove sospetti che questi abbia commesso una (semplice) sottrazione d'imposta: il segreto cade solo in caso di vera e propria truffa fiscale. Si tratta di un principio che riflette la concezione svizzera dello Stato e dei rapporti (di fiducia) tra questo ed i suoi cittadini, oltre che il profondo contenuto che viene dato nel nostro Paese a quel diritto fondamentale che è il rispetto della sfera privata del cittadino.

Ed in virtù del principio di uguaglianza, ciò vale ovviamente sia per gli svizzeri che per gli stranieri. Corollario di tali principi è dunque l'esclusione dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia di semplici sottrazioni fiscali (art. 3 cpv. 3 AIMP⁶); ciò che, nei trattati internazionali sull'assistenza giudiziaria fino ad oggi conclusi dalla Svizzera, si è tradotto in un'esplicita disposizione od in una riserva, permettente appunto alla Svizzera di rifiutare l'assistenza in tale materia (ad es. art. 2 lett. a CEAG⁷).

Il problema è tutto qui. Leggendo i nuovi Accordi Bilaterali II, nella parte in cui trattano degli impegni assunti dalle Parti di concedersi assistenza giudiziaria o amministrativa reciproca, appare evidente che non vi è alcuna *esplicita* disposizione che *escluda* l'assistenza in materia di semplice sottrazione fiscale, o che *garantisca* esplicitamente il segreto bancario.

³ SCHMID-SUTTER, intervento alla seduta del 30 novembre 2004, Boll. Uff. CS 2004, p. 669; DAVID, intervento alla seduta del 30 novembre 2004, Boll. uff. CS 2004, p. 671

⁴ PEDRINA, Bilaterali II. Non è ancora un sì all'entrata nell'UE, in: Areasocialista 10.12.2004

⁵ RAPPO, Le secret bancaire, Berna 2002, n. 117

⁶ Legge federale del 20 marzo 1981 sull'assistenza internazionale in materia penale

⁷ Convenzione europea del 20 aprile 1959 di assistenza giudiziaria in materia penale

Al contrario, vi sono diverse disposizioni - in particolare del Trattato di Schengen⁸ - che implicano un obbligo di concedere assistenza in tale ambito.

Gli articoli 48 e segg. CAS disciplinano in particolare l'assistenza giudiziaria per i casi di violazione delle disposizioni legali e dei regolamenti in materia di imposte indirette (accise, imposta sul valore aggiunto, dazi), ed in particolare l'art. 50 CAS prevede esplicitamente l'obbligo per le Parti contraenti di prestarsi assistenza in tale ambito. Siccome non viene operata alcuna distinzione fra i casi di frode fiscale e quelli di evasione fiscale - contrariamente a quanto prevede il diritto svizzero - l'assistenza giudiziaria prevista negli articoli 48 e segg. CAS concerne tutti i reati commessi in materia di imposte indirette, e perciò anche la semplice sottrazione; in pratica, l'ampiezza dell'assistenza accordata in tali casi sarà piuttosto determinata da un altro Accordo bilaterale (quello sulla lotta alla frode), poiché quest'ultimo è ancora più favorevole all'assistenza⁹. Gli obblighi assunti dalla Svizzera in ambito di assistenza giudiziaria per le imposte indirette costituiscono dunque certamente una novità rilevante¹⁰.

Quale prima conclusione si può quindi già affermare che gli Accordi Bilaterali II svuotano di contenuto il segreto bancario svizzero in materia di imposte indirette.

Vi è poi da considerare l'evoluzione futura dell'acquis Schengen; infatti con l'AAS la Svizzera si è impegnata a recepire anche i nuovi sviluppi del diritto comunitario vertente su tale materia.

Ora, si sa già che l'art. 8 del Protocollo alla Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria dell'UE prevederà che non sarà più possibile rifiutare l'assistenza giudiziaria per il solo motivo che la domanda si riferisce ad un'infrazione di *natura fiscale*, e sostituirà l'art. 50 CAS. Dal momento della sua entrata in vigore l'assistenza dovrà dunque essere accordata anche nel settore della fiscalità diretta¹¹; tale evoluzione è stata sin d'ora accettata dalla Svizzera e si applicherà automaticamente, senza che sia necessario uno speciale atto legislativo per recepirla in diritto interno¹². In altre parole, l'AAS abroga la c.d. "eccezione fiscale".

Anche la Svizzera dovrà, da tale momento, accordare assistenza giudiziaria non solamente per i reati in materia di fiscalità indiretta, ma di principio anche per quelli in materia di *fiscalità diretta*¹³.

Come giustamente rilevato dal Consiglio federale, le disposizioni sull'assistenza giudiziaria degli articoli 48 e segg. CAS avranno tuttavia un'incidenza concreta sul segreto bancario unicamente nel caso di una domanda di assistenza giudiziaria relativa a perquisizioni e sequestri la cui esecuzione comporterebbe una violazione del segreto bancario.

Particolare rilevanza assume perciò l'art. 51 CAS, che prevede che la ricevibilità delle domande di assistenza giudiziaria la cui esecuzione implica misure coercitive quali perquisizioni o sequestri può essere subordinata a determinate condizioni. Più precisamente, detta disposizione prevede che la ricevibilità di una commissione rogatoria a scopo di perquisizione o di sequestro può essere subordinata unicamente alle seguenti condizioni:

- il fatto che ha dato luogo alla rogatoria è punibile con pena privativa della libertà di almeno 6 mesi conformemente al diritto sia della Parte richiedente sia della Parte richiesta (art. 51 lett. a);
- oppure il fatto che ha dato luogo alla rogatoria è punibile in base al diritto di una delle due Parti contraenti con una pena privativa della libertà di almeno 6 mesi e, in base al diritto dell'altra Parte contraente, a titolo di infrazione a regolamenti perseguita da autorità amministrative la cui decisione può dar luogo a ricorso davanti ad una giurisdizione competente in particolare in materia penale (art. 51 lett. a CAS);

⁸ per la precisione, le disposizioni sono contenute nel Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (CAS), e fanno parte del c.d. acquis comunitario che la Svizzera si è impegnata ad attuare ed applicare con la conclusione dell'Accordo del 26 ottobre 2004 riguardante l'associazione della Svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen (AAS)

⁹ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.3

¹⁰ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.1

¹¹ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.4.4.2

¹² Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.1

¹³ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.1

- oppure l'esecuzione della rogatoria è compatibile con il diritto della Parte contraente richiesta (art. 51 lett. b CAS).

Il quesito centrale è dunque l'interpretazione da dare all'art. 51 CAS. Se la Svizzera può fondatamente invocare una di queste condizioni per rifiutare l'assistenza in ambito di fiscalità diretta, il segreto bancario svizzero mantiene una sua portata in tale settore; nel caso contrario, invece, se ne dovrà concludere che il segreto bancario non ha più alcuna portata.

II. I NEGOZIATI SVIZZERA - UNIONE EUROPEA

Che l'art. 51 CAS fosse il punto centrale fu ben presto chiaro ai negoziatori. L'interpretazione di tale disposizione data dalle Parti ha infatti messo in luce una profonda differenza di vedute.

I negoziatori svizzeri, fondandosi essenzialmente sul tenore letterale della disposizione, hanno sostenuto che le due ipotesi per le quali lo Stato richiesto poteva rifiutare di dare seguito ad una rogatoria implicante misure coercitive erano alternative; lo Stato richiesto poteva dunque liberamente invocare l'una o l'altra.

In base a tale interpretazione la Svizzera non sarebbe obbligata a dare seguito ad una rogatoria implicante lesione del segreto bancario nell'ambito di una semplice sottrazione fiscale, poiché potrebbe invocare la prima delle eccezioni previste all'art. 51 lett. a CAS: una semplice sottrazione fiscale è infatti punita in Svizzera con una multa, e non con una pena detentiva di almeno 6 mesi¹⁴.

