

# Modello OCSE- limiti nello scambio: pertinenza e rilevanza delle informazioni

di Paolo Sguotti e Stefania Luppari, Avvocati in Padova

La crisi economica e finanziaria del 2008 ha concentrato il dibattito internazionale sulla sempre maggiore necessità di una cooperazione effettiva in ambito fiscale e, nel predetto ambito, lo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie si è rivelato uno degli strumenti chiave più efficaci in quanto capace di rilevare prima - ed ostacolare poi - le sempre più numerose opportunità di evasione ed elusione transnazionali che si creano, in gran parte, a causa delle differenze legislative dei diversi ordinamenti statali (ciò deriva, contrariamente a quel che comunemente si può pensare, non solo e non tanto dalle diverse aliquote applicabili, bensì dai sistemi di determinazione delle basi imponibili, dai sistemi di accertamento e definizione del debito d'imposta, dalle procedure di riscossione, dalla disponibilità alla cooperazione amministrativa internazionale, ecc.)<sup>1</sup>.

La lotta al fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva è diventata pertanto un interesse primario e largamente condiviso in quanto tale fenomeno, oltre ad avere un'azione evidentemente erosiva di base imponibile, attua altresì un meno percepibile ma altrettanto dannoso effetto distorsivo del corretto andamento del mercato.

L'oggetto dell'attenzione internazionale in ambito tributario si è così spostato dai "paradisi fiscali" (*Tax heaven*), ai "paesi non collaborativi" (*tax haven*: rifugi fiscali): la differenza lessicale è minima ma cela un cambiamento di prospettiva non di poco conto che ha ricevuto la sua definitiva consacrazione nel G-20 di Londra del 2009.

Se fino a pochi anni fa era infatti ricorrente, se non quasi inevitabile, il ricorso a provvedimenti finalizzati al rientro di capitali di stampo condonistico (vd. scudo fiscale), oggi si assiste ad un progressivo - e possiamo plausibilmente ipotizzare inarrestabile - rovesciamento di prospettiva che dal principio di non collaborazione in materia tributaria (cd. *revenue rule o principio di irrilevanza delle leggi tributarie straniere*) conduce all'ottica di *voluntary compliance* portato, per citare solo alcuni aspetti dal:

- potenziamento delle direttive comunitarie sullo scambio di informazioni (direttiva 2011/16/UE integrata e modificata dalla direttiva 2014/107/UE) e sull'assistenza alla riscossione (direttiva 2010/16/UE);
- firma da parte di sempre più Stati, tra cui l'Italia, di numerosi accordi bilaterali di scambio di informazioni con Paesi a fiscalità privilegiata, in linea con quanto statuito dall'art.26 del Modello OCSE;
- Convenzione Multilaterale di Strasburgo (OCSE-Consiglio d'Europa) del 1988 sulla reciproca assistenza amministrativa in materia tributaria, così come emendata dal Protocollo del 2010;

---

<sup>1</sup> T. Di Tanno, Lo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie: limiti ed opportunità, Rassegna Tributaria 3/2015

- elaborazione di un più leggero modello di Accordo per lo scambio di informazioni fiscali tra Stati in cui non v'è penetrante esigenza di disciplinare la tassazione di redditi transfrontalieri ma solo l'esigenza di evitare eventuali ammanchi interni di imposta (TIEA);
- adozione da parte di Italia, Spagna, UK, Francia e Germania del progetto pilota di adesione, a condizioni di reciprocità, dell'accordo FATCA sul modello statunitense;
- previsione di nuovi standards internazionali in materia di scambio automatico di informazioni rilasciati dall'OCSE (vd. CRS e CAA) il 21 luglio 2014 e che verranno

