Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. n. 353 del 2003 (conv. in Legge 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, Aut. n. C/RM/41/2010 – Contiene I.P.

numero 2 marzo - aprile 2016

RIVISTA DELLA GUARDIA DI FINANZA

Fondata nel 1952

Bimestrale a carattere giuridico, economico e tecnico-professionale

SOMMARIO

ABBONAMENTI (6 NUMERI)

Ordinario: **€ 35,00**;

Ridotto: **€ 19,90** (per tutti i militari, gli appartenenti alle forze di polizia e al Ministero dell'Economia e delle Finanze in servizio ed in congedo);

Estero: Gli importi dell'abbonamento vengono maggiorati di **€ 7,75**.

Per gli abbonati militari del Corpo in servizio l'importo dell'abbonamento viene trattenuto dallo stipendio (nel mese di dicembre). Per gli altri abbonati i versamenti devono essere effettuati, entro il 30 dicembre, su c/c postale n. 98596802 (IBAN: IT23I0760103200000098596802) intestato a: Ente Editoriale per il Corpo della Guardia di Finanza, Viale XXI Aprile, 51 00162 Roma. Specificare nella causale: "Abbonamento alla Rivista della Guardia di Finanza" ed indicare l'annualità di riferimento. Si prega di segnalare l'avvenuto pagamento ai numeri di fax 06/44223555 o 06/4404762 o all'indirizzo di posta elettronica: *redazione.rivista@gdf.it*.

L'abbonamento consente di richiedere precedenti articoli di eventuale interesse che saranno forniti ove possibile in formato elettronico. I dati forniti vengono utilizzati esclusivamente per l'invio della pubblicazione e non sono ceduti a terzi per altro motivo.

L'abbonamento decorre dal numero di gennaio di ogni anno e si rinnova tacitamente qualora non venga disdetto entro il 30 settembre (farà fede la data del timbro postale).

Una copia arretrata (nei limiti della disponibilità): **€ 7,50** più spese postali. Non si accettano rimesse in contanti.

I fascicoli non ricevuti devono essere richiesti entro tre mesi dalla data di pubblicazione.

Cambio di indirizzo
Servizio gratuito, con espressa richiesta via e-mail o a mezzo fax.

Disdette
Dovranno essere inoltrate entro il 30 settembre di ogni anno. La restituzione dei fascicoli non è considerata disdetta.

INTERVENTI ISTITUZIONALI

Il ruolo della Corte dei Conti e la collaborazione con la Guardia di Finanza
di *Raffaele Squitieri* 305

DOTTRINA

Il fenomeno *bitcoin*: la regolamentazione, i profili fiscali, i rischi di utilizzo illecito. Il ruolo della Guardia di Finanza
di *Saverio Capolupo* 315

Nell'evoluzione della finanza pubblica le ragioni delle attuali politiche di bilancio
di *Andrea Monorchio* e *Nicola Quirino* 339

Criminalità economica e paradisi fiscali
di *Roberto Cordeiro Guerra* 349

Il rapporto tra contribuenti e Amministrazione finanziaria deve trovare un equilibrio
di *Paolo Centore* 377

Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, soglie di punibilità e riforma del "falso in bilancio"
di *Riccardo Borsari* 389

Dichiarazione di fallimento e pubblica iniziativa
di *Alberto Villa* 425

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

Il centro degli interessi vitali nella residenza delle persone fisiche tra redditi "liquidi" e nomadismo fiscale
di *Piergiorgio Valente* e *Luigi Vinciguerra* 439

TECNICA PROFESSIONALE

Il finanziamento del terrorismo di matrice confessionale: principali canali e attività di contrasto
di *Stefano Screpanti* 461

La non punibilità in sede penale delle condotte abusive
di *Umberto Di Nuzzo* 483

Evoluzione della normativa valutaria: rapporti tra riciclaggio, monitoraggio fiscale ed evasione fiscale internazionale
di *Carlo Ragusa* e *Simone La Rocca* 493

Questioni di giurisdizione: problematiche attuali
di *Lucio Molinari* 521

LODE ALLA TESI

Il reato transnazionale: riflessi sul D.Lgs. n. 231 del 2001
di *Valentina Arrigo* 531

RUBRICHE

Documenti
a cura di *Gaetano Nanula* 565

Diritto Penale dell'Economia
a cura di *Bruno Assumma* 577

Legislazione e Giurisprudenza Comunitaria
a cura di *Giovanni Avitabile* 585

Legislazione e Giurisprudenza Nazionale
a cura di *Ivano Maccani* e *Vincenzo Tedeschi* 591

Tutela della Spesa Pubblica
a cura di *Bruno Bartoloni* 603

Rassegna Bibliografica 609

Recensioni 613

RIVISTA
DELLA
GUARDIA DI FINANZA
Fondata nel 1952

EDITORIALE

di Fabio Ranieri

Carissimi Lettori,
la necessità del nostro Paese di disporre nel breve periodo di risorse sufficienti per rispondere in maniera adeguata ai mutati scenari economici e sociali senza incidere ulteriormente sui contribuenti, ha innescato negli ultimi anni un "circuito virtuoso" di contenimento della spesa pubblica e di riduzione degli sprechi. Già oggi alcuni rapporti internazionali evidenziano come l'Italia, ad esempio nel settore sanitario, sia in grado di assicurare cure di qualità elevata pur spendendo meno di altri.
Questo conferma l'importanza di un'azione concretamente ispirata a canoni di efficacia, efficienza ed economicità, tale, cioè, da garantire quel buon andamento della Pubblica Amministrazione ritenuto essenziale dai nostri stessi Padri costituenti all'alba di una straordinaria fase di sviluppo. In un simile scenario, l'attività di controllo della finanza statale demandata alla Magistratura contabile si rivela quanto mai preziosa, anche grazie alla qualificata collaborazione da sempre fornita dalla Guardia di Finanza. Un'attività che consente sia di accertare i casi, purtroppo ancora diffusi, di *mala gestio*, sia di monitorare la piena conformità dell'impiego delle risorse pubbliche agli irrinunciabili princìpi di *spending review*. Ne traccia per noi un utilissimo quadro di sintesi il Presidente della Corte dei Conti Raffaele Squitieri, il quale auspica, nel campo della responsabilità amministrativa per danno erariale, l'innovativo passaggio da una concezione soggettiva di pregiudizio alle casse dello Stato a una squisitamente oggettiva, nell'ottica di risolvere o, quantomeno, mitigare le persistenti incertezze sulla legittimità della giurisdizione contabile nei confronti, ad esempio, delle società "partecipate". Sul tema, si segnala, inoltre, l'approfondimento offerto dai Professori Andrea Monorchio, già Ragioniere Generale dello Stato e docente presso la LUISS di Roma, e Nicola Quirino, docente di Finanza Pubblica presso il medesimo Ateneo, che analizza nel dettaglio priorità e dinamiche di spesa succedutesi nel tempo.
Oltre a contribuire al risanamento economico dell'intero sistema, un'attenta gestione della spesa ha l'indubbio pregio di offrire ai contribuenti un'immediata percezione delle utilità corrispondenti al prelievo tributario, incentivandone progressivamente, come effetto indotto, una maggiore *compliance* nel rapporto con