Secondo i negoziatori dell'UE invece, le due ipotesi erano sì - come indicato dal tenore letterale - alternative, ma solo in linea di principio, o meglio astrattamente; la questione a sapere se uno Stato possa invocarle andrebbe però risolta in concreto, ed in particolare alla luce delle riserve concretamente emesse dallo Stato richiesto in merito all'art. 5 lett. a CEAG, che pure trattava dei casi in cui lo Stato richiesto poteva rifiutare l'assistenza richiedente misure coercitive. Per l'art. 48 CAS infatti la CAS ha per scopo di *ampliare e facilitare* le possibilità di concedere assistenza giudiziaria previste dalla CEAG; le limitazioni previste dall'art. 51 lett. a CAS non potrebbero quindi essere invocate ove conducano, al contrario, a rendere più difficile l'assistenza giudiziaria. La Svizzera avendo, con la sua riserva ex art. 5 lett. a CEAG, dichiarato semplicemente di pretendere che, per l'adozione di misure coercitive, i fatti imputati siano punibili sia per il diritto estero che per quello svizzero, senza esigere una pena detentiva minima, non potrebbe oggi comunque invocare la prima ipotesi dell'art. 51 lett. a CAS, che appunto rende più difficile l'assistenza (esigendo una pena detentiva minima di almeno 6 mesi), ma solo la seconda, con la conseguenza che essa sarebbe tenuta a fornire assistenza anche per quelle infrazioni punite unicamente con la multa, come nel caso della sottrazione di un'imposta diretta¹⁵.

Comunque sia, i negoziatori hanno volutamente rinunciato a definire un'interpretazione dell'art. 51 CAS, vuoi perché ritenevano che la stessa fosse di competenza esclusiva degli organi giudiziari delle Parti, vuoi perché l'UE non intendeva concedere alla Svizzera un trattamento di favore permettendole di apporre una riserva al trattato o una dichiarazione interpretativa dell'acquis Schengen¹⁶, vuoi infine perché appariva impossibile risolvere tale divergenza di vedute, ciò che avrebbe portato a costatare un dissenso sugli accordi stessi.

Per giungere al risultato della firma degli Accordi Bilaterali II nonostante tale divergenza grave la Svizzera ha quindi deciso di intervenire piuttosto sulla sua legislazione interna, cercando di fare in modo che potesse rientrare nella seconda ipotesi dell'art. 51 lett. a CAS.

¹⁴ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, Das Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses im Abkommen zur Assoziierung der Schweiz an Schengen, AJP 2005, p. 164

¹⁵ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 164

¹⁶ Messaggio del Consiglio federale, op.cit. (n. 1), n. 2.6.8.4.3; JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 165

III. LA SOLUZIONE SVIZZERA: UNA DICHIARAZIONE UNILATERALE

Secondo la tesi svizzera, dal momento che in Svizzera le decisioni delle autorità sui reati d'evasione in materia di fiscalità diretta non possono essere impugnate davanti a una giurisdizione competente segnatamente in materia penale, la Svizzera non sarebbe tenuta, conformemente all'art. 51 lett. a seconda ipotesi CAS, a dare seguito alle commissioni rogatorie a scopo di perquisizione o di sequestro per reati d'evasione fiscale nel settore dell'imposizione diretta.

Infatti, in Svizzera le decisioni dell'amministrazione fiscale che infliggono una multa per un reato d'evasione in materia di fiscalità diretta potrebbero essere oggetto di ricorso soltanto davanti a un tribunale amministrativo, che non sarebbe da considerare come un tribunale competente segnatamente in materia penale ai sensi del CAS¹⁷.

Per chiarezza la Svizzera ha espresso tale tesi in una sua dichiarazione unilaterale acclusa all'Atto finale dell'AAS, con la quale ha affermato che "i reati fiscali nel settore dell'imposizione diretta, perseguiti dalle autorità svizzere, non possono dar luogo, al momento dell'entrata in vigore del presente accordo, ad un ricorso davanti ad un organo giurisdizionale competente, in particolare in materia penale".

Ancorché espressa come dichiarazione unilaterale svizzera, secondo il Consiglio federale questa esprimerebbe l'unanime volontà delle Parti al Trattato¹⁸, e non solo andrebbe tenuta in considerazione per l'interpretazione dello stesso ex art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVienna)¹⁹, ma comporterebbe una vera e propria finzione giuridica che impedirebbe qualsiasi altra interpretazione, garantendo alla Svizzera di potere sempre rifiutare l'applicazione di misure coercitive in ambito di sottrazione d'imposte dirette²⁰.

Visto però che i Cantoni di Berna e Giura costituirebbero un'eccezione alla tesi suesposta, poiché prevedono attualmente il ricorso a un tribunale penale, insieme all'AAS è stata prevista la modifica sia della LAID²¹(art. 57 bis), che della LIFD²²(art. 182), per precisare appunto che le decisioni delle autorità fiscali concernenti casi di sottrazione d'imposta sono impugnabili unicamente davanti ad autorità amministrative e autorità giudiziarie amministrative, la giurisdizione penale essendo esclusa. Dette nuove norme, imponendo ai Cantoni di adattare le proprie legislazioni fiscali in vista dell'entrata in vigore dell'AAS, garantirebbero che in caso di applicazione integrale dell'articolo 51 CAS l'assistenza giudiziaria per le perquisizioni e le confische legate a reati di sottrazione d'imposta in materia di imposte dirette sia esclusa in tutta la Svizzera²³.

Infine, affinché la Svizzera non debba accettare automaticamente un futuro sviluppo dell'acquis di Schengen che modifichi l'art. 51 CAS, è stata prevista una norma speciale. Per l'art. 7 par. 5 AAS, qualora in virtù di disposizioni di un nuovo atto o di una nuova misura il riconoscimento di un mandato di perquisizione o di sequestro concernente un reato di evasione fiscale nel settore della fiscalità diretta non possa più essere sottoposto alle condizioni dell'articolo 51 CAS, la Svizzera non dovrà recepire queste novità; le è pertanto accordato un «opt-out», ed in tal caso la denuncia dell'Accordo è esplicitamente esclusa.

Secondo il Consiglio federale la Svizzera avrebbe così ottenuto una norma d'eccezione illimitata nel tempo concernente il recepimento dei futuri sviluppi dell'acquis di Schengen riguardanti l'assistenza giudiziaria a scopo di perquisizione o di sequestro in relazione a delitti di evasione fiscale nel settore dell'imposizione diretta in base alla CAS²⁴: la Svizzera avrebbe così addirittura ottenuto un'esplicita garanzia illimitata del segreto bancario.

¹⁷ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.3

¹⁸ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.3

¹⁹ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.7.8

²⁰ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 171 nota 86

²¹ Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei comuni

²² Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta

²³ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 5.3.5.2

²⁴ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.3

IV. NATURA GIURIDICA ED EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE SVIZZERA

Come ricordato sopra, chi ha partecipato ai negoziati da parte svizzera sostiene²⁵ che tale dichiarazione comporterebbe una vera e propria *finzione giuridica* vincolante le Parti all'AAS, impedendo qualsiasi altra interpretazione: poco importa se ciò sia vero o falso, i tribunali svizzeri che giudicano in merito ad una multa fiscale per sottrazione d'imposte dirette non sono una giurisdizione competente in particolare in materia penale ai sensi dell'art. 51 lett. a CAS. Ergo, la Svizzera potrebbe sempre rifiutare l'applicazione di misure coercitive in ambito di sottrazione d'imposte dirette invocando l'art. 51 lett. a CAS.

Senza esprimersi così categoricamente, il Consiglio federale precisa comunque che la dichiarazione, anche se presentata come emanante unilateralmente dalla Svizzera, rifletterebbe in realtà la volontà unanime delle Parti, anche perché i plenipotenziari europei hanno confermato nell'Atto finale di averne preso atto²⁶; anche la citata dichiarazione farebbe dunque parte dell'AAS e dovrebbe essere presa in considerazione nell'interpretazione dello stesso ex art. 31 CVienna²⁷.

Purtroppo tali tesi appaiono infondate.

1. La dichiarazione non è una dichiarazione interpretativa comune.

Innanzitutto salta agli occhi che la dichiarazione in questione non è contenuta nel testo dell'accordo ma in quello dell'Atto finale, il cui testo chiaro la definisce non come una dichiarazione comune adottata dai plenipotenziari, bensì come *dichiarazione unilaterale* svizzera della quale questi hanno semplicemente *preso atto*. Inoltre è altrettanto evidente che nel testo della dichiarazione non è menzionato né il termine "interpretazione" o suoi sinonimi, né il verbo "significare" o suo sinonimi, né un riferimento esplicito all'art. 51 CAS.