Direttiva 2011/16/UE	Stabilisce le nuove procedure di cooperazione amministrativa tra le diverse autorità competenti dei Paesi membri basate sulla revisione e l'implementazione di tre differenti forme di scambio di informazioni: su richiesta, automatico e spontaneo.
Multilateral convention on mutual administrative in tax matters	Disciplina la cooperazione internazionale attuata mediante l'assistenza e lo scambio di informazioni sul piano multilaterale. Prevede modalità di scambio di informazioni su richiesta, automatico e spontaneo; verifiche fiscali simultanee; verifiche fiscali all'estero e forme di assistenza per il recupero dei crediti tributari.
Art. 26 del Mod. di Convenzione OCSE	Disciplina lo scambio di informazioni su richiesta tra le Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti. L'art. 26 e il relativo Commentario sono stati oggetto di revisione il 18 luglio 2012 ("Update to the Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary").
Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)	Nasce da una legge approvata dal Congresso americano il 18 marzo 2010 e stabilisce un insieme di regole in base alle quali, per effetto di specifici accordi bilaterali ("InterGovernmental Agreement" - IGA) gli Stati contraenti si impegnano a scambiare automaticamente con gli USA informazioni di carattere finanziario, allo scopo di assicurare la "tax compliance" transfrontaliera e rendere effettiva la trasparenza fiscale nei rapporti tra le Amministrazioni finanziarie coinvolte.
Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)	Modello elaborato dall'OCSE nell'aprile del 2002, al fine di disciplinare lo scambio di informazioni in materia fiscale tra Paesi, giurisdizioni e territori con i quali non siano in vigore convenzioni contro le doppie imposizioni. Scopo dei TIEAs è la promozione della cooperazione internazionale in materia fiscale. L'Italia, a partire dal 2011, ha siglato ad oggi accordi TIEAs con sei Paesi: Isole Cook, Jersey, Bermuda Guernsey, Isola di Man, Gibilterra. Nessuno di questi è ancora entrato in vigore.
Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information	Documento OCSE composto dal "Competent Authority Agreement" (CAA) e dal "Common Reporting Standard" (CRS), recanti rispettivamente il modello di accordo bilaterale e gli standard di "reporting" e "due diligence" propedeutici all'attuazione dello scambio automatico di informazioni.

ulteriormente implementati a partire dall' 1 gennaio 2017<sup>2</sup>.

*Fonte: Antonio della Carità - Evoluzione del contesto internazionale in materia di scambio delle informazioni tra Stati e ulteriori prospettive future, Corriere tributario 15/2014*

<sup>2</sup> Giuseppe Corasaniti, Lo scambio di informazioni tra presupposti internazionalistici e prospettive applicative, Corriere Tributario 18/2015

	Dir. n. 2011/16/UE	FATCA	Convenzione e Standard OCSE
Ambito oggettivo di applicazione (imposte)	Imposte di qualsiasi tipo (escluso IVA, dazi, contributi previdenziali)	Imposte dirette	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Imposte dirette</li> <li>• Iva</li> <li>• Contributi previdenziali</li> </ul>
Ambito oggettivo di applicazione (tipologie di redditi)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Interessi (Dir. n. 2003/48/UE)</li> <li>• Redditi di lavoro dipendente;</li> <li>• Compensi ai dirigenti;</li> <li>• Assicurazioni sulla vita;</li> <li>• Pensioni;</li> <li>• Proprietà;</li> <li>• Redditi immobiliari</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Interessi</li> <li>• Dividendi</li> <li>• Altri redditi</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Interessi</li> <li>• Dividendi</li> <li>• <i>Royalties</i></li> <li>• Altri redditi di natura finanziari</li> </ul>
Ambito geografico	Unione Europea	Accordo bilaterale ITA-USA	Accordi multilaterali cui possono aderire i Paesi del mondo
Tipologia di scambio	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Spontaneo</li> <li>• Su richiesta</li> <li>• Automatico (per alcuni)</li> </ul>	Automatico	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Spontaneo</li> <li>• Su richiesta</li> <li>• Automatico (per alcuni)</li> </ul>
Verifiche simultanee	Verifiche simultanee	-	Verifiche simultanee/Assistenza per recupero crediti
Elemento rilevante	Residenza fiscale	Cittadinanza	Residenza fiscale
Normativa nazionale	In vigore (D.lgs. n. 29/2014)	Approvazione del DDL in Parlamento	CRS da approvare entro il 2017 tramite Legge

### STRUMENTI A CONFRONTO:

*Fonte: Carlo Galli (Clifford - Chance) - Evoluzione del contesto fiscale internazionale, relazione a margine di conferenza 13 febbraio 2015 sulla Voluntary disclosure presso Scuola Alta Formazione Luigi Martino*

In particolar modo, limitandoci all’oggetto del presente intervento, e dunque per quel che riguarda il Modello OCSE - che ricordiamo essere il modello di riferimento per la gran maggioranza delle Convenzioni bilaterali in tema di doppia imposizione e scambio di informazioni - è stato evidente il passaggio dalla tradizionale prevenzione della doppia imposizione verso la lotta sempre più serrata alla doppia non-imposizione.

Nella **versione iniziale del 1963** infatti, l’art. 26 del Modello OCSE limitava lo scambio di informazioni correlandolo strettamente alla problematica della doppia tassazione internazionale e prevedendo

*“le autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno le informazioni necessarie per l’applicazione della presente Convenzione e delle leggi interne degli Stati contraenti relative alle imposte previste da questa Convenzione, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono è conforme alla Convenzione”*.