il Fisco. In tale direzione va letto il contributo del Professor Paolo Centore, docente di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Parma, che osserva come l'incremento di misure come gli interpelli, in grado di stimolare l'adempimento collaborativo e l'adozione di nuovi strumenti per il contrasto all'evasione fiscale, siano ormai strumenti irrinunciabili per contenere le perdite di gettito e garantire una maggiore certezza nell'individuazione degli illeciti.
Tra tutti, un ruolo di primo piano spetta ancora allo scambio d'informazioni che, seppur fortemente innovato, presenta tuttora diverse criticità, soprattutto nella delicata fase del travaso degli elementi conoscitivi ottenuti all'estero in ambiti differenti da quelli per i quali erano stati originariamente richiesti. Il Professor Roberto Cordeiro Guerra, docente di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Firenze, ravvisa in questo aspetto uno degli ostacoli a un'efficace azione di repressione e suggerisce un profondo ripensamento dei modelli vigenti in favore di un più agevole e snello interscambio di dati tra ambiti amministrativo e penale, problematica quanto mai attuale alla luce del recente caso dei *Panama Papers*.
Restando su tematiche di fiscalità internazionale, Piergiorgio Valente, *Chairman* del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE), e Luigi Vinciguerra analizzano il concetto di residenza quale principio per l'applicazione della potestà impositiva da parte di uno Stato. Al riguardo, nel rilevare la valenza probatoria del "centro d'interesse patrimoniale e sociale", affrontano il problema della *dual residence,* sottoponendo alla nostra riflessione le possibili soluzioni per risolvere l'annoso problema del concorso tra le pretese tributarie di diverse Nazioni.
Nella sezione "dottrina" si segnala l'approfondimento del Professor Riccardo Borsari, docente di Diritto Penale Commerciale e di *Criminal Law and Economics* presso l'Università degli Studi di Padova, sulla nuova causa di esclusione della punibilità "per particolare tenuità del fatto" introdotta dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, e sul controverso rapporto tra la stessa e le condotte che nel nostro ordinamento assumono rilevanza penale al superamento di determinate soglie. Una norma di politica criminale che consente, da un lato, di ridurre il carico giudiziario salvaguardando l'obbligatorietà dell'azione penale, dall'altro, di fornire un criterio per una risposta punitiva ancor più mirata e proporzionale.
Il Professor Alberto Villa, docente di Diritto Processuale Civile e di Diritto Fallimentare presso l'Università degli Studi di Milano "Bicocca", esamina i presupposti alla base della richiesta di fallimento del Pubblico Ministero a tutela dei creditori.
Impreziosisce ulteriormente questo numero l'interessante, approfondita disamina del Generale Capolupo sull'utilizzo della valuta virtuale *bitcoin*, di cui affronta l'incerto e tuttora controverso inquadramento giuridico, i profili impositivi e i possibili utilizzi per finalità illecite, auspicandone, quanto prima, una puntuale regolamentazione.

Criminalità economica e paradisi fiscali (1)

di Roberto Cordeiro Guerra*

1. Considerazioni introduttive – 2. Profili ricostruttivi del concetto di "paradiso fiscale" – 3. Le prime azioni di contrasto: il *Forum on Harmful Tax Practices* (1999) – 4. Il decisivo impulso del G-20 del 2009 – 5. L'ultimo *step*: la *peer rewiew* – 6. L'utilizzabilità ai fini penali dello scambio di informazioni tra autorità fiscali *ex* art. 26 del Modello OCSE – 7. Utilizzabilità della Convenzione di Strasburgo del 1988 ai fini penali – 8. Utilizzabilità delle Direttive UE ai fini penali – 9. Utilizzabilità dei *Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)* ai fini penali – 10. L'impatto della cooperazione fiscale internazionale sulle normative antiriciclaggio e loro implementazione – 11. Brevi considerazioni riepilogative.

I paradisi fiscali sono stati oggetto di crescente attenzione da parte della comunità internazionale soprattutto per la loro capacità di attrarre capitali stranieri e permettere ai relativi titolari, attraverso stringenti normative di tutela del segreto bancario, di tenere nascoste tali ricchezze alle Autorità fiscali dello Stato di residenza. Negli ultimi tempi, tuttavia, le iniziative del G-20 e dell'OCSE hanno imposto un deciso cambio di rotta che ha indotto tutti gli Stati ad adeguarsi a standard di trasparenza valutabili in base al grado di disponibilità a scambiare informazioni rilevanti ai fini fiscali. Se, quindi, da una parte, la cooperazione internazionale sul fronte dell'accertamento e della riscossione delle imposte si sta evolvendo rapidamente, dall'altra, rimangono ancora sporadiche e frammentarie quelle regole che mirano ad attuare un'analoga efficiente cooperazione per reprimere i reati fiscali. A tale inconveniente si aggiunge la necessità di rivedere e

---

* Docente di Diritto Tributario e Direttore del Corso di perfezionamento post-*lauream* in Diritto Penale Tributario presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

(1) Articolo tratto dalla relazione svolta al IV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario (AIPDT) sul tema "Nuovi elementi di capacità contributiva e ricchezze nascoste". Napoli, 14-15 ottobre 2015.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 350

migliorare tutti quei meccanismi che permettano, pur nel rispetto dei diritti fondamentali del contribuente, un veloce e duttile "travaso" di informazioni dalla dimensione fiscale a quella penale e viceversa.

Tax havens have been subject of increasing attention from the international community, especially for their ability to attract foreign capital and enable its holders, through stringent banking secrecy regulations, to hide such sources of income to the tax authorities of the State of residence. However, the recent initiatives of the G-20 and the OECD have imposed a clear turnaround which led all States to comply with transparency standards evaluable on the degree of willingness to exchange information relevant for tax purposes. If, on the one hand, international cooperation for tax assessment and tax collection purposes is evolving rapidly, on the other, rules that are intended to implement a similar efficient cooperation on tax crimes appear still sporadic and fragmentary. In addition to this problem, we consider necessary and urgent to review and improve all the mechanisms that allow, while respecting the taxpayers' fundamental rights, a fast and flexible "extravasation" information from the tax dimension to the criminal one and vice versa.

1. Considerazioni introduttive

È diffusa l'idea che combattendo i c.d. *paradisi fiscali*, e la sottesa evasione fiscale internazionale, al tempo stesso si contrasta la criminalità economica: del resto lo stretto legame tra la repressione dei due fenomeni risale al caso *Al Capone* del 1931 (2).

Oggi, tuttavia, la sofisticazione sia delle forme di evasione fiscale che delle tipologie di criminalità economica fanno sì che azioni di repressione indipendenti, e solo occasionalmente comunicanti, non siano più sufficienti a contrastare dimensioni illecite sempre più organizzate ed efficienti (3).

---

(2) Il 24 novembre 1931 Al Capone venne riconosciuto colpevole di evasione fiscale e condannato a scontare 11 anni in un carcere federale, oltre a pagare USD 50.000,00 di sanzioni, USD 7.692,00 di spese giudiziali e USD 215.000,00 di imposte non versate (oltre interessi).

(3) Per una mappatura dei flussi finanziari verso i paradisi fiscali o centri finanziari *offshore*, cfr. M. Gara – P. De Franceschis, *I paradisi fiscali: caratteristiche operative, evidenze empiriche e anomalie finanziarie*, Banca d'Italia, Quaderni dell'antiriciclaggio, n. 3 del 2015, accessibile su *https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2015/quaderni-analisi-studi-3/paradisi-fiscali.pdf.*

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 35

Si pensi, ad esempio, al fenomeno dei frutti di criminalità economica (*e.g.* vendita di sostanze stupefacenti; traffico di rifiuti pericolosi; vendita di armi, ecc.) che, allo scopo di reintroduzione nei circuiti leciti, vengono sottoposti, volontariamente ed artificiosamente, a tassazione.

Uno schema tipico: un'associazione criminosa acquista con i proventi della propria attività (attraverso prestanome) delle attività i cui ricavi consistono in pagamenti *cash* da parte di privati; tali proventi vengono poi gonfiati, utilizzando le somme provenienti dall'attività criminosa e sottoposti a tassazione (c.d. *sovrafatturazione*), al fine di reimmetterli nel circuito economico legale.