Proprio lo svolgimento dei negoziati dimostra poi che la dichiarazione non esprime un'interpretazione comune delle Parti in merito all'art. 51 CAS. Come già ricordato infatti, le Parti *non* sono riuscite a mettersi d'accordo su di un'interpretazione comune di tale disposizione, ed i negoziatori dell'UE pare ritenessero anzi che, nel risultato, la sua corretta interpretazione obbligasse la Svizzera ad applicare misure coercitive anche in ambito di una sottrazione fiscale d'imposte dirette²⁸.

D'altra parte lo stesso Consiglio federale ammette che le Parti hanno volutamente *rinunciato* a definire un'interpretazione dell'art. 51 CAS²⁹, e ciò anche perché l'UE *non aveva la volontà politica* di stabilire un'interpretazione autentica e vincolante del trattato³⁰.

Infine giova rilevare che, da parte dell'UE, la dichiarazione svizzera non sembra essere stata recepita come atto degno di particolare attenzione. Tant'è che, nella sua Relazione sulla proposta di decisione del Consiglio UE relativo alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'AAS, la Commissione UE non ha fatto alcun commento a tale dichiarazione³¹.

Ora, se si fosse trattato di una comune dichiarazione interpretativa dell'art. 51 CAS la Commissione avrebbe certamente speso almeno una parola di commento.

²⁵ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 171 nota 86

²⁶ Messaggio del Consiglio federale, op.cit. (n. 1), n. 2.6.8.4.3

²⁷ Messaggio del Consiglio federale, op.cit. (n. 1), n. 2.6.7.8

²⁸ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 164

²⁹ Messaggio del Consiglio federale, op.cit. (n. 1), n. 2.6.8.4.3

³⁰ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 165, n. 48

³¹ doc. COM (2004) 593 def. del 14 settembre 2004, p. 6, ove appunto non vi è commento alla dichiarazione n. 4

Per tutti questi motivi è evidente che la dichiarazione in questione non contiene quella collettiva interpretazione autentica dell'AAS che, in virtù del principio *eius est interpretari cuius est condere*, possa vincolare le Parti, la Corte europea di Giustizia, ed il Tribunale federale svizzero³².

Di finzione giuridica non è quindi proprio il caso di parlare.

2. La dichiarazione non è una riserva al trattato.

Per puro scrupolo teorico, ci si potrebbe chiedere se la dichiarazione unilaterale svizzera costituisca una riserva all'AAS. È infatti generalmente riconosciuto che le c.d. dichiarazioni interpretative condizionali, vale a dire quelle dichiarazioni unilaterali espresse da una Parte contraente con le quali questa condiziona il suo consenso a vincolarsi al trattato ad una determinata interpretazione dello stesso³³, sono da assimilare a delle riserve e ne hanno i medesimi effetti³⁴.

Il quesito potrebbe risultare rilevante per valutare gli effetti giuridici di un eventuale mancata reazione da parte dell'UE esprimente dissenso dalla citata dichiarazione svizzera; in effetti, per l'art. 20 par. 5 CVienna in caso di mancata obiezione alla riserva nel termine di un anno questa si presume accettata. Tale regime giuridico si applica però appunto unicamente alle riserve, e non alle semplici dichiarazioni unilaterali interpretative³⁵.

L'ipotesi che la dichiarazione svizzera possa esser qualificata come una riserva può però essere esclusa già per motivi di principio. In effetti l'AAS è un trattato bilaterale, ed è generalmente riconosciuto che non ha senso parlare di riserva ad un trattato bilaterale, poiché la stessa non ha per solo scopo di modificare l'effetto giuridico delle disposizioni del trattato, ma tende a modificare il contenuto stesso di una disposizione dello stesso, e quindi è piuttosto un'offerta di procedere alla sua rinegoziazione; alla stessa non si applicano quindi le norme della CVienna sulle riserve³⁶.

Inoltre, la stessa non viene comunque definita dalla Svizzera come "riserva", né indica che il suo scopo sia di condizionare il proprio consenso a vincolarsi ad una determinata interpretazione dell'art. 51 CAS; al contrario, il Consiglio federale menziona tale dichiarazione tra quelle che mirano a confermare o precisare il senso dell'AAS o dell'acquis di Schengen ex art. 31 CVienna³⁷.

Del resto, l'ipotesi di formulare una riserva era stata esclusa a priori, i negoziatori svizzeri essendo ben consci che l'UE non era intenzionata ad accettare riserva alcuna³⁸.

Infine, vale comunque la pena di ricordare che l'art. 137 CAS esclude esplicitamente la formulazione di riserve. Quand'anche la dichiarazione svizzera potesse essere ritenuta una riserva, la stessa sarebbe illecita ai sensi dell'art. 19 lett. a CVienna, e dunque priva di effetti³⁹.

³² DAILLER/PELLET, *Droit international public*, Parigi 2002, n. 163, 165; COTTIER/PANNATIER, *Traité international*, IV, FJS 385, Ginevra 1995, p. 9

³³ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projets de directives concernant les réserves aux traités*, in: *Rapport C.D.I.*, Documents officiels de l'assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplement n. 10 (A/59/10), n. 1.2.1, p. 252

³⁴ DAILLER/PELLET, *op.cit.* (n. 32), n. 108-2; cfr. la Dichiarazione svizzera del 3 novembre 1999 alla sesta Commissione dell'Assemblea generale ONU, RSDIE 2000, p. 629; COTTIER/PANNATIER, *op.cit.* (n. 32), p. 12

³⁵ PERRIN, *Droit international public*, Zurigo 1999, p. 160, n. 2; SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano 1996, p. 241

³⁶ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *op.cit.* (n. 33), n. 1.5.1, p. 256; GENNARELLI, *Le riserve ai trattati internazionali*, Milano 2001, p. 61 segg.

³⁷ Messaggio del Consiglio federale, *op.cit.* (n. 1), n. 2.6.7.8

³⁸ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, *op.cit.* (n. 14), p. 165

³⁹ DTF 124 IV 234 c. 3a, 119 Ib 311 c. 6a

3. La dichiarazione non sembra una dichiarazione interpretativa unilaterale dell'art. 51 CAS
 Malgrado il Consiglio federale sembri menzionare la dichiarazione tra quelle presenti nell'Atto finale e che tendono a confermare o precisare il senso dell'AAS o dell'acquis di Schengen, si può seriamente dubitare che questa sia qualificabile di dichiarazione interpretativa unilaterale dell'art. 51 CAS, e che debba essere presa in considerazione per l'interpretazione del trattato ex art. 31 CVienna.

Da un lato infatti, come già evidenziato, nel testo della dichiarazione non è menzionato né il termine "interpretazione" o suoi sinonimi, né il verbo "significare" o suo sinonimi, né un riferimento esplicito all'art. 51 CAS.

Inoltre l'intenzione dei negoziatori svizzeri sembra esser stata appunto quella di lasciare irrisolto il quesito interpretativo sull'art. 51 CAS, impostando la soluzione unicamente sul *diritto interno* svizzero⁴⁰; come poi è stato effettivamente fatto, il decreto di ratifica del AAS contenendo anche la modifica di alcune disposizioni legali svizzere sulle imposte dirette.

Dall'altro, perché una dichiarazione interpretativa unilaterale possa essere presa in considerazione nell'ambito dell'interpretazione ex art. 31 CVienna è necessario che sia stata accettata dalla controparte, l'assenso dovendo portare non solo sulla sua attinenza al trattato ma anche sul contenuto stesso dell'interpretazione: la mancata reazione (più o meno immediata) alla dichiarazione altrui non costituisce di regola acquiescenza⁴¹. Un accordo con l'interpretazione unilaterale fornita da controparte può invece essere ravvisato nella pratica successivamente seguita dalle Parti, e quindi nel prolungato silenzio rispettivamente nella mancata opposizione al modo in cui la controparte applica il trattato⁴².