Tale assetto piuttosto “ristretto” se confrontato con quello odierno era perfettamente in linea con lo scopo delle norme convenzionali di quell’epoca: ostacolare il solo fenomeno della doppia imposizione che risultava essere un forte freno agli scambi internazionali.

Complice il diffondersi della consapevolezza dell'aiuto che lo scambio di informazioni poteva fornire nella lotta all'evasione a livello internazionale si ebbe una prima revisione del testo nel 1977 e nel 2000 ma è stato **nel 2005 che si è avuta una prima svolta**<sup>3</sup>:

- si passa dal concetto di *necessità* al concetto di *verosimile rilevanza* delle informazioni richieste, anche per l'applicazione delle leggi interne relative ad imposte di qualsiasi genere e non più solo per le imposte regolate dalla Convenzione (par.1)
- l'informazione richiesta va fornita anche se non necessaria ai fini fiscali interni dello Stato richiesto, che quindi non deve avere necessariamente un interesse nel fornire l'informazione richiesta (nuovo par.4)
- non è possibile rifiutare di fornire l'informazione richiesta per il solo fatto che essa sia detenuta da una banca, un'istituzione finanziaria ovvero soggetti od enti fiduciari (nuovo par.5)

Si è giunti così all'**ultima versione** dell'art.26 e del relativo Commentario, come pubblicata il **18 luglio 2012**, che si procederà ora ad illustrare brevemente.

Si tenga presente che le modalità di scambio delle informazioni sono individuate proprio nel Commentario, il quale individua tre tipi di procedure: spontaneo (meno frequente), su richiesta (ad oggi prevalente) e automatico (per talune categorie di redditi quali dividendi ed interessi). Tuttavia la cooperazione in materia fiscale non si limita allo scambio di informazioni sopra individuato, essendo previste anche verifiche simultanee condotte da due Amministrazioni finanziarie, verifiche all'estero da parte di funzionari autorizzati, scambi di informazioni relativo ad interi settori economici.

Esaminiamo ora brevemente il testo dell'art.26<sup>4</sup>:

### Paragrafo 1

Contiene la disposizione centrale attorno alla quale ruota tutta la disciplina dello scambio di informazioni in materia fiscale ed è stato oggetto di continue modifiche che ne hanno progressivamente ampliato la portata.

Con l'inserimento dell'ultimo periodo viene infatti meno la stretta funzionalità che legava lo scambio di informazioni all'applicazione della legislazione domestica e internazionale, estendendosi tale forma di cooperazione amministrativa dal punto di vista soggettivo (ai contribuenti residenti in Stati terzi) ed oggettivo (alle imposte non previste dalla Convenzione).

Ancora più rilevante è il passaggio, rispetto all'originaria formulazione, dallo scambio di informazioni "necessarie" all'applicazione delle disposizioni convenzionali a quelle "verosimilmente rilevanti" (*foreseeably relevant*).

E' lo stesso Commentario a chiarire lo scopo di tale modifica: da un lato ampliare il più possibile il numero e la tipologia delle informazioni richiedibili, dall'altro impedire le cosiddette *fishing expeditions*, ossia quelle richieste prive di ogni *fumus* di attinenza con una specifica indagine in corso e fatte a scopo meramente esplorativo.

Preme al riguardo precisare che, sempre secondo il Commentario, non si è in presenza di una *fishing expedition* se la richiesta di informazioni sia priva del nome o dell'indirizzo (o di entrambi) del contribuente accertato oppure della persona ritenuta in possesso dell'informazione ricercata, o se vi siano errori di trascrizione o, ancora, se il nome o l'indirizzo siano indicati con un formato diverso, purché vi siano altri elementi idonei ad identificare il contribuente.

---

<sup>3</sup> M. Pinelli, A. Zanoccoli, Lo scambio di informazioni in materia fiscale con particolare riferimento allo standard OCSE. Origini, stato dell'arte e tendenze di sviluppo.

<sup>4</sup> S. Garufi, C. Garbarino, Le modifiche all'art. 26 del modello OCSE sullo scambio di informazioni, Fiscalità e commercio internazionale 1/2013

Lo standard della verosimile pertinenza richiede dunque una ragionevole possibilità (valutata ex ante al momento della domanda) che le informazioni richieste siano rilevanti per l'accertamento in corso e in caso di dubbi è fatto obbligo di consultazione tra le autorità competenti. Si noti che la Convenzione non esclude affatto che la richiesta di informazioni possa riguardare anche un gruppo di contribuenti, richiedendosi unicamente, al fine di scongiurare il divieto di *fishing expeditions*, una descrizione dettagliata del gruppo e dei fatti e delle circostanze specifiche su cui si fonda la richiesta, unitamente ad una spiegazione della normativa applicabile e delle ragioni per le quali si ritiene sia stata commessa una violazione, supportata da una chiara base fattuale.