Può dunque accadere che gli strumenti repressivi utilizzati ai fini fiscali, proprio perché concepiti esclusivamente al fine di combattere l'evasione, non risultano altrettanto soddisfacenti nella logica di repressione della criminalità organizzata.

Situazione, quest'ultima, che in parte si verifica proprio con riguardo al tema dei paradisi fiscali, ed in specie alla tecnica di lotta nei loro confronti consistente nell'inclusione (od esclusione) dalle cc.dd. *black lists*.

Una prima notazione importante nella nostra ottica è quella della non esclusiva rilevanza, ai fini dell'inclusione nelle liste, del livello di tassazione; altrettanto fondamentali, infatti, sono gli aspetti inerenti all'opacità di tali giurisdizioni, tant'è che oltre alla nozione di paradiso fiscale "in senso stretto", connotato dall'assenza di imposizione sul reddito o la previsione di aliquote meramente simboliche, esistono quelle di paradiso bancario (possibilità di esercitare un'attività bancaria e finanziaria senza sottostare a parametri di trasparenza e affidabilità) paradiso societario (costituzione di società di capitali senza le formalità solitamente previste dagli Stati industrializzati), paradiso penale (ordinamenti che non prevedono il reato di evasione fiscale, di falso in bilancio, ecc.).

Sotto un secondo punto di vista si può osservare che per lungo tempo le disposizioni fiscali hanno utilizzato le liste in chiave meramente dissuasiva, ricorrendo ad uno schema che sostanzialmente inverte l'onere della prova in relazione a rapporti o soggetti provenienti o stabiliti in Stati inclusi in *black lists*: si pensi alla indeducibilità dei costi provenienti da paradisi fiscali o alle persone fisiche che spostano la propria residenza in Paesi così connotati.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 352

È di per sé evidente che tale inversione dell'onere della prova non ha cittadinanza in campi diversi dal diritto tributario, e specialmente in materia penale. Non solo: fino a che non si è passati dall'approccio di lotta atomistica, condotta da ciascuno Stato con le proprie liste, più o meno complete ed aggiornate, ad uno sforzo comune promosso e coordinato dall'OCSE, i risultati sono stati modesti.

È noto che attualmente sotto la pressione dell'OCSE numerosi Stati recalcitranti alla collaborazione sono usciti dalle liste che li connotavano come paradisi fiscali; vi è da chiedersi tuttavia quale è e sarà il grado di *compliance* effettiva che si è riusciti ad ottenere da tali *"ex tax havens"* a fronte della loro riabilitazione ufficiale.

Considerato che la nozione di paradiso fiscale e l'azione di contrasto intrapresa nei confronti dei *tax havens* rappresentano il cuore del nostro tema, conviene in primo luogo approfondire tali profili.

2. Profili ricostruttivi del concetto di "paradiso fiscale"

Esiste una nozione di "paradiso fiscale" elaborata dall'OCSE?

Com'è noto, con la globalizzazione economica gli Stati sono divenuti sempre più interdipendenti e si è sviluppato un fenomeno inedito, la c.d. concorrenza fiscale, la quale consiste essenzialmente nel tentativo di offrire ad investitori stranieri regimi fiscali vantaggiosi combinati ad elevati livelli qualitativi di infrastrutture e servizi pubblici (4).

Oltre ai numerosi effetti positivi della globalizzazione (*e.g.* maggiore circolazione del capitale e degli investimenti verso Paesi in via di sviluppo,

(4) Cfr. J. Lang, *La tassazione delle imprese nella competizione internazionale*, trad. italiana di M.C. Fregni, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, vol. 71, n. 2 del 2012, Parte I, p. 238, il quale evidenzia che "nell'era della globalizzazione, in cui le singole economie sono strettamente interdipendenti in misura crescente, si è determinato un fenomeno di politica economica ignoto ai comportamenti di uno Stato. Gli Stati sono entrati in competizione per la ricchezza. La competizione fiscale è parte di questa competizione".

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 353

mobilità internazionale dei lavoratori, approccio unitario nei confronti dei fenomeni migratori, politiche ambientali comuni, ecc.), quest'ultima ha inevitabilmente accentuato fenomeni negativi portato altrettanti svantaggi, come ad esempio l'instabilità finanziaria, l'evasione fiscale internazionale, la maggiore facilità di riciclaggio di denaro e connesso finanziamento delle organizzazioni terroristiche. Per queste ragioni, alcuni autori parlano efficacemente di *dark side of globalisation* (5).

Orbene, la comunità internazionale, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, ha cercato di tracciare una linea di confine fra concorrenza fiscale lecita e concorrenza fiscale dannosa.

Il G-7 riunitosi a Lione dal 27 al 29 giugno 1996 prendeva atto dei grandi vantaggi della globalizzazione, ma anche delle *"new challenges in the field of tax policy. Tax schemes aimed at attracting financial and other geographically mobile activities can create harmful tax competition between States, carrying risks of distorting trade and investment and could lead to the erosion of national tax bases"*. In tale occasione, i leader del G-7 incaricavano l'OCSE di elaborare una strategia multilaterale di contrasto della concorrenza fiscale dannosa.

Nel 1998, l'OCSE pubblicava il proprio rapporto *Harmful tax competition. An emerging global issue*, il quale si incentrava sul fenomeno della concorrenza fiscale dannosa e conteneva una serie di meccanismi volti ad eliminarla. In tale documento, l'OCSE identifica i due responsabili della concorrenza fiscale dannosa: i paradisi fiscali e i Paesi a fiscalità ordinaria che prevedono discipline fiscali di favore riservate a contribuenti non residenti (cc.dd. *preferential tax regimes*).

Focalizzandoci sui paradisi fiscali, l'OCSE non fornisce una definizione precisa, ma – nel succitato documento – elenca puntualmente le quattro caratteristiche che questi devono presentare:

- mancanza di "vere" imposte: il livello impositivo sui flussi finanziari o le attività mobili deve risultare nullo o meramente simbolico *("no or only nominal taxes");*

(5) Cfr. R. Thakur – J. Heine (a cura di), *The dark side of globalization*, Tokyo-New York-Paris, 2011.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 354

- mancanza di un effettivo scambio di informazioni: assenza di scambio di informazioni con i Paesi "a fiscalità ordinaria", dal momento che la normativa interna prevede solitamente severe regole di segretezza finalizzate a nascondere le attività economiche agli occhi delle autorità fiscali straniere *("lack of effective exchange of information");*
- mancanza di trasparenza: assenza di meccanismi di controllo tale da rendere il Paese "trasparente", in quanto non c'è un controllo sui flussi finanziari o questo risulta inadeguato *("lack of transparency");*
- mancanza di una reale attività economica: viene facilitato lo stabilimento di entità detenute da soggetti stranieri senza la necessità di una presenza effettiva sul territorio o viene, addirittura, vietato che le stesse possano avere un qualsiasi impatto commerciale sull'economia locale *("no substantial activities").*

Secondo l'OCSE, i paradisi fiscali assolvono ad una triplice funzione*: "they provide a location for holding passive investments (money boxes); they provide a location where paper profits can be booked; and they enable the affairs of taxpayers, particularly their bank accounts, to be effectively shielded from scrutiny by tax authorities of other countries*" (6).