Nel caso della dichiarazione svizzera si è già osservato che non vi è stata accettazione da parte dell'UE ma semplice presa di conoscenza. Si può dunque non solo escludere la volontà dell'UE di accettarne e condividerne il contenuto, ma anche legittimamente dubitare della sua volontà di riconoscerla come riferita al trattato.

Inoltre, l'UE non sembrerebbe neppure avere ritenuto che la dichiarazione comportasse un'interpretazione dell'art. 51 CAS, visto che la Commissione UE non l'ha degnata del benché minimo commento nell'ambito della sua procedura interna per l'autorizzazione alla firma dell'AAS.

Il semplice silenzio in merito mantenuto dall'UE *al momento della firma* non può quindi ancora essere considerato come accettazione tacita, poiché l'UE non aveva alcun obbligo giuridico di reagire alla dichiarazione svizzera, manifestando eventualmente la sua diversa opinione in merito alle caratteristiche del diritto fiscale svizzero⁴³; del resto, parrebbe comunque averlo fatto persino precedentemente alla formulazione della citata dichiarazione, quando nei negoziati ha sostenuto la propria interpretazione dell'art. 51 CAS, precisando che questa aveva come risultato di obbligare la Svizzera a prestare assistenza anche per la semplice sottrazione d'imposte dirette⁴⁴.

Bisognerà quindi attendere di verificare, nella pratica applicazione del trattato (art. 31 n. 3 CVienna), come si comporterà l'UE; vale a dire se pretenderà o meno assistenza giudiziaria in materia d'imposte dirette.

Almeno per il momento quindi la dichiarazione svizzera non può essere ritenuta rilevante per l'interpretazione dell'art. 51 CAS ex art. 31 CVienna. A maggior ragione, come già indicato, non è proprio il caso di parlare di finzione giuridica.

4. La dichiarazione è una mera dichiarazione informativa di carattere interno.

In realtà, come già indicato, la dichiarazione appare riferita al solo diritto interno svizzero, unico elemento sul quale la Svizzera ha voluto intervenire.

⁴⁰ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 164-165

⁴¹ SAPIENZA, op.cit. (n. 35), p. 239-241

⁴² art. 31 n. 3 CVienna; GENNARELLI; op.cit. (n. 36), p. 117

⁴³ sulla nozione di acquiescenza cfr. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Parigi 2000, p. 347 segg.

⁴⁴ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 164

La stessa sembra perciò piuttosto assimilabile ad una dichiarazione informativa di carattere interno, senza effetti sull'interpretazione dell'AAS e del CAS⁴⁵.

Il suo unico scopo è probabilmente quello di evitare un futuro rimprovero - invero teoricamente ipotizzabile⁴⁶ - di avere violato il principio della buona fede tra Stati procedendo a delle modifiche del diritto interno, tra la firma e l'entrata in vigore del trattato, allo scopo di sottrarsi agli obblighi assunti⁴⁷.

Così definita, la dichiarazione svizzera non sembra poter avere grande influenza sull'interpretazione dell'AAS e dell'art. 51 CAS che, prima o poi, il Tribunale federale o la Corte europea di giustizia saranno chiamati a dare.

A prescindere dal contenuto della citata dichiarazione, se veramente i tribunali svizzeri giudicanti una multa fiscale per sottrazione d'imposte dirette non sono dei tribunali competenti in particolare in materia penale, allora il Tribunale federale deciderà che la Svizzera non è tenuta ad effettuare perquisizioni e sequestri bancari in tale ambito per conto di autorità estere; nel caso contrario, aprirà le porte alle rogatorie estere.

V. INTERPRETAZIONE DELL'ART. 51 CAS.

1. L'art. 51 CAS non è integralmente applicabile alla Svizzera.

Si è già ricordato che, nell'ambito dei negoziati, le Parti hanno constatato di non potersi accordare sull'interpretazione di tale disposizione, ed in particolare sul quesito a sapere se la Svizzera potesse invocare una o più delle eccezioni previste dalla stessa all'obbligo di fornire assistenza giudiziaria con applicazione di misure coercitive.

Come indicato sopra, la Svizzera sostiene di potere invocare, per rifiutare perquisizioni bancarie in ambito di fiscalità diretta, entrambe le eccezioni alternative previste dall'art. 51 lett. a CAS: una semplice sottrazione fiscale è infatti punita in Svizzera con una multa, e non con una pena detentiva di almeno 6 mesi, e comunque i tribunali che giudicano su tale multa sono amministrativi e non penali.

Per l'UE invece, le due ipotesi sono alternative solo in astratto, la questione a sapere se uno Stato possa invocarle dovendo però essere risolta in concreto, alla luce delle riserve concretamente emesse da ogni Stato alla CEAG, che il CAS ha per scopo di completare facilitando l'assistenza; le eccezioni previste dall'art. 51 CAS non potrebbero quindi essere invocate ove conducano a rendere più difficile l'assistenza giudiziaria. La Svizzera avendo, con la sua riserva ex art. 5 n. 1 lett. a CEAG, dichiarato semplicemente di pretendere che, per l'adozione di misure coercitive, i fatti imputati siano punibili sia per il diritto estero che per quello svizzero, senza esigere una pena detentiva minima, non potrebbe oggi comunque invocare la prima ipotesi dell'art. 51 lett. a CAS, che appunto rende più difficile l'assistenza (esigendo una pena detentiva minima di almeno 6 mesi), ma solo la seconda, con la conseguenza che essa sarebbe tenuta a fornire assistenza anche per quelle infrazioni punite unicamente con la multa, come nel caso della sottrazione di un'imposta diretta⁴⁸.

L'interpretazione dell'UE convince molto di più di quella svizzera perché, oltre a tenere comunque conto del tenore letterale della disposizione (riconoscendo la teorica alternatività delle eccezioni), considera anche lo scopo della CAS (interpretazione teleologica), e la sua relazione con la CEAG (interpretazione sistematica).

⁴⁵ GENNARELLI; op.cit. (n. 36), p. 89 segg.

⁴⁶ Art. 18 CVienna; KOLB, op. cit. (n. 43), p. 210; ODDENINO, Pacta sunt servanda e buona fede nell'applicazione dei trattati internazionali, Torino 2003, p. 105

⁴⁷ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 166

⁴⁸ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14) p. 164

Lo stesso Consiglio federale ammette infatti che scopo del CAS è l'ampliamento e non certo la riduzione delle possibilità di concedere assistenza giudiziaria previste dalla CEAG⁴⁹, e precisa che la cooperazione continua a fondarsi sulla CEAG *completata* (e quindi non sostituita) dal CAS⁵⁰. Di conseguenza è evidente che l'art. 51 CAS *limita* le possibilità per uno Stato di apporre delle riserve alla CEAG⁵¹, e non intende certo ampliarle, visto che mira a facilitare la cooperazione e non a farle fare dei passi indietro⁵²; ciò che è specificato anche dall'art. 48 cpv. 2 CAS, che riserva appunto gli accordi bilaterali più favorevoli.

La Svizzera avendo apposto una sola delle tre riserve previste dall'art. 5 CEAG, esigendo semplicemente la doppia punibilità ma senza specificare il tipo di pena (art. 5 n. 1 lett. a CEAG), tale ipotesi appare più favorevole alla cooperazione giudiziaria di quella prevista dalla prima ipotesi dell'art. 51 lett. a CAS, e quindi prevale su quest'ultima.

Del resto, tale interpretazione trova fondamento anche sul principio del *favor rogatoriae* - sempre applicato dal Tribunale federale⁵³ - secondo il quale nell'ambito della cooperazione giudiziaria internazionale prevale sempre la regola più favorevole all'assistenza, sia essa di diritto internazionale o interno.