## Paragrafo 2

Per quanto attiene al possibile uso delle informazioni scambiate esse devono essere tenute segrete, analogamente a quelle ottenute in base alla legislazione interna dello Stato richiedente, e possono essere comunicate soltanto alle persone o autorità (ivi inclusa l'autorità giudiziaria e gli organi amministrativi) incaricate dell'accertamento e della riscossione delle imposte, delle procedure o dei procedimenti connessi. Tali persone o autorità possono utilizzare tali informazioni soltanto per questi fini e possono divulgarle nel corso di udienze pubbliche o nei giudizi.

Tuttavia - in seguito alle modifiche del 2012 - la disposizione di cui sopra consente che le informazioni di cui sopra possano essere usate per scopi ulteriori rispetto all'applicazione della Convenzione o della legislazione fiscale o domestica a condizione che:

- l'uso diverso dell'informazione sia consentito dalla legislazione interna di entrambi gli Stati contraenti;
- le autorità dello Stato richiesto ne autorizzino tale diverso uso.

## Paragrafo 3

Esso stabilisce tre limiti allo scambio di informazioni che non può imporre allo stato contraente di:

- 1) adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria legislazione o alla propria prassi amministrativa o a quella dell'altro Stato contraente;
- 2) fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quelle dell'altro Stato contraente (ciò significa che lo Stato richiedente non può trarre beneficio dal sistema informativo dell'altro Stato contraente, qualora questo sia più ampio del proprio);
- 3) fornire informazioni che potrebbero rivelare un segreto commerciale, industriale, professionale o un processo commerciale, oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico.

La ratio di tali limitazioni (1e2) è rinvenibile nel principio di reciprocità ed è cioè quella di evitare situazioni asimmetriche.

## Paragrafo 4

Si chiarisce che gli Stati contraenti devono utilizzare i propri poteri di raccolta delle informazioni, indipendentemente dal fatto che le informazioni possano essere raccolte o usate per fini fiscali interni nello Stato richiesto (*domestic tax interest*). Così, per esempio, eventuali restrizioni al potere dello Stato richiesto di ottenere informazioni per fini fiscali interni al momento della richiesta (perché per esempio, è scaduto il termine stabilito dalla legge nazionale) non devono limitare il suo potere di raccolta dei dati per lo scambio di informazioni.

## Paragrafo 5

Il paragrafo 5 dell'art. 26 prevede che le disposizioni del paragrafo 3 non possono essere interpretate nel senso che uno Stato contraente possa rifiutarsi di fornire le informazioni solo in quanto le stesse sono detenute da una banca, da un'altra istituzione finanziaria, da un mandatario, o una persona che agisce in qualità di agente o fiduciario o perché dette informazioni si riferiscono alla titolarità di di diritti proprietari su un ente, incluse le società di capitali e di persone, le fondazioni ovvero enti simili.

Una volta doverosamente illustrato il dato normativo è tempo di svolgere alcune riflessioni:

gli scopi dichiarati delle Convenzioni internazionali e delle normative comunitarie in materia di cooperazione tra Amministrazioni fiscali e scambio di informazioni sono senz'altro lodevoli e condivisibili.

Tuttavia non si può nascondere una certa preoccupazione circa l'uso indiscriminato che si sta in tal modo avvalorando di un potenzialmente illimitato materiale probatorio condiviso



senza che siano tuttavia altrettanto condivise le regole procedurali e sostanziali in cui esso va ad inserirsi.

E ancora, senza che a questa condivisione di dati si accompagni una condivisione di tutele da offrire al contribuente circa l'uso e contro l'abuso di tali informazioni tale da evitare situazioni di plurima o illegittima imposizione, favorire la corretta acquisizione delle informazioni scambiate, tutelare effettivamente la loro riservatezza, e impedire che venga fatto mercato di dati illegittimamente acquisiti.

Tanto le convenzioni, quanto le norme del diritto derivato europeo che disciplinano lo scambio di informazioni si rivolgono infatti esclusivamente agli Stati e oltre a generici obblighi di riservatezza e limiti allo scambio non contengono una esplicita disciplina del fenomeno rinviando, tutt'al più, alle norme nazionali.