3. Le prime azioni di contrasto: il Forum on Harmful Tax Practices (1999)

Nel maggio 1999 veniva istituito, in seno all'OCSE, il *Forum on Harmful Tax Practices* e l'anno successivo veniva pubblicata una relazione sui progressi fatti dal Forum, consistenti principalmente nel processo di revisione dei regimi fiscali applicati negli Stati membri OCSE e negli impegni politici di alcuni paradisi fiscali volti ad allineare le proprie norme tributarie alle

(6) Così, OECD, *Harmful tax competition. An emerging global issue*, Paris, 1998, par. 49, p. 22.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 355

linee guida del *Report* del 1998 (7). In tale occasione, l'OCSE elaborava una lista che individuava 47 regimi fiscali preferenziali "dannosi" (*i.e.* previsti da Stati a fiscalità ordinaria) e 35 *"uncooperative tax havens"* (UTHs), cioè Stati che non avevano assunto nessun impegno politico di modificare la propria normativa interna al fine di contrastare la concorrenza fiscale dannosa (8).

Sorprendentemente la Svizzera non era inclusa in questa lista, perché aveva formalmente preso l'impegno di contrastare la concorrenza fiscale dannosa, ancorché il segreto bancario elvetico sia sopravvissuto ben oltre tale data.

Di fatto, questa prima lista di UTHs non poteva dirsi completa né stimolava in alcun modo i Paesi individuati a prendere concrete misure per uscirne. Al riguardo, deve segnalarsi che gli Stati membri dell'OCSE erano invitati ad adottare le seguenti contromisure nei confronti degli UTHs:

- non concedere deduzioni, esenzioni, crediti d'imposta o altri benefici connessi alle operazioni intercorse con gli UTHs o che godono di un regime fiscale preferenziale dannoso *("denial of benefits")*;
- subordinare il rifiuto a fornire informazioni dettagliate circa tali operazioni all'irrogazione di sanzioni *("enhanced reporting")*;
- per gli Stati che non prevedono una disciplina CFC, stimolarne l'adozione, e per quelli che ne sono dotati, fare in modo che la stessa sia applicata in

(7) OECD, *Towards global tax co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendation by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in identifying and eliminating harmful tax practices*, Paris, 2000.

(8) Più precisamente, i paradisi fiscali inclusi nella lista erano: Andorra, Anguilla, Antigua e Barbuda, Antille Olandesi, Aruba, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, Dominica, Gibilterra, Grenada, Guernsey, Isola di Man, Isole Cook, Isole Marshall, Isole Vergini Americane, Isole Vergini Britanniche, Jersey, Liberia, Liechtenstein, Maldive, Monaco, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Samoa, Seychelles, St. Christopher & Nevis, St. Lucia, St. Vincent e Grenadine, Tonga, Turks & Caicos, Vanuatu. In dottrina, cfr. P.G. Vegh, *Tax haven and harmful tax regime list published*, in *European Taxation*, vol. 40, n. 8 del 2000, p. 391 ss.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 356

maniera tale da contrastare efficacemente la concorrenza fiscale dannosa *("CFC rules")*;
- negare eccezioni che possono derogare o mitigare l'applicazione dell'ordinaria disciplina sanzionatoria per le operazioni intercorse con gli UTHs o che godono di un regime fiscale preferenziale dannoso *("enhancement of penalties")*;
- negare la concessione del credito d'imposta o della *participation exemption* per le distribuzioni di utili provenienti da società localizzate in UTHs o derivanti da operazioni che godono di un regime fiscale preferenziale dannoso *("denial of double taxation relief mechanisms")*;
- introdurre meccanismi di imposizione alla fonte sui pagamenti fatti a residenti in UTHs *("mandatory withholding tax")*;
- potenziare le verifiche fiscali e le attività di accertamento e riscossione per quanto concerne gli UTHs o le operazioni che godono di un regime fiscale preferenziale dannoso *("least favoured treatment")*;
- assicurarsi che ogni esistente o nuova contromisura contro gli UTHs o gli Stati che prevedono forme di concorrenza fiscale dannosa siano effettivamente funzionante *("enhancement examinations")*;
- non sottoscrivere trattati contro la doppia imposizione con gli UTHs ed, anzi, prendere seriamente in considerazione la possibilità di recedere da trattati eventualmente già in vigore *("denial of treaty coverage")*;
- negare deduzioni e rimborsi relazioni alle spese sostenute nella costituzione o acquisizione di soggetti localizzati in UTHs *("least favoured treatment")*;
- introdurre oneri sulle operazioni che coinvolgono gli UTHs *("transactional charges").*

Occorre sin da ora chiarire che, da un punto di vista terminologico, l'esatto significato di *tax haven* non è "paradiso fiscale", ma "rifugio fiscale". Questa accezione permette meglio di comprendere come tali giurisdizioni costituiscono luoghi in grado di attrarre capitali stranieri e di tenerli *al riparo* dalle leggi (fiscali, penali, ecc.) dello Stato di origine.

Ma i paradisi fiscali come possono, in concreto, permettere questa "tutela"? Introducendo, a livello di diritto interno, quelle che la dottrina considera le-

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 357

gislazioni "difensive" (9), ovvero norme che, di fatto, rendono "opaco" le attività svolte nel territorio nazionale agli occhi delle autorità di altri Stati.

Detto altrimenti, le giurisdizioni comunemente denominate "paradisi fiscali" prevedono solitamente normative che garantiscono un alto livello di riservatezza per quanto concerne le operazioni e le attività che ivi vengono svolte dai soggetti non residenti, le quali sono "schermate" da un forte segreto bancario. Il termine "paradiso" racchiude al suo interno diverse sfaccettature:

- paradiso fiscale "in senso stretto", connotato dall'assenza di imposizione sul reddito o la previsione di aliquote meramente simboliche;
- paradiso bancario, il quale implica la possibilità di esercitare un'attività bancaria e finanziaria senza dover sottostare a severi parametri di trasparenza e affidabilità, nonché beneficiando dell'assoluto segreto bancario;
- paradiso societario, il quale si traduce nella possibilità di costituire società di capitali senza dover sottostare alle formalità solitamente previste dagli Stati industrializzati (*e.g.* assenza dell'obbligo di tenuta delle scritture contabili, assenza del divieto di indebitamento oltre il capitale sociale, assenza dell'obbligo di versare un capitale sociale minimo, ecc.);
- paradiso penale, il quale denota quegli ordinamenti che non prevedono il reato di evasione fiscale, di falso in bilancio, ecc. Tali Paesi, facilitando l'utilizzo del denaro contante, finiscono, di fatto, con il favorire le attività di riciclaggio.

4. Il decisivo impulso del G-20 del 2009

Com'è noto, a seguito del G-20 tenutosi a Londra il 2 aprile 2009, la comunità internazionale – in una fase di gravissima crisi economica e fi-

(9) Così, G. Scarlata, (voce) *Paradisi fiscali*, in *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 10, Milano, 2007, p. 632 ss.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 358

nanziaria – ha "dichiarato guerra" a tutti i Paesi considerabili *"non-cooperative jurisdictions"* e decretato la fine del segreto bancario, il quale rappresentava ormai il più evidente ed insidioso ostacolo ad un'efficiente scambio di informazioni fra autorità fiscali. Nel comunicato finale del G-20, gli Stati annunciavano, infatti, la volontà di *"take action against non-cooperative jurisdictions, including tax havens. We stand ready to deploy sanctions to protect our public finances and financial systems. The era of banking secrecy is over. We note that the OECD has today published a list of countries assessed by the Global Forum against the international standard for exchange of tax information*" (10).

Dal punto di vista terminologico, si può notare che dopo il 2009 l'attenzione della comunità internazionale è stata rivolta, in generale, alle "giurisdizioni non collaborative" e, quindi, non solo ai paradisi fiscali in senso stretto.