Che questa sia l'interpretazione più corretta sembra inoltre confermato dallo stesso atteggiamento delle Parti, che non sembrano aver prestato alcuna attenzione all'art. 51 lett. b CAS. Ciò che è curioso, visto che in tale disposizione è prevista la terza eccezione all'obbligo di collaborazione, identica a quella prevista dall'art. 5 n. 1 lett. c CEAG: la perquisizione può esser rifiutata se non è compatibile col diritto dello Stato richiesto. Il ricorso a tale eccezione avrebbe permesso di risolvere ogni diatriba, perché questa premetterebbe alla Svizzera di rifiutare le perquisizioni bancarie in caso d'incompatibilità col diritto interno, e cioè quando detta perquisizione non sarebbe stata possibile in un analogo caso interno⁵⁴; e non vi è dubbio alcuno che dette perquisizioni in un caso di evasione nella fiscalità diretta non sarebbero compatibili col diritto interno, ed in particolare né con l'eccezione fiscale prevista dall'art. 3 cpv. 3 AIMP, né con i Codici di procedura penale cantonali, che appunto non permettono al fisco svizzero di ottenere perquisizioni bancarie in casi di semplice sottrazione d'imposta.

Se tale eccezione prevista dall'art. 51 lett. b CAS non è stata neanche presa in considerazione è proprio perché la Svizzera non aveva espresso l'identica riserva ex art. 5 n. 1 lett. c CEAG; le Parti hanno dunque tacitamente riconosciuto che la Svizzera può invocare le eccezioni previste dall'art. 51 CAS solo nella misura in cui queste siano più favorevoli all'assistenza rispetto alle riserve concretamente formulate alla CEAG.

Considerato tutto ciò, la Svizzera potrebbe assoggettare l'esecuzione di misure coercitive al solo requisito della doppia punibilità (riservato ex art. 5 n. 1 lett. a CEAG). Visto che la sottrazione d'imposta nell'ambito della fiscalità diretta è appunto punibile pure in Svizzera (anche se solo come contravvenzione, e quindi con una multa), il requisito sarà adempiuto anche per una semplice sottrazione d'imposte dirette⁵⁵. L'eccezione di doppia punibilità non permetterà quindi alla Svizzera di rifiutare perquisizioni bancarie in queste materie.

⁴⁹ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.2

⁵⁰ Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.4.4.1

⁵¹ cfr. Dichiarazione della Svizzera n. 3 acclusa all'Atto finale dell'AAS; SCHOMBURG/LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Monaco 1998, ad art. 51 SDÜ

⁵² SCHOMBURG/LAGODNY, op. cit. (n. 51), ad art. 48 SDÜ, n. 1

⁵³ è il famoso „Günstigkeitsprinzip“, cfr. DTF 122 II 140 consid. 2

⁵⁴ l'art. 5 n. 1 lett. c CEAG fa infatti riferimento ad i criteri materiali di diritto interno per l'applicazione delle misure coercitive, al contrario dell'art. 3 CEAG che impone unicamente il rispetto delle regole di forma dello Stato richiesto, DTF 99 Ia 78 consid. 5; HAAS, *Die Schengener Abkommen und ihre strafprozessualen Implikationen*, Vienna 2001, p. 104; simile disposizione si ritrova anche in altre Convenzioni internazionali, cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif sur la Convention relative au blanchiment, au dépitage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du* 8.11.1990, n. 67.

⁵⁵ anche un'infrazione punita con una sanzione pecuniaria rientra infatti nel campo d'applicazione dell'assistenza in materia penale, MARKEES, *Entraide internationale en matière pénale*, FJS 421, Ginevra 1982, p. 9; Messaggio del Consiglio federale 9423 del 1 marzo 1966 concernente l'approvazione di sei convenzioni del Consiglio d'Europa, ad art. 1 CEAG, p. 19; Messaggio del Consiglio federale 03.025 del 26 marzo 2003 concernete il Secondo Protocollo addizionale

Non è infatti tanto il principio di doppia punibilità che impedisce l'applicazione di misure coercitive in tale ambito, quanto quello dell'esclusione della collaborazione per i reati fiscali (art. 2 lett. a CEAG)⁵⁶, che appunto però non esiste (rispettivamente non esisterà) più nel CAS.

Per gli stessi motivi, visto che la seconda ipotesi dell'art. 51 lett. a CAS sembra non fare altro che ribadire il principio di doppia punibilità⁵⁷, ci si potrebbe persino chiedere se abbia portata alcuna per la Svizzera, considerato che la doppia punibilità è data anche per la semplice sottrazione d'imposte dirette.

Per completezza, e visto che tutto il castello difensivo del segreto bancario svizzero parrebbe fondarsi su tale eccezione, vale comunque la pena di esaminare il quesito.

2. La seconda eccezione dell'art. 51 lett. a CAS.

Per tale disposizione, le misure coercitive quali perquisizioni o sequestri possono essere subordinate unicamente a che il fatto che ha dato luogo alla rogatoria sia punibile in base al diritto di una delle due Parti contraenti (in ipotesi, uno Stato UE) con una pena privativa della libertà di almeno 6 mesi e, in base al diritto dell'altra Parte contraente (in ipotesi, la Svizzera) a titolo di infrazione a regolamenti perseguita da autorità amministrative la cui decisione può dar luogo a ricorso davanti ad una giurisdizione competente in particolare in materia penale.

Dal tenore letterale si desume innanzitutto che i fatti per i quali s'indaga all'estero devono costituire un'infrazione, ma non necessariamente a norme del Codice penale: un'infrazione a *norme regolamentarie* è, di principio, sufficiente.

Si esige però che, prima o poi, su tali infrazioni si pronunci *un giudice*; non si deve trattare di un giudice specializzato in materia penale, ma competente *anche* in tale campo. Il testo tedesco è chiarissimo: basta si tratti di un "*auch in Strafsachen zuständiges Gericht*".

Per andare più a fondo nell'interpretazione del testo sarebbe utile disporre di un Rapporto esplicativo del CAS, che però non esiste. Ci si può però riferire a quelli di altre convenzioni europee che contengono la medesima formulazione - lasciata immutata proprio perché fosse interpretata esattamente come quella del CAS - come la CAG-UE⁵⁸ od il ProtII-CEAG⁵⁹.

Si scopre così che, con tali disposizioni, si è inteso estendere il campo di applicazione delle Convenzioni all'insieme del *diritto penale amministrativo*⁶⁰, e cioè non solo per indagini in materia penale, ma anche per indagini su atti che sono punibili con talune *sanzioni amministrative*⁶¹. È perciò sufficiente che i fatti in questione costituiscano un'infrazione a *norme di diritto*, anche se perseguite inizialmente da autorità amministra-

alla CEAG, n. 2.2.1, p. 2794; cfr. anche BERNASCONI, La trasmissione di mezzi di prova dalla Svizzera all'estero per il perseguimento di reati - tendenze recenti, in: Assistenza giudiziaria internazionale in materia civile, penale, amministrativa ed esecutiva, Lugano 1999, p. 69, ove ritiene adempiuto il requisito della doppia punibilità anche in riferimento all'omissione di comunicazione in caso di sospetto di riciclaggio ex art. 37 LRD, punita appunto solo con una multa

⁵⁶ cfr. Messaggio del Consiglio federale 9423 del 1 marzo 1966 op.cit. (n. 55), ad art. 5 CEAG, p. 28; Messaggio del Consiglio federale 03.025 del 26 marzo 2003 op.cit. (n. 55), n. 2.2.1, p. 2795; cfr. anche ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berna 2004, n. 418, p. 457

⁵⁷ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 163

⁵⁸ art. 3 Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea

⁵⁹ art. 1 Secondo Protocollo addizionale alla CEAG del 8 novembre 2001

⁶⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, n. 15

⁶¹ CONSIGLIO UE, Relazione esplicativa sulla Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, GU C379 del 29.12.2000, p. 7 segg., ad art. 3; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport op.cit. (n. 60), n. 21

tive, purché contro la loro decisione possa essere proposto ricorso innanzi ad una giurisdizione competente in particolare in materia penale⁶².

Scopo di tale formulazione è di estendere l'assistenza giudiziaria in particolare alle "Ordnungswidrigkeiten" del diritto tedesco, reati *non* classificati come penali e puniti con *ammende* comminate da autorità amministrative⁶³. Siccome però il diritto penale amministrativo è sconosciuto in taluni Paesi, tale nozione non ha potuto trovare una definizione comune, e si è fatto ricorso ad una descrizione della stessa. Il richiamo alla competenza *penale* della giurisdizione di ricorso è stato inserito per evitare che si applicasse a procedure esclusivamente amministrative, oggetto peraltro di altre Convenzioni europee⁶⁴; ciò comprende dunque tutti quegli atti che sono stati in certi Paesi decriminalizzati col ricorso alla procedura amministrativa, ma per i quali non si è comunque rinunciato totalmente a comminare una *sanzione*⁶⁵.