Si può dunque dire che la tutela del contribuente coinvolto in tali procedure:

- rileva solamente in via indiretta nella misura in cui lo Stato interpellato invoca una causa di giustificazione per rifiutare di fornire assistenza<sup>5</sup>, oppure
- è disciplinata in modo totalmente generico, o ancora
- fa rinvio alle normative degli Stati coinvolti<sup>6</sup>

Se a livello comunitario, per la peculiare forza cogente dello stesso, è discusso se i richiamati obblighi e limiti di cui alla direttiva 2011/16/UE siano direttamente applicabili e quindi idonei a creare diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli indipendentemente da quanto disposto dalle legislazioni fiscali degli Stati membri (a fronte del quale contribuenti e soggetti terzi avrebbero il diritto di agire avanti i giudici nazionali affinché sia dichiarata la responsabilità degli Stati che hanno violato la norma comunitaria e il principio di matrice comunitaria dei cd. controlimiti), in campo internazionale è evidente che ciò non possa avvenire se non, al più, con un richiamo alquanto difficoltoso e dagli esiti incerti alla CEDU (e.s. art.6), dovendosi quindi nella maggior parte dei casi far piuttosto riferimento alle normative nazionali.

Discipline nazionali che divergono e non poco oltre ad essere giunte anche al loro interno ad approdi giurisprudenziali tutt'altro che certi.

Rimaniamo per ora nella fisiologia dello scambio di informazioni.

Si pensi ad un tema per esempio centrale quale il **diritto al contraddittorio durante la procedura di scambio delle informazioni**: in merito né l'art. 26 del Modello OCSE, né il relativo Commentario prevedono nulla, se non la mera facoltà per lo Stato ricevente di comunicare al soggetto sottoposto a verifica le informazioni oggetto di scambio, in modo che egli possa costruire la propria difesa (il Commentario (p. 402) sottolinea che *"the information may also be communicated to the taxpayer, his proxy or to the witness"*).

Nella pratica tale informazione in fase procedimentale è oltremodo rara, infatti nella maggior parte degli Stati membri dell'OCSE non esiste alcun meccanismo di tutela in tale ambito e, anche quando la tutela è approntata, essa può svilupparsi su tre livelli crescenti

---

<sup>5</sup> P. Adonnino, Lo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie, Corso di diritto tributario internazionale

<sup>6</sup> P. Mastellone, Tutela del contribuente nei confronti delle prove illecitamente acquisite all'estero, Diritto e Pratica tributaria 4/2013

(diritto di ricevere la notifica di avvio di un procedimento, di essere consultato e, molto di rado, di poter intervenire).

E' superfluo sottolineare il peso che le diverse impostazioni possono assumere, per esempio, in tema di divulgazione di segreti (commerciali, industriali, professionali, ecc.): per sua stessa natura la violazione del segreto è impossibile da riparare, una volta svelato il danno è fatto e parliamo molto spesso di danni di difficilissima quantificazione.

Soltanto essendo preventivamente informato e potendo attivamente partecipare al procedimento il contribuente titolare del segreto potrebbe effettivamente tutelarsi dalle conseguenze dannose di una violazione, la distanza tra un vero e proprio diritto alla segretezza fattivamente tutelato ed un mero interesse legittimo da far valere semmai ex post è, in questo caso più che mai, abissale.

Lo stesso dicasi per lo scambio di informazioni concernente i dati bancari, ad oggi di gran lunga il più praticato.

Vero è che, in campo europeo, la Corte di Giustizia il 22 ottobre 2013 in causa C-276/12 (*Sabou*) si era espressa in senso restrittivo per quanto riguarda l'attribuzione di uno specifico diritto del contribuente di partecipare alla procedura di cooperazione internazionale attivata nei suoi confronti, altrettanto vero che questo orientamento è oggi sempre più oggetto di ridiscussione (vd. Corte di Giustizia 3 luglio 2014 in cause riunite C-129/13 e C130/13 (*Kamino International Logistics BV*) puntualizzandosi che la violazione di tale diritto, valutata dal giudice nazionale, può determinare l'annullamento della decisione amministrativa se il rispetto del contraddittorio avrebbe potuto comportare un diverso esito del procedimento.

Il tema è ampiamente dibattuto anche tra i nostri confini: l'art. 12, comma 7 dello Statuto dei diritti del contribuente afferma che *“Nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza”*.

Secondo l'orientamento della Cassazione per lungo tempo predominante (Cass. Civ. 16354/12, 15583/14, 7598/14, 13588/14), i diritti e le garanzie previsti da tale disposizione troverebbero applicazione solo letteralmente in presenza di *“accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio”* delle attività del contribuente, escludendo così una cospicua parte dell'attività accertativa.