In tale occasione, l'OCSE veniva incaricato di stilare tre distinte liste che permettessero la corretta individuazione del livello di "collaboratività" degli Stati:

- *black list*, contenente gli Stati che non si sono impegnati ad adottare lo *standard* di collaboratività fiscale *("jurisdictions that have not committed to the internationally agreed tax standard")*;
- *grey list*, contenente gli Stati che si sono impegnati ad adottare lo *standard* di collaboratività fiscale *("jurisdictions that have committed to the internationally agreed tax standard, but have not yet substantially implemented")*;
- *white list*, contenente gli Stati che, oltre ad essersi impegnati ad adottare lo *standard* di collaboratività fiscale, hanno anche raggiunto il traguardo di 12 accordi internazionali che prevedono espressamente lo scambio di informazioni *("jurisdictions that have substantially implemented the internationally agreed tax standard")*.

(10) G-20, *Action plan for recovery and reform*, London, 2 aprile 2009, par. 15, punto 7.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 359

A differenza della lista stilata nel 2000, la nuova tripartizione risultava ben più incisiva, perché il G-20 aveva chiarito che i Paesi indicati nella *black list*, se non si fossero immediatamente prodigati per divenire "collaborativi", avrebbero subito l'irrogazione di pesanti sanzioni economiche. L'*iter* degli Stati per poter essere considerati "collaborativi" si struttura in tre passaggi.

In primo luogo, lo Stato deve dichiarare di impegnarsi ad adottare lo *standard* internazionale di collaboratività fiscale, così come delineato dall'OCSE (assumendo il c.d. *commitment*).

Successivamente, deve stipulare almeno 12 convenzioni bilaterali che prevedessero espressamente una clausola di scambio di informazioni analoga all'art. 26 del Modello OCSE o, in alternativa, stilate sulla falsariga del più agile Modello di convenzione specificamente finalizzato allo scambio di informazioni elaborato dal Global Forum dell'OCSE (11).

Il raggiungimento di tale traguardo avrebbe permesso il passaggio dal "purgatorio" della *grey list* al "paradiso" della *white list*.

Con la minaccia di subire ingenti sanzioni, i Paesi originariamente esclusi dalla *white list* hanno fatto una vera e propria "corsa" alla stipulazione degli accordi per raggiungere il limite minimo di 12.

Per rendersi meglio dell'intensità del fenomeno, dal 2000 al 2013 i *Tax Information Exchange Agreements* sottoscritti sono passati da 1 a 518, raggiungendo picchi di 197 nel 2009 e di 200 nel 2010, come meglio illustrato dal seguente grafico.

Il raggiungimento del "patentino" di Stato collaborativo, sicuramente espressivo di un cambiamento epocale, non può comunque considerarsi decisivo ai fini della lotta ai paradisi fiscali.

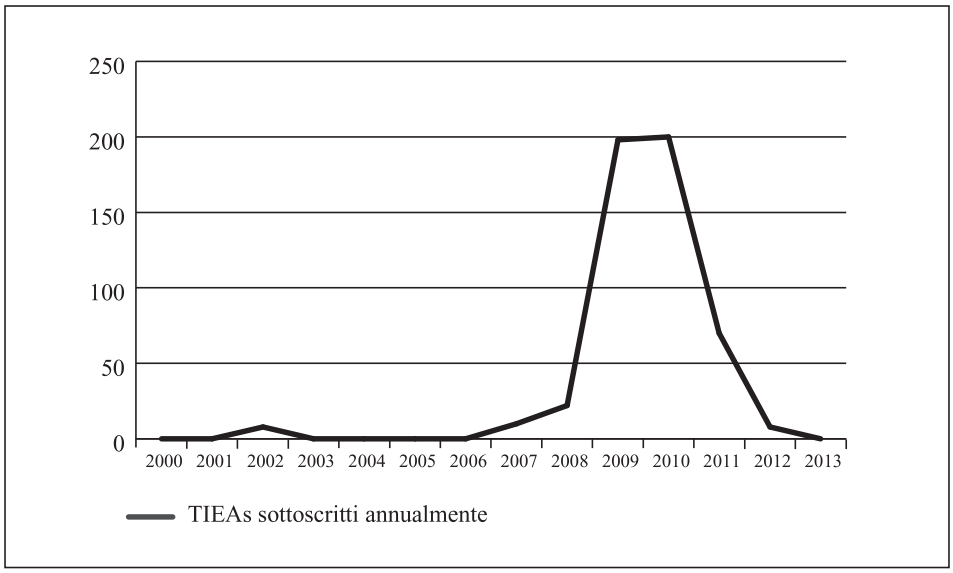
Questa conclusione trova fondamento in una serie di ragioni.

---

(11) OECD, *Model agreement on exchange of information on tax matters*, Paris, 2002, accessibile su *www.oecd.org/tax/harmfultaxpractices/2082215.pdf*.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 360

TIEAs sottoscritti annualmente



In primo luogo, molti di questi accordi sono stati stipulati *tra* i Paesi precedentemente inseriti nella *black list* e, in quanto tali, inutili alle Amministrazioni finanziarie dei Paesi a fiscalità ordinaria.

A ciò si aggiunge un problema non indifferente di livello qualitativo e di effettiva disponibilità delle informazioni fiscalmente rilevanti ed oggetto di scambio. Si pensi, ad esempio, alle varie isolette connotate da scarse infrastrutture, regole domestiche di *law enforcing* molto blande (*e.g.* in materia di tenuta delle scritture contabili, di costituzione delle società, ecc.) e autorità fiscali – le quali, in virtù dei trattati bilaterali, risulterebbero gli interlocutori con cui si interfaccia l'Amministrazione finanziaria italiana – con una prassi amministrativa poco avanzata.

In queste ipotesi, è verosimile – anche in presenza di autorità fiscali disponibili a scambiare informazioni – che queste ultime risultino *inutili* all'Amministrazione finanziaria richiedente, perché generiche, scarse, incomplete o insufficienti.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 361

5. L'ultimo step: la *peer rewiew*

Per risolvere questo problema, l'OCSE ha previsto che il terzo *step* per raggiungere lo *status* di "giurisdizione collaborativa" consista nell'analisi circa l'effettiva attuazione dei requisiti di trasparenza, scambio di informazioni e disciplina antiriciclaggio attraverso la normativa domestica. Tale analisi è la c.d. *peer review*, in cui due Stati, assistiti dal Segretariato dell'OCSE, verificano se gli standard di "collaboratività" risultano *effettivamente* implementati nello Stato sottoposto a verifica. La *peer review* in questione, che ha la natura di un procedimento di *soft law*, si articola in:

a) *Phase 1 – Legal and regulatory framework*, consistente nell'analisi della normativa vigente e nella sua attitudine ad essere impiegata per porre in essere lo scambio di informazioni con altre Amministrazioni finanziarie;
b) *Phase 2 – Practical implementation of that framework*, consistente nella verifica circa l'effettivo utilizzo degli strumenti normativi a disposizione da parte degli organi dello Stato interessato per soddisfare le richieste di assistenza amministrativa da parte di altri Stati, in base ad una convenzione bilaterale TIEA o contro la doppia imposizione.

Il processo di *peer review* lascia comunque evidenti perplessità sia relative all'effettività dello scambio di informazioni sia, soprattutto, all'effettiva esistenza in tali Paesi di informazioni considerabili "utili", vuoi per l'eccessiva tolleranza nei controlli, vuoi per il fatto che detti Paesi non dispongono di dati essenziali (*e.g.* il beneficiario effettivo) o ne dispongono solo a livello formale (con la conseguenza che le informazioni oggetto di scambio riguarderanno evidenti "teste di legno").