È interessante notare poi che, nell'ambito della CAG-UE, la competente Commissione del Parlamento europeo aveva cercato di ottenere degli emendamenti alla disposizione in questione – specificando che le infrazioni dovevano essere violazioni di norme del *diritto penale*, e che le decisioni dovevano essere impugnabili con un *ricorso penale* – desiderando limitare il campo di applicazione alla materia penale⁶⁶. Tali emendamenti, che avrebbero quindi escluso il diritto penale amministrativo, non sono stati però in nessun modo recepiti nella versione finale della Convenzione.

Infine è stato confermato che il riferimento alla possibilità di ricorso innanzi ad una giurisdizione competente *in particolare* in materia penale⁶⁷, significa che tale tribunale non deve essere competente *esclusivamente* in materia penale, non deve necessariamente trattare *solo* casi penali⁶⁸.

Considerato poi che il ProtII-CEAG, contenente simile formulazione, è già in vigore per la Svizzera appare di sicuro interesse l'interpretazione che ne ha dato il Consiglio federale nell'ambito della procedura di ratifica. Tale interpretazione è stata sostanzialmente identica a quella dei citati rapporti esplicativi, essendo stato ribadito che la disposizione mira a coprire tutti i procedimenti in relazione ad infrazioni a *norme di diritto*, che si tratti di reati o di *contravvenzioni*, in particolare alle violazioni della circolazione stradale, e che il ricorso deve essere dato ad un tribunale la cui competenza *non deve necessariamente limitarsi a casi di diritto penale*.

A tale proposito, per evidenziare che sostanzialmente vigeva già una simile prassi in Svizzera, si è osservato che anche secondo la giurisprudenza del Tribunale federale le condizioni necessarie per la cooperazione con un'autorità amministrativa sono soddisfatte quando quest'ultima può condurre inchieste relative ad un reato e proporre, una volta terminata l'inchiesta, l'apertura di un procedimento giudiziario suscettibile di *sfociare in una condanna penale*⁶⁹.

Poiché vi era la consapevolezza che detta apertura alla collaborazione con autorità amministrative avrebbe compreso, *di principio*, anche le autorità fiscali estere è stato precisato che l'obbligo di collaborare in un caso di semplice sottrazione d'imposta rimaneva escluso in virtù di *altra disposizione*: quella menzionata all'art. 2 lett. a CEAG che permette di rifiutare l'assistenza per reati fiscali⁷⁰.

⁶² CONSIGLIO UE, Relazione esplicativa op. cit. (n. 61), ad art. 3

⁶³ CONSIGLIO UE, Relazione esplicativa op. cit. (n. 61), ad art. 3; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport op.cit. (n. 60), n. 20

⁶⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport op.cit. (n. 60), n. 22, 24

⁶⁵ JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 163

⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Relazione 31.1.2000 della Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni, doc. PE 232.057, ad art. 2

⁶⁷ riferimento che, in certe lingue, può non essere di immediata comprensione, cfr. MC CLEAN, International Co-operation in civil and criminal matters, New York 2002, p. 226, nota 286

⁶⁸ CONSIGLIO UE, Relazione esplicativa op. cit. (n. 61), ad art. 3; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport op.cit. (n. 60), n. 23

⁶⁹ Messaggio del Consiglio federale 03.025 del 26 marzo 2003 op.cit (n. 55), n. 2.2.1, p. 2794; DTF 123 II 161 consid. 3a, 118 Ib 457

⁷⁰ Messaggio del Consiglio federale 03.025 del 26 marzo 2003 op.cit (n. 55), n. 2.2.1, p. 2795

Eccezione fiscale che però, come già ricordato, verrà con l'AAS a cadere sia per la fiscalità diretta che indiretta.

Infine, considerato che, come ricordato sopra, la formulazione utilizzata nelle Convenzioni citate ha per scopo di estenderne l'applicazione alle procedure tedesche rette della OWiG⁷¹, e che il tenore letterale sembra essere stato ispirato proprio dal § 1 Abs. 2 IRG⁷², uno sguardo al diritto tedesco è di ausilio per l'interpretazione.

In tal modo si scopre che, per il diritto tedesco, l'assistenza giudiziaria viene concessa se si tratta di un caso penale, ove per penale si intende una procedura che ha (o può avere) *per scopo di comminare una sanzione penale*, com'è appunto il caso per le "Ordnungswidrigkeiten"⁷³, che prevedono unicamente *sanzioni pecuniarie*⁷⁴.

Tale definizione permette in particolare di distinguere tra l'assistenza giudiziaria in casi di diritto *penale fiscale*, dall'assistenza giudiziaria od amministrativa in casi di diritto *fiscale amministrativo*: l'IRG vale solo per i primi⁷⁵.

In conclusione, la formulazione utilizzata dall'art. 51 lett. a CAS significa che le perquisizioni bancarie non potranno essere rifiutate se la procedura pendente all'estero verte su fatti che, si fossero svolti in Svizzera, sarebbero costitutivi di una contravvenzione ed oggetto quindi di una sanzione penale, anche se solo pecuniaria, purché questa sia impugnabile davanti ad un tribunale⁷⁶.

Il richiamo alla competenza penale del tribunale non esclude il diritto penale amministrativo, né esige che detto tribunale tratti solo casi di diritto penale⁷⁷, e quindi faccia organicamente parte della giustizia penale. L'aggettivo "penale" sta solo a significare che, scopo della procedura, deve essere di *comminare una sanzione* al reo; ciò non è il caso ove la procedura miri unicamente ad uno scopo amministrativo, come ad esempio ad accertare un reddito imponibile o a recuperare un'imposta sottratta.

Come visto, la Svizzera ha dichiarato che, quando l'AAS entrerà in vigore, ciò non sarà il caso per il diritto svizzero nell'ambito di una procedura di multa per sottrazione d'imposte dirette, poiché tale multa non sarebbe impugnabile innanzi ad organo giurisdizionale competente, in particolare in materia penale.

È questa la linea (interna) sulla quale si è arroccata la difesa svizzera del segreto bancario. Ma si tratta di una linea del Piave, o piuttosto di una linea Maginot?

VI. APPLICAZIONE DELL'ART. 51 LETT. A CAS AL CASO SVIZZERA.

1. Situazione giuridica attuale.

Ove si sospetti che un contribuente svizzero abbia intenzionalmente o per negligenza sottratto un'imposta diretta vengono aperte in Svizzera due procedure, spesso connesse: una tendente al recupero dell'imposta sottratta (art. 151 LIFD; art. 53 LAID), l'altra avente per scopo di infliggere una multa al contribuente (art. 175 LIFD; art. 56 LAID).

⁷¹ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968

⁷² Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 23.12.1982: "Strafrechtliche Angelegenheiten im Sinne dieses Gesetzes sind auch Verfahren wegen einer Tat, die nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit mit Geldbusse oder die nach ausländischem Recht mit einer vergleichbaren Sanktion bedroht ist, sofern über deren Festsetzung ein auch für Strafsachen zuständiges Gericht entschieden kann"

⁷³ SCHOMBURG/LAGODNY, op. cit. (n. 51), ad § 59 IRG, n. 9

⁷⁴ § 1 OWiG

⁷⁵ SCHOMBURG/LAGODNY, op. cit. (n. 51), ad § 1 n. 4, ad § 59 IRG, n. 10

⁷⁶ cfr. anche FONTANAUD, Les accords de Schengen, in: Problèmes politiques et sociaux, n. 763-764, 1996, p. 57, ove sottolinea che l'assistenza si estende ormai alle infrazioni amministrative suscettibili di un ricorso giudiziario

⁷⁷ come sembrano sostenere JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 166

Per quanto riguarda la prima procedura, è pacifico che si tratti di una procedura puramente amministrativa e non penale fiscale, poiché mira unicamente a fare correggere una tassazione che risulta insufficiente, compensando una minor imposizione a prescindere da qualsiasi colpa, intenzionalità o semplice negligenza del contribuente: il recupero d'imposta non avendo alcun fine sanzionatorio non ha carattere penale⁷⁸.