Tale impostazione restrittiva si è in seguito posta in contrasto con gli anzidetti orientamenti giurisprudenziali intervenuti a livello europeo, i quali hanno via via sottolineato come il diritto di difesa, anche nella fase pre-accertativa, debba essere sempre garantito, ossia deve sussistere un contatto diretto e reale tra il soggetto verificato e l'Amministrazione Finanziaria in quanto la pretesa economica avanzata dall'Erario (anche se sorta soltanto in conseguenza alla compilazione di questionari o alla richiesta di documenti, e quindi alle cosiddette verifiche “a tavolino”) incide sulla sfera patrimoniale del contribuente; pertanto a quest'ultimo deve essere assicurata la possibilità (qualora lo ritenga opportuno) di interloquire con l'ente impositore. (cfr. Corte di Giustizia UE n. 349/07 – Sentenza Sopropé).

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 19667/2014 ha finalmente riconosciuto anche nel nostro ordinamento la giusta rilevanza al *“contraddittorio endoprocedimentale”* affermando che *“il contraddittorio endoprocedimentale [...] costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione*

*anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa”* e costituisce condizione di legittimità della pretesa tributaria. Secondo le Sezioni Unite, *“la pretesa tributaria trova legittimità proprio nella formazione procedimentalizzata di una “decisione partecipata”* mediante la promozione del contraddittorio (che sostanzia il principio di leale collaborazione) tra Amministrazione e contribuente (anche) nella fase “precontenziosa” o “endoprocedimentale”, al cui ordinato ed efficace sviluppo è funzionale il rispetto dell’obbligo di comunicazione degli atti imponibili. Il diritto al contraddittorio, ossia, stanti le espressioni utilizzate dalla Corte di Giustizia, il diritto del destinatario del provvedimento di essere sentito prima dell’emanazione di questo, realizza l’inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall’art. 24 Cost. e il buon andamento dell’Amministrazione, contemplato dall’art. 97 Cost.

Tale decisione innovativa delle Sezioni Unite è stata subito recepita dalla stessa Sezione Tributaria della Corte di Cassazione con la successiva sentenza n. 406/2015 tuttavia con l’ordinanza n. 527/2015, la questione è stata nuovamente rimessa alla Sezioni Unite con il chiaro tentativo di arrestare l’estensione generalizzata del contraddittorio endoprocedimentale.

Non resta dunque che attendere per capire se le ragioni di cassa prevarranno su quelle garantiste e formazione di una reale base di principi condivisi a livello comunitario.

Non è escluso inoltre possano sorgere **problemi anche con i Paesi terzi** rispetto agli eventuali accordi bilaterali stipulati, **in forza della indiscriminata ed esponenziale possibilità di utilizzo delle informazioni raccolte.**

Le norme pattizie sulla cooperazione infatti non contengono disposizioni sull’acquisizione delle informazioni da scambiare. Di conseguenza questa ultima attività è disciplinata dalle norme interne dello Stato a cui l’altro Stato contraente ha richiesto di fornire informazioni. Questa ricostruzione pone tuttavia il problema della norma interna, attributiva dei poteri dell’amministrazione finanziaria, nel permettere l’acquisizioni di informazioni volte all’applicazione di un tributo di un diverso Stato (**cd. scambio triangolare**).

Si pensi ad un caso ipotetico: la cooperazione amministrativa in materia di imposte sul reddito tra lo Stato membro A e lo Stato membro B è disciplinata dalle direttive 2011/16/UE e 2010/24/UE. Lo Stato membro A intrattiene rapporti di cooperazione anche con il Paese terzo C, regolati da una Convenzione contro le doppie imposizioni, che obbliga A a trattare i crediti tributari di C in modo equivalente ai propri e ad utilizzare tutti gli strumenti in suo possesso per la loro riscossione. In forza di tale Convenzione, A effettua un controllo sui propri contribuenti che possiedono fonti di reddito in C, per individuare eventuali crediti fiscali. Come farebbe per i propri crediti, inoltre, scambia informazioni con gli altri Stati dell’Unione (tra cui B) per individuare potenziali situazioni di irregolarità, ed emerge che un contribuente di B non ha pagato il proprio debito tributario verso C. B e C non hanno sottoscritto nessuna Convenzione; ci si chiede dunque: le informazioni scambiate tra A e B potranno essere fornite a C (e viceversa)? La risposta al quesito sembra essere affermativa: l’art. 24 della direttiva 2011/16/UE, intitolato “scambio di informazioni con i Paesi terzi” dispone infatti che