Ferme restando queste problematiche nell'ambito tributario, nel settore penale il problema assume ben altri connotati.

6. L'utilizzabilità ai fini penali dello scambio di informazioni tra autorità fiscali *ex* art. 26 del Modello OCSE

Un evidente e pragmatico punto di contatto tra lotta ai paradisi fiscali e repressione della criminalità economica è rappresentato dalla utilizzabilità

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 362

ai fini penali di dati acquisiti da altri Paesi nell'ambito dello scambio di informazioni regolato dalle vigenti convenzioni (12).

In altre parole: è possibile in un processo penale attinente alla repressione di fenomeni di criminalità economica di vario genere attingere a informazioni, documenti e/o prove acquisite all'esito di scambio di informazioni tra Amministrazioni fiscali?

La questione va ovviamente esaminata con distinto riferimento alle disposizioni che consentono e regolano detto scambio.

Il primo problema che occorre porsi concerne dunque lo strumento la cui adozione è più diffusa a tal fine, ossia l'art. 26 del Modello OCSE.

Al riguardo, la norma nulla dice, ma il par. 5 del Commentario all'art. 26 chiarisce che *"exchange of information for criminal tax matters can also be based on bilateral or multilateral treaties on mutual legal assistance (to the extent they also apply to tax crimes)"*. Il Commentario, dunque, chiarisce che *in astratto* l'art. 26 può operare anche per scambiare informazioni utili a reprimere reati tributari, salvo rimettere la scelta alla negoziazione degli Stati Contraenti.

Per rendere maggiormente l'idea della concreta operatività dell'art. 26 del Modello OCSE, si procederà ad analizzare alcune norme che prevedono lo scambio di informazioni contenute in convenzioni contro la doppia imposizione che l'Italia ha stipulato con altri Paesi.

Orbene, prendiamo ad esempio le seguenti disposizioni:

- art. 25 della Convenzione fra Italia e Nuova Zelanda, firmata a Roma il 6 dicembre 1979, ratificata con Legge 10 luglio 1982, n. 566 ed entrata in vigore il 23 marzo 1983;
- art. 26 della Convenzione fra Italia ed Australia, firmata a Canberra il 14 dicembre 1982, ratificata con Legge 27 maggio 1985, n. 292 ed entrata in vigore il 5 novembre 1985;

---

(12) Sul tema, cfr. *ex pluribus* P. Mastellone, *La cooperazione fiscale internazionale nello scambio di informazioni*, in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012, p. 213 ss.; S. Dorigo, (voce) *Scambio di informazioni nel diritto tributario internazionale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, Aggiornamento, Torino, 2015, p. 480 ss.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 363

- art. 27 della Convenzione fra Italia e Regno Unito, firmata a Pallanza il 21 ottobre 1988, ratificata con Legge 5 novembre 1990, n. 329 ed entrata in vigore il 31 dicembre 1990.

Ai sensi dell'art. 25, comma 1 della Convenzione tra Italia e Nuova Zelanda, "le informazioni ricevute da uno Stato contraente saranno tenute segrete (...) e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (ivi compresa l'Autorità Giudiziaria e gli organi amministrativi) incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte previste dalla presente Convenzione, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte".

Il tenore della disposizione, sostanzialmente identica a quella delle Convenzioni con il Regno Unito e con l'Australia, evidenzia come le informazioni scambiate sulla base di essa possano essere impiegate, nello Stato ricevente, solo per i procedimenti, anche giurisdizionali, che abbiano riguardo l'accertamento e la riscossione delle imposte: quindi, l'impiego è consentito all'Amministrazione finanziaria, per l'accertamento o la riscossione, ovvero dall'Autorità Giudiziaria tributaria investita dei ricorsi del contribuente e incaricata di valutare la fondatezza del recupero d'imposta.

In altre parole, ci pare che la disposizione abbia inteso prendere in considerazione tutte le possibili fasi lungo le quali si dipana il recupero di maggiori imposte, riferendosi tra l'altro ad istituti ben noti alla dottrina ed alla prassi tributaria: l'accertamento richiama la fase amministrativa di indagine e successiva emissione dell'atto con cui si contestano maggiori imposte; la riscossione si riferisce alla fase in cui il tributo viene incamerato dall'Amministrazione finanziaria a seguito del pagamento del contribuente; le procedure ed i procedimenti si riferiscono a quelle fasi a composizione variabile nelle quali si può dipanare lo svolgimento del rapporto d'imposta; segmenti antecedenti al contenzioso e connotati il più delle volte dal tentativo del contribuente di addivenire ad una definizione concordata del maggior carico fiscale (*e.g.* mediante un accertamento con adesione); le decisioni di ricorsi, infine, riguardano la fase del giudizio che si conclude con una pronuncia dell'Autorità Giudiziaria sulla debenza o meno del tributo richiesto dall'Amministrazione finanziaria.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 364

Dunque, la norma convenzionale richiama istituti che si collocano tutti nel contesto della delimitazione e dell'attuazione del rapporto d'imposta, trovando una specifica definizione propria del diritto tributario. E, del resto, che ciò debba essere confermato dalle regole interpretative proprie di questi strumenti internazionali e, segnatamente, dall'art. 3, par. 2, del Modello OCSE (riprodotto in ciascuna delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni oggi in esame) secondo il quale "per l'applicazione della convenzione da parte di uno Stato contraente, le espressioni non diversamente definite hanno (...) il significato ad esse attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte oggetto della Convenzione". Ne consegue che, laddove il trattato usi, come nel caso, espressioni tecniche proprie del diritto tributario, è alla definizione che esse ricevono in tale branca del diritto nello Stato parte che bisogna guardare per individuarne l'esatto significato.

Alla stregua di tali considerazioni è da ritenere esclusa l'utilizzabilità automatica delle informazioni medesime nell'ambito di un procedimento o di un processo penale in materia tributaria; a maggior ragione, poi, deve negarsi l'utilizzabilità ai fini di reati diversi da quelli tributari.

Tant'è vero che il Modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione, cui le tre Convenzioni in questione si ispirano, suggerisce agli Stati "che desiderino estendere i fini per i quali essi possono utilizzare le informazioni scambiate" di far riferimento a specifici strumenti internazionali di assistenza giudiziaria in materia penale ovvero, in alternativa, di aggiungere un paragrafo all'art. 26 delle Convenzioni che andranno a stipulare, che così recita: "Nonostante quanto precede, le informazioni ricevute da uno Stato contraente possono essere utilizzate per altri fini quando tale utilizzo sia consentito secondo le leggi di entrambi gli Stati e la competente autorità dello Stato fornitore lo autorizzi".

Si ammette, quindi, l'utilizzo delle informazioni in altri ambiti – tipicamente in quello penale – ma lo si subordina ad una autorizzazione espressa dello Stato che quelle informazioni ha trasmesso. Non è un caso che il Commentario alla norma in questione abbia ritenuto opportuno sottolineare che tale nuovo paragrafo "consente la condivisione di informazioni fiscali da parte delle autorità fiscali dello Stato ricevente con altri organi di polizia o

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 365

Autorità Giudiziarie in quello Stato su certe materie rilevanti (ad esempio per combattere il riciclaggio (...)", subordinandone in ogni caso l'operatività alla formulazione di una richiesta in tal senso da parte dell'autorità richiedente ed al consenso espresso dell'autorità richiesta (par. 12.3).