Per quanto riguarda la seconda, la risposta è stata fino ad una quindicina di anni fa meno certa, essendo controversa la natura giuridica della multa fiscale. La multa per sottrazione era infatti talvolta considerata come una specie di sanzione sui generis in cui confluivano elementi punitivi ma anche di risarcimento danni; tale natura ibrida si rifletteva anche sulla procedura amministrativa applicabile, ispirata alla procedura di tassazione e non a quella penale.

Oggi la situazione è stata però definitivamente chiarita, sia in dottrina che in giurisprudenza⁷⁹: la multa per sottrazione d'imposta o per la violazione degli obblighi procedurali non ha carattere di risarcimento danni ma esclusivamente funzione sanzionatoria e di prevenzione generale, ed è perciò una pena vera e propria⁸⁰, con la conseguenza che alla stessa devono trovare applicazione i principi del diritto materiale e di quello processuale penale⁸¹.

A livello processuale detti principi sono, oltre quelli previsti generalmente in ogni procedura davanti ad autorità giudiziarie o amministrative, anche quelli specificamente garantiti ad un accusato penale dall'art. 6 n. 2 e 6 n. 3 CEDU e dall'art. 32 Cost. Non si tratta dunque unicamente della garanzia del ricorso ad un tribunale indipendente ed imparziale⁸², che esiste anche in ambito puramente amministrativo, ma anche degli altri principi fondamentali della procedura penale, quali il principio accusatorio e la connessa immutabilità dell'accusa⁸³, il principio della presunzione d'innocenza, il diritto di tacere per non autoincriminarsi, quello ad avere un giudizio pubblico, quello ad essere sentito oralmente, ed altri ancora⁸⁴.

Accertata la natura di vera e propria sanzione penale della multa fiscale svizzera per sottrazione d'imposte dirette, la stessa costituisce evidentemente quella sanzione penale che, se impugnabile davanti ad un tribunale, impone ex l'art. 51 lett. a CAS l'accoglimento di rogatorie estere anche in tale materia. Considerato che in Svizzera, in virtù dell'art. 6 CEDU, contro tale multa il contribuente può sempre ricorrere ad un tribunale, tutte le condizioni risultano adempiute: quel tribunale è infatti una giurisdizione competente in particolare in materia penale.

La tesi contraria del Consiglio federale, secondo cui i tribunali amministrativi giudicanti le multe per sottrazione d'imposta non sarebbero dei tribunali competenti in particolare in materia penale⁸⁵ è insostenibile, perché nega la natura penale della multa fiscale e quindi il suo carattere di accusa penale, che invece è pacifico sia in diritto svizzero, che dal punto di vista della CEDU⁸⁶.

⁷⁸ sentenza del Tribunale federale 2P.34/2004 e 2A.67/2004 del 17 febbraio 2005 consid. 4.2 con rif.; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Handkommentar zum DBG, Zurigo 2003, ad art. 151 LIFD, n. 4; ALLIDI/CASELLA, Le contravvenzioni ed i delitti fiscali nel diritto federale svizzero e nel diritto cantonale ticinese, in: *Lezioni di diritto fiscale svizzero*, Bellinzona 1999, p. 351; Rapport de la Commission d'experts pour une loi fédérale sur le droit pénal fiscal et sur l'entraide administrative internationale en matière fiscale, p. 14

⁷⁹ MINI, La compatibilità di alcune disposizioni di diritto fiscale penale svizzero con la CEDU, RTD II-2004, p. 488 con rif.

⁸⁰ DTF 121 II 257, 119 Ib 311

⁸¹ RDAT II-2003, n. 13t, consid. 3.3; RICHNER/FREI/KAUFMANN, op.cit. (n. 78), VB zu Art. 174-195 n. 6, ad Art. 175 n. 12-14; PEDROLI, Le norme penali delle nuove leggi sulle imposte dirette, RDAT II-1996, p. 481

⁸² come affermato da JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 165-166

⁸³ DTF 126 I 19 consid. 2a, 120 IV 348; SIEBER, Kommentar zum Schweizerische Steuerrecht, I/2b, Basilea 2000, ad art. 182 LIFD, n. 96; RICHNER/FREI/KAUFMANN, op.cit. (n. 78), ad art. 182 LIFD, n. 1

⁸⁴ RICHNER/FREI/KAUFMANN, op.cit. (n. 78), ad art. 182 LIFD, n. 50, 66, 87, 114; RICHNER, Wandel und Tendenzen im zürcher Steuerhinterziehungsrecht, ASA 61, p. 570 segg.; ZWEIFEL, Das rechtliches Gehör im Steuerhinterziehungsverfahren, ASA 60, p. 462 segg.; cfr. anche Rapport de la Commission d'experts op.cit. (n. 78), p. 62 segg.

⁸⁵ Messaggio del Consiglio federale, op.cit. (n. 1), n. 2.6.8.4.3

⁸⁶ BARTOLE/CONFORTI/RAIMONDI, Commentario alla CEDU, Milano 2001, ad art. 6, n. 2.2.1.1

Infatti un tribunale penale non si distingue da un altro perché i suoi giudici sono vestiti di nero, perché hanno un'espressione molto seria, o perché portano parrucche incipriate; determinante è invece solo che, come precisato letteralmente dallo stesso art. 51 lett. a CAS, sia competente in materia penale, cioè giudichi in merito ad un'accusa penale - vale a dire dei fatti per i quali può essere comminata una pena - nell'ambito di una procedura penale⁸⁷. Poiché, come visto, una multa fiscale svizzera per sottrazione d'imposta è "un'accusa penale" ai sensi del diritto interno e della CEDU, considerato che non vi è il benché minimo motivo per non ritenerla "accusa penale" anche ai fini dell'assistenza giudiziaria internazionale⁸⁸ e quindi sensi del CAS, e visto infine che, in ossequio agli art. 6 n. 2 e 6 n.3 CEDU e 32 Cost, la stessa viene giudicata in una procedura che deve rispettare i principi fondamentali della procedura penale, il tribunale che la esamina non può che essere un tribunale competente in materia penale.

Né si può obiettare che il richiamo nell'art. 51 CAS ad una competenza *penale* risulterebbe inutile, se ogni tribunale giudicante una multa fosse da considerare automaticamente un tribunale penale⁸⁹. Scopo della formulazione è infatti di estendere l'assistenza a tutto il campo del diritto penale amministrativo, ma non a quello (solo) amministrativo; l'aggettivo penale è dunque utile proprio per operare tale distinzione⁹⁰. L'assistenza si estende quindi, ad esempio, solo a quelle procedure che hanno per scopo di comminare una sanzione del diritto fiscale penale, e non a quelle che mirano unicamente a recuperare l'imposta sottratta.

In conclusione, nello stato attuale del diritto fiscale interno, la Svizzera non potrebbe invocare l'art. 51 lett. a CAS per rifiutare perquisizioni bancarie a favore di in un procedimento estero per sottrazione d'imposte dirette, perché in un simile caso anche in Svizzera il contribuente è punibile con una multa, che può esser impugnata innanzi ad un tribunale (anche) penale.

2. Situazione giuridica dopo le modifiche legislative previste: l'inutile precauzione.

Per adattare il diritto svizzero in modo da essere sicuri di non dovere prestare assistenza in materia di sottrazione d'imposte dirette è prevista la modifica di talune norme fiscali, che entrerebbero in vigore assieme all'AAS. In sostanza viene modificato l'art. 182 LIFD ed inserito un nuovo art. 57bis LAID che trattano della procedura concernente la multa fiscale; dagli stessi viene eliminato l'aggettivo "penale", viene precisato che "la giurisdizione penale è esclusa", e si rinvia per la procedura a quella di tassazione (amministrativa). Con tali modifiche insomma si è cercato di rendere veritiera la dichiarazione unilaterale svizzera espressa nell'Atto finale di cui si è parlato sopra.

Tali adattamenti estetici non hanno però nessun effetto utile.