*“1. L’autorità competente di uno Stato membro che riceve da un paese terzo informazioni prevedibilmente pertinenti per l’amministrazione e l’applicazione delle leggi nazionali di detto Stato membro relative alle imposte di cui all’articolo 2 può, a condizione che ciò sia consentito ai sensi di un accordo con tale paese terzo, trasmettere tali informazioni alle*



*autorità competenti degli Stati membri per i quali tali informazioni potrebbero essere utili e ad ogni autorità richiedente.*

*2. Le autorità competenti possono trasmettere a un paese terzo, in conformità alle disposizioni di diritto interno applicabili alla comunicazione di dati personali a paesi terzi, informazioni ottenute in virtù della presente direttiva, purché siano soddisfatte le condizioni seguenti:*

- a) l'autorità competente dello Stato membro da cui proviene l'informazione ha consentito tale comunicazione;*
- b) il paese terzo interessato si è impegnato a fornire la cooperazione necessaria per raccogliere gli elementi comprovanti l'irregolarità o l'illegalità di operazioni che sembrano essere contrarie o costituire una violazione della normativa fiscale.”.*

Pertanto, i tre Stati in esame, previa autorizzazione e/o esplicita disposizione prevista negli accordi bilaterali sottoscritti, potranno scambiare tra loro le informazioni “prevedibilmente pertinenti”, rendendo evidentemente oltremodo difficile per il contribuente, come abbiamo prima sottolineato spesso all’oscuro del procedimento in essere, ricostruire a ritroso la regolarità e pertinenza delle informazioni scambiate sul proprio conto nonchè individuare il foro competente a far valere eventuali illegittimità.

Nel contesto delle garanzie riconosciute ai contribuenti nel procedimento di scambio di informazioni, merita senza dubbio una attenzione particolare la **garanzia di segretezza delle stesse**. Lo stesso Garante europeo della privacy è infatti intervenuto (parere 2010/C 101/01 del Garante europeo per protezione dei dati) sulla proposta di direttiva n. 16 del 2011, e pur riconoscendo l’importanza di rafforzare l’efficacia della cooperazione amministrativa tra gli Stati membri nel settore fiscale, ha affermato che «le situazioni che prevedono lo scambio transfrontaliero di dati personali all’interno dell’Ue meritano un’attenzione speciale poiché comportano un aumento del trattamento dei dati da cui derivano necessariamente dei rischi maggiori per i diritti e gli interessi delle persone coinvolte».

In particolare il Garante dispone espressamente che “(...) *requisito fondamentale della normativa sulla protezione dei dati è che le informazioni vengano trattate per finalità determinate, esplicite e legittime e siano successivamente trattate in modo non incompatibile con tali finalità. I dati utilizzati per il raggiungimento delle finalità, inoltre, devono essere necessari nonché adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alla finalità*”. Dopo aver analizzato la proposta di direttiva, il GEDP conclude che, nel complesso, il sistema di scambio di informazioni contemplato dalla direttiva non ottempera a tali requisiti. Da allora il legislatore europea ha in parte recepito le indicazioni del Garante ma le criticità evidenziate non possono dirsi del tutto superate: ulteriore questione problematica è ad esempio quella relativa all’**utilizzo delle informazioni raccolte nel corso del procedimento tributario, ed in particolare nel corso dello scambio di informazioni, per fini diversi rispetto a quelli previsti**, ovvero nell’ambito di procedimenti diversi rispetto all’accertamento delle imposte.

Questa questione riguarda nello specifico il rapporto, che in ciascun ordinamento degli Stati membri intercorre, tra il procedimento tributario, e gli altri procedimenti di natura penale o amministrativa. Senza addentrarmi troppo nella questione, che sarà meglio illustrata dai colleghi penalisti, basti evidenziare che nella prospettiva di una sempre maggiore integrazione dei procedimenti amministrativi, sarà evidentemente necessario che anche il

legislatore penale regoli la materia relativa all'acquisizione di informazioni all'estero in un procedimento extra-penale, per creare un substrato normativo che garantisca la certezza del diritto e l'affidamento dei soggetti coinvolti, anche in relazione per esempio al principio della limitazione delle finalità come individuato dall'art.8 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Tali carenze di tutela appaiono peraltro ancora più evidenti nelle situazioni patologiche: si pensi al **possibile utilizzo da parte delle Amministrazioni competenti allo scambio di informazioni di prove illegittimamente acquisite da terzi o dalle stesse** (che talora assume i profili della vera e propria compravendita di liste).