7. Utilizzabilità della Convenzione di Strasburgo del 1988 ai fini penali

La definitiva conferma di quanto si viene dicendo si ha con riferimento alla Convenzione di Strasburgo del 1988 sulla reciproca assistenza in materia fiscale, ratificata in Italia con Legge n. 19 del 2005 e vigente nei rapporti tra l'Italia ed i tre Stati sopra menzionati. Essa, all'art. 4, par. 1, stabilisce che *"the Parties shall exchange any information, in particular as provided in this section, that is foreseeably relevant for the administration or enforcement of their domestic laws concerning the taxes covered by this Convention"*, ovvero *"le Parti si scambieranno le informazioni, in particolare quelle previste in questa sezione, prevedibilmente rilevanti per l'amministrazione e l'applicazione delle norme interne concernenti le imposte coperte dalla Convenzione"*.

La norma limita, dunque, l'utilizzo delle informazioni scambiate all'ambito puramente tributario, escludendone l'impiego automatico in contesti diversi. Ciò peraltro è chiaramente confermato nel Rapporto Esplicativo *(Explanatory Report)* che costituisce un allegato alla Convenzione. A tale riguardo, il par. 8 del Rapporto, infatti, così recita: "L'art. 1 definisce l'oggetto della Convenzione, che è l'assistenza amministrativa tra Stati nella materia fiscale. Questa assistenza comprende tutte le attività di mutua assistenza in ambito fiscale che possono essere poste in essere dalle autorità pubbliche, comprese le Autorità Giudiziarie, e che non riguardano il diritto penale. L'attività di organi giudiziari svolta sulla base del diritto penale e finalizzata alla repressione di illeciti penali commessi in ambito fiscale non rientra, perciò, nell'ambito di applicazione del presente strumento. Ogni informazione o assistenza di cui organi giudiziari possano aver bisogno al fine di giudicare e punire illeciti penali in ambito fiscale devono perciò essere ottenute sulla base delle convenzioni per l'assistenza reciproca in materia".

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 366

Anche per la Convenzione di Strasburgo, quindi, l'utilizzabilità in sede penale di informazioni scambiate a fini fiscali non è affatto automatica, anzi è in linea di principio esclusa, salvo l'espressa e preventiva autorizzazione delle autorità trasmittenti. Il principio, come si vede, è dunque identico a quello che emerge nel contesto applicativo delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

8. Utilizzabilità delle Direttive UE ai fini penali

Una simile conclusione trova ove ve ne fosse bisogno conferma, oltre che nel tenore delle convenzioni appena analizzate, anche avendo riguardo alla pertinente normativa dell'Unione Europea. La previgente Direttiva n. 77/799/CE sulla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette già stabiliva, all'art. 7 (rubricato "clausola di segretezza"), che le informazioni scambiate "non devono essere utilizzate in nessun caso per fini diversi da quelli fiscali". Vi era, quindi, un divieto assoluto di travasare in un qualsiasi procedimento penale le risultanze dello scambio tributario di informazioni, dovendosi a tal fine fare riferimento semmai ad altri strumenti internazionali *ad hoc*.

Il quadro, del resto, non è mutato neppure successivamente, atteso che l'art. 16 della Direttiva n. 2011/16/UE, che ha sostituito quella appena menzionata a partire dal 1° gennaio 2013, chiarisce che "con l'autorizzazione dell'autorità competente dello Stato membro che comunica le informazioni a norma della presente Direttiva e soltanto nella misura consentita dalla legislazione dello Stato membro dell'autorità competente che riceve le informazioni, le informazioni e i documenti ricevuti a norma della presente Direttiva possono essere utilizzati per fini diversi da quelli previsti al paragrafo 1 (l'amministrazione e la riscossione delle imposte contemplate dalla Direttiva, N.d.A.). Tale autorizzazione è concessa se le informazioni possono essere utilizzate per fini analoghi nello Stato membro dell'autorità competente che comunica le informazioni".

Tutti gli strumenti normativi europei che implicano una collaborazione fra Stati membri che, in qualche maniera, possa avere riflessi in ambito

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 367

penale, contengono una "clausola di salvaguardia" che ne limita l'operatività:

- Direttiva n. 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la Direttiva n. 77/799/CEE (art. 1, comma 3: "La presente Direttiva fa salva l'applicazione negli Stati membri delle norme di assistenza giudiziaria in materia penale");
- Regolamento UE n. 904/2010 relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto (art. 1, comma 3: "Il presente regolamento fa salva l'applicazione negli Stati membri delle norme di mutua assistenza giudiziaria in materia penale");
- Regolamento CE n. 2073/2004 relativo alla cooperazione amministrativa in materia di accise (art. 1, comma 2: "Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione negli Stati membri delle norme sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale");
- Regolamento CE n. 515/1997 relativo alla mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e alla collaborazione tra queste e la Commissione per assicurare la corretta applicazione delle normative doganale e agricola, così come modificato dal Regolamento CE n. 776/2008 (art. 51: "Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione negli Stati membri delle norme di procedura penale e disposizioni relative all'assistenza giudiziaria in materia penale, ivi comprese quelle relative al segreto istruttorio");
- Convenzione sulla mutua assistenza e la cooperazione fra amministrazioni doganali, c.d. Convenzione Napoli II (art. 1, comma 2: "la presente convenzione lascia impregiudicate le disposizioni applicabili nel settore dell'assistenza tra Autorità Giudiziarie in materia penale o disposizioni più favorevoli degli accordi bilaterali o multilaterali in vigore tra gli Stati membri che disciplinano la cooperazione prevista dal paragrafo 1 tra le autorità doganali o altre autorità competenti degli Stati membri nonché delle intese convenute nello stesso settore sulla base di una legislazione uniforme o di un regime particolare che preveda l'applicazione reciproca delle misure di mutua assistenza").

Anche a livello europeo, vi è, quindi, la conferma che, allo stato attuale, l'utilizzo extrafiscale di informazioni scambiati tra autorità fiscali sulla base

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 368

della Direttiva è consentito solo previo il consenso espresso dello Stato che dette informazioni ha fornito.

9. Utilizzabilità dei *Tax Information Exchange Agreements* (*TIEA*s) ai fini penali

I *Tax Information Exchange Agreements* (*TIEA*s) sono trattati di diritto internazionale fra due Stati che predispongono una disciplina giuridica per la procedura amministrativa di scambio di informazioni in materia tributaria. Attualmente ve ne sono oltre 500 in vigore e sono generalmente basati sul già citato *Model agreement on exchange of information on tax matters,* elaborato dall'OCSE il 18 aprile 2002, il quale costituisce una sorta di "specificazione" della clausola prevista dall'art. 26 del Modello OCSE contro la doppia imposizione.

Si tratta di uno strumento convenzionale particolarmente snello (rispetto alla stipulazione di un Trattato contro la doppia imposizione) ed esprime l'attuale prevalenza dell'interesse (statuale) a contrastare i paradisi fiscali e favorire la trasparenza delle informazioni rispetto all'interesse (del contribuente) di evitare la doppia imposizione.

Ma tali strumenti, che ad oggi sono molto diffusi, in che misura possono essere utilizzati per contrastare la criminalità economica? Per rispondere a questo quesito, occorre ricordare che uno dei principali ostacoli alla cooperazione internazionale in materia penale consiste nel c.d. principio della doppia incriminazione, tutt'oggi presente in molti strumenti convenzionali di cooperazione penale internazionale e che implica la possibilità dello Stato interpellato di rifiutare la cooperazione se la fattispecie penalmente rilevante nello Stato richiedente non ha analoga rilevanza nel diritto interno.