La natura penale della multa fiscale deriva infatti dal suo scopo che è e rimane sanzionatorio e di prevenzione generale. Il fatto che dalla decisione che la commina venga sbianchettato l'aggettivo penale non è perciò ovviamente atto a modificarne la vera natura.

Stabilendo poi che per il ricorso è esclusa la giurisdizione penale non si fa altro che porre una regola di organizzazione giudiziaria, che però non può influire sull'art. 51 CAS. Può darsi che in tal modo si escluda che della fattispecie si possa occupare un tribunale che l'organizzazione giudiziaria qualifica di penale perché tratta *unicamente* casi penali (e magari perché i suoi giudici portano la parrucca e la veste nera), ma ciò è irrilevante ai fini della citata norma del CAS che, esplicitamente, non richiede un tribunale competente solo in ambito penale, bensì *anche* in ambito penale. I tribunali amministrativi che si occuperanno della multa fiscale, che è e rimane una pena, continueranno dunque ad essere *competenti in particolare in ambito penale*, continueranno ad essere *materialmente* dei tribunali (anche) penali.

⁸⁷ così esplicitamente anche JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 166

⁸⁸ MOREILLON, *Entraide internationale en matière pénale*, Basilea 2004, Introduction générale, n. 110

⁸⁹ così JAMETTI GREINER/PFENNINGER, op.cit. (n. 14), p. 166

⁹⁰ SCHOMBURG/LAGODNY, op. cit. (n. 51), ad § 1 n. 4, ad § 59 IRG, n. 10

Anche dopo le modifiche legislative proposte la dichiarazione unilaterale svizzera risulterà chiaramente contraria alla realtà, e priva perciò di effetto. La Svizzera sarà tenuta a concedere perquisizioni bancarie anche in ambito di fiscalità diretta.

3. Situazione giuridica che permetterebbe d'invocare l'art. 51 lett. a CAS.

In realtà vi sarebbe stata una modifica del diritto interno che avrebbe avuto per effetto di permettere alla Svizzera di rifiutare le perquisizioni bancarie nell'ambito della fiscalità diretta.

Come già osservato, tale disposizione del CAS si estende a quelle fattispecie per le quali il legislatore, pur decriminalizzandole facendole rientrare nel diritto penale amministrativo, non ha voluto prescindere da ogni sanzione; non si applica invece a quelle procedure che non hanno alcun fine sanzionatorio, e che rientrano dunque nel puro diritto amministrativo, come la procedura di recupero d'imposta.

Sarebbe dunque stato necessario - prima dell'entrata in vigore dell'AAS⁹¹ - modificare le leggi fiscali svizzere prevedendo che, in caso di sottrazione d'imposte dirette, venisse aperta unicamente una procedura per recupero dell'imposta sottratta, escludendo invece qualsiasi procedura avente per scopo di comminare una multa fiscale o una misura simile.

In assenza di un'accusa penale, la procedura ricorsuale sarebbe sì stata puramente amministrativa, e quindi innanzi ad un tribunale privo di qualsiasi competenza penale, con l'effetto di permettere il rifiuto dell'assistenza.

4. Correttivo fondato sul principio di buona fede?

Da quanto esposto ai punti 1 e 2 emerge che anche il famoso e tanto festeggiato "opt-out" previsto all'art. 7 par. 5 AAS risulta irrilevante perché inutile.

Con tale disposizione si indica infatti che, in deroga a quanto normalmente previsto dall'AAS, qualora in virtù di un futuro sviluppo dell'acquis Schengen non fosse più possibile subordinare alle condizioni di cui all'articolo 51 CAS l'esecuzione di perquisizioni e sequestri, la Svizzera non sarà obbligata ad accettare tali modifiche nella misura in cui si applichino alla semplice evasione in materia di fiscalità diretta⁹². Ma se, come indicato, nell'attuale e prevista situazione giuridica del diritto fiscale svizzero la multa fiscale è una vera e propria pena e l'art. 51 lett. a CAS non impedisce perciò le perquisizioni bancarie in tale ambito, anche l'"opt-out" non serve a nulla: che l'art. 51 CAS esista oppure no, la Svizzera è tenuta a collaborare anche per la fiscalità diretta.

Ci si potrebbe chiedere se tale risultato non sia contrario al principio di interpretazione dei trattati, derivante dal principio di buona fede, del c.d. effetto utile.

In base a tale principio, si deve presumere che gli autori di un trattato abbiano elaborato una disposizione affinché si applichi realmente, e non perché rimanga lettera morta; tra più significati possibili si deve dunque preferire quello che permette un'applicazione effettiva della disposizione del trattato⁹³. Perché mai le Parti avrebbero dunque previsto una speciale deroga proprio per permettere alla Svizzera di invocare anche in futuro l'art. 51 CAS, se in realtà quest'ultimo non le serve a nulla, e la deroga è perciò destinata a rimanere lettera morta?

La risposta al quesito è però semplice, e non comporta alcun contrasto col principio citato. Come indicato al punto 3 infatti, l'art. 51 lett. a CAS potrebbe avere un significato se la Svizzera modificasse il suo diritto in-

⁹¹ dopo l'entrata in vigore del trattato la modifica del diritto interno rilevante sarebbe invece probabilmente contraria al principio di buona fede, cfr. KOLB, op.cit. (n.43), p. 293-294

⁹² il riferimento contenuto in tale articolo alla punibilità con una pena privativa della libertà sta solo a significare, con una definizione compatibile con il CAS che non conosce la distinzione svizzera tra evasione e truffa fiscale, che la deroga si riferisce unicamente all'evasione fiscale, e non alla truffa fiscale che invece è punibile con una pena detentiva, cfr. Messaggio del Consiglio federale, op.cit (n. 1), n. 2.6.8.4.3, nota 265

⁹³ DAILLER/PELLET, op.cit (n. 32), n. 169-2c, p. 263; KOLB, op.cit. (n.43), p. 276

terno nel senso di escludere la punibilità dell'evasione fiscale; in tal caso la sottrazione d'imposta comporterebbe unicamente la procedura puramente amministrativa di recupero d'imposta, con l'effetto di permettere il rifiuto dell'applicazione di misure coercitive rogatorie in tale ambito. Se il diritto interno svizzero fosse così modificato sia l'art. 51 CAS che l'art. 7 par. 5 AAS avrebbero un effetto utile.

Il problema non sta quindi nell'interpretazione qui sostenuta del CAS, ma nell'errata modifica del diritto interno rilevante - pur possibile, senza timori di rimproveri, fino all'entrata in vigore dell'AAS grazie alla dichiarazione unilaterale svizzera - che non permette di sfruttare l'opportunità data dall'art. 51 CAS, rendendo al tempo stesso inutile e privo di senso l'art. 7 par. 5 AAS.

L'errore non sta insomma nell'AAS, nel CAS, nella dichiarazione unilaterale svizzera o nella loro interpretazione, ma in quella parte del Decreto federale di ratifica dell'AAS che traspone, male, detto accordo nel diritto svizzero.

Per gli stessi motivi la Svizzera non potrebbe nemmeno fare ricorso alle regole sull'errore essenziale nell'ambito dei trattati (art. 48 n. 1 CVienna): l'errore non sta nell'AAS, ma nel diritto interno che non è stato modificato - come permesso dall'AAS, prima della sua entrata in vigore - in modo da poter invocare l'art. 51 CAS.

Le conclusioni indicate ai punti 1 e 2 rimangono perciò valide.

VII. CONCLUSIONI

L'AAS, nello stato attuale della legislazione svizzera ed in quello previsto al momento dell'entrata in vigore del trattato, obbligherà la Svizzera a concedere assistenza giudiziaria internazionale con applicazione di misure coercitive come sequestri o perquisizioni bancarie sia nell'ambito della semplice sottrazione d'imposte dirette, che di quella d'imposte indirette.

Il segreto bancario svizzero sarà così praticamente privato di ogni contenuto, a favore del fisco di Stati europei.

Siccome non è pensabile né giustificabile che il fisco svizzero sia a lungo trattato peggio del fisco estero, ciò comporterà probabilmente, prima o poi, l'abbandono puro e semplice del segreto bancario anche in ambito interno, a favore delle autorità fiscali cantonali e federali.