Una caratteristica peculiare della disciplina dello scambio di informazioni consiste nel fatto che l'Autorità che trasmette le informazioni non coincide con quella che emetterà l'avviso di accertamento, venendosi a creare una situazione per cui le risultanze, parziali o totali, dell'attività istruttoria svolta in base a norme inerenti il procedimento amministrativo di un determinato Paese, vengano poi utilizzate a fondamento dell'accertamento tributario di un Paese che non è quello sulla base delle cui norme l'attività d'indagine è stata precedentemente condotta. Non è pertanto escluso che l'avviso di accertamento sia emesso sulla base di dati e notizie illegittimamente acquisite, della qual cosa l'Amministrazione finanziaria che emetterà l'avviso di accertamento non è a conoscenza, né è tenuta ad averne, non essendo previsto alcun controllo in tal senso.

Paradigmatica è al riguardo la sentenza 8605/2015 della Cassazione in merito alla utilizzabilità della arcinota Lista Falciani (ma vd. anche caso Kredietbank Luxemburg del 1994 e Lista Vaduz del 2008 per restare alle più conosciute) sulla quale non mi dilungo essendo oggetto di specifico intervento più avanti. E' sufficiente in questa sede segnalarvi che non v'è assolutamente unanimità di vedute sul tema dibattendosi la giurisprudenza tra approcci più garantisti e basati sulla teoria dell'invalidità derivata (Cass. 25317/2014, 22022/14) che escludono la possibilità di fondare l'accertamento tributario su documenti acquisiti in violazione del diritto alla riservatezza, al domicilio, alla corrispondenza ecc. e altri che, riconoscendo preminente rilievo alle esigenze di contrasto all'evasione considera inutilizzabili le sole prove acquisite in violazione dei diritti che attengono alla sfera personale, non a quella patrimoniale, i.e. la riservatezza ai dati bancari, che tutela la sicurezza e il buon andamento dei traffici commerciali e cede di fronte ad altri preminenti valori e principi costituzionali, fra cui il dovere di concorrere alle spese pubbliche e l'esigenza di contrasto dell'evasione fiscale (vd. C.Cost. 51/1992).

Ancora due problemi ai quali chi vi relazionerà sul punto risponderà meglio di me: sulla base di quale norma va stabilita l'illegittimità delle prove? E' il giudice dello Stato accertatore in grado di svolgere questa valutazione o andrà fatta valere presso lo Stato di provenienza delle informazioni?

## Conclusioni

La domanda finale è dunque questa: senza definizioni comuni, senza un impianto normativo sostanziale e procedurale condiviso è davvero opportuno e privo di rischi avere di fatto un unico apparato esecutivo? Il secondo non dovrebbe essere piuttosto il prodotto dei primi?

I vuoti di tutela che si sono creati sono stati sinora affrontati in parte, dall'integrazione negativa che, nel contesto delle garanzie del procedimento tributario, stanno operando la Corte di Giustizia e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Tale giurisprudenza creativa si è spinta fino a riconoscere un principio generale di giusto procedimento amministrativo, esteso anche all'ambito dell'ordinamento tributario, nel contesto europeo.

La parificazione giuridica delle prove raccolte all'interno del territorio, e all'esterno, deve tuttavia procedere parallelamente ad una vera e propria parificazione delle tutele procedurali riconosciute ai soggetti contribuenti.

Quanto più, infatti, i procedimenti amministrativi-tributari degli Stati membri saranno implementati da interventi riformatori del legislatore su una base comune, tanto più nel contesto europeo si riconosceranno ai contribuenti le medesime garanzie. Ciò semplificherà notevolmente l'attività delle amministrazioni, nonché dei giudici tributari, e verrà incontro alle crescenti esigenze del legittimo affidamento dei contribuenti rispetto all'agire amministrativo.

Questo difficilmente potrà essere svolto da accordi bilaterali, quanto piuttosto da accordi multilaterali quali il MAAT.

E' infine tempo e ora che anche l'art. 53 della nostra Costituzione assuma la dimensione internazionale e globale che ha di fatto assunto la materia fiscale, così da permettere l'espansione dell'area di operatività dei principi costituzionali in materia tributaria alla corretta applicazione anche dei sistemi di altri stati, salvaguardando tuttavia l'equilibrata composizione tra interessi fiscali così latamente intesi e diritti/libertà personali dell'individuo-contribuente

Solo a queste condizioni la disciplina relativa allo scambio di informazioni e alla cooperazione amministrativa in materia tributaria potrà essere un forte incentivo per un intervento positivo degli ordinamenti degli Stati membri in una prospettiva di avanzamento e perfezionamento delle tutele dei contribuenti.

In caso contrario il contribuente resterà in balia di una soluzione case by case e della fortuna di trovare un diritto nazionale maggiormente garantista di altri.