Chiarito questo aspetto e ritornando ad occuparci della portata dei TIEAs, particolarmente interessante ai nostri fini è la previsione di cui all'art. 4, lett. o) del Modello di convenzione OCSE per lo scambio di informazioni, secondo cui *"the term criminal tax matters means tax matters involving intentional conduct which is liable to prosecution under the criminal laws of*

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 369

the applicant Party". Nell'ambito dello scambio di informazioni, l'OCSE ha constatato che molto spesso il rifiuto a collaborare viene motivato dal fatto che la violazione che lo Stato richiedente intende perseguire non ha rilevanza penale nello Stato interpellato: basti pensare alla Svizzera o al Liechtenstein, il cui diritto penale domestico ha una "asticella di tolleranza" più elevata dell'Italia per quanto concerne i reati tributari. Per tali Paesi, infatti, molte violazioni che per l'Italia sono reati, sono punite unicamente sul piano amministrativo.

Con questa precisazione, quindi, l'OCSE intende eliminare l'invocabilità del principio di "doppia incriminazione" (c.d. *dual criminality principle*) dall'area dello scambio di informazioni in materia tributaria. Posto che la definizione di reati tributari per i quali è astrattamente attivabile lo scambio di informazioni è limitata a quelli dolosi, il Commentario all'art. 4 precisa che *"a tax matter involves intentional conduct if the pertinent criminal law provision requires an element of intent. Sub-paragraph o) does not create an obligation on the part of the applicant Party to prove to the requested Party an element of intent in connection with the actual conduct under investigation".*

Altro problema da risolvere è quello della opacità di Paesi chiaramente *white list* e che non hanno affatto un basso livello di imposizione (*e.g.* il Regno Unito), i quali aderiscono a tutti i *fora* internazionali (*e.g.* OCSE, G-20, Global Forum, ecc.), ma per tradizione culturale sono renitenti allo scambio di dati rilevanti.

Il problema di comunicazione fra informazioni *fiscalmente* utilizzabili e informazioni *penalmente* utilizzabili è presente anche – e soprattutto – negli strumenti convenzionali di cooperazione in materia penale, i quali spesso prevedono come legittima causa di rifiuto alla cooperazione la natura tributaria del reato per il quale si richiede assistenza.

Guardando ad uno degli strumenti più importanti in tale ambito – la Convenzione Europea di Assistenza Giudiziaria in materia penale del 1959 – la formulazione originaria dell'art. 2, lett. a) prevedeva che *"assistance may be refused: a) if the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence, an offence connected with a political offence, or a fiscal offence; (...)".* Tale norma ha subito un forte ridimen-

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 370

sionamento grazie al Primo Protocollo Addizionale (1978), siglato dagli Stati contraenti *"desirous of facilitating the application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters opened for signature in Strasbourg on 20th April 1959 (hereinafter referred to as "the Convention") in the field of fiscal offences"*. Grazie a tale Protocollo, la nuova formulazione dell'art. 1 prevede che *"the Contracting Parties shall not exercise the right provided for in Article 2.a of the Convention to refuse assistance solely on the ground that the request concerns an offence which the requested Party considers a fiscal offence"*. Dunque, l'eccezione "fiscale" non risulta più invocabile dagli Stati per rifiutare la cooperazione in materia penale.

L'art. 2 di detta Convenzione, tuttavia, continua a prevedere che l'esecuzione di rogatorie a scopo di perquisizione o sequestro di oggetto risulti subordinata alla condizione che il reato che motiva la rogatoria sia punibile secondo la legge della Parte richiedente e della Parte richiesta (c.d. *dual criminality*) e, per quanto riguarda i reati tributari, tale condizione deve considerarsi soddisfatta "se il reato è punibile secondo la legge della Parte richiedente e corrisponde ad un reato della stessa natura" secondo la legge della Parte richiesta. Il comma 2 aggiunge, poi, che "la domanda non potrà essere respinta in considerazione del fatto che la legislazione della Parte richiesta non prevede lo stesso tipo di regolamentazione in materia di imposte, oneri, dazi doganali o cambio di valuta rispetto alla disciplina della Parte richiedente" (traduzione libera).

La più recente disciplina che regola il mandato di arresto europeo risulta avere un'applicazione estesa e, soprattutto, svincolata dal *dual criminality principle*. Al riguardo, l'art. 2, comma 2, Decisione Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, n. 2002/584/GAI, prevede che *"danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni:*
- *partecipazione a un'organizzazione criminale;*
- *terrorismo;*

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 371

- *tratta di esseri umani;*
- *sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile;*
- *traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope;*
- *traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi;*
- *corruzione;*
- *frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;*
- *riciclaggio di proventi di reato;*
- *(...)".*

10. L'impatto della cooperazione fiscale internazionale sulle normative antiriciclaggio e loro implementazione

La stretta correlazione fra evasione fiscale e riciclaggio di denaro è dovuta dal fatto che i proventi delle organizzazioni criminali sono sempre alla ricerca di *escamotages* per evitare di essere monitorati dalle autorità competenti, comprese quelle fiscali. Ovviamente le due fattispecie seguono un percorso diametralmente opposto:

- evasione fiscale: l'occultamento di reddito legalmente prodotto può integrare una fattispecie penalmente rilevante;
- riciclaggio: si cerca, invece, di dare una "veste di legalità" al denaro illegalmente percepito.

Il riciclaggio e l'evasione fiscale rappresentano, quindi, due facce della stessa medaglia e hanno in comune la stessa sofisticata tecnica di occultamento del denaro. Dunque, le iniziative internazionali di cooperazione per contrastare il riciclaggio hanno degli inevitabili riflessi in termini di lotta all'evasione fiscale. Allo stesso tempo, si registra un'influenza delle elaborazioni in materia di cooperazione fiscale nella disciplina antiriciclaggio.

L'evoluzione di quest'ultima in ambito internazionale, invero, mostra la tendenza, concretizzatasi peraltro in tempi recenti, da un lato a includere i reati fiscali tra quelli che possono costituire presupposto del riciclaggio;

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 372

dall'altra, a traslare, con adattamenti, nell'ambito dell'antiriciclaggio le esperienze maturate nel contesto della cooperazione fiscale internazionale.

Quanto al primo punto, si assiste all'assunzione di rilevanza dei delitti fiscali come fattispecie dalle quali può scaturire un provento riciclabile.

In ambito internazionale, questo risultato è stato raggiunto, sebbene solo negli ultimi anni, nel contesto dei lavori del GAFI (Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale). Ancora nel 2003, nel corso della revisione delle Direttive GAFI sul riciclaggio, pur essendosi posto il problema della inclusione dei delitti fiscali come possibile presupposto del riciclaggio, ci si limitò a fare riferimento al contrabbando, non essendosi raggiunto alcun tipo di consenso su una più ampia considerazione dei reati fiscali.

Le raccomandazioni GAFI del 2012, al contrario, contemplano per la prima volta tali reati come possibile presupposto del riciclaggio, per quanto il riferimento sia effettuato ai soli *"serious crimes"*, ovvero a quei delitti fiscali considerati di particolare gravità. Non una estensione indiscriminata del riciclaggio ai proventi di qualsiasi delitto fiscale, ma al contrario la limitazione alle situazioni di maggiore offensività, sebbene non vi sia nelle raccomandazioni alcun riferimento che possa indirizzare gli Stati nella selezione.

L'Unione Europea, con la recente Direttiva n. 2015/849 del 20 maggio 2015, dichiarando espressamente di volersi uniformare agli *standard* internazionali compresi quelli elaborati in seno al GAFI, ha incluso anch'essa per la prima volta i reati fiscali nella definizione di "attività criminosa" cui si applica la disciplina antiriciclaggio ivi introdotta. Non vi è, in questo caso, una espressa limitazione ai casi considerati *"serious"*, anche se la dichiarata volontà di adeguarsi agli orientamenti internazionali potrebbe suggerire l'esigenza di una simile limitazione.

Piuttosto, la disciplina europea si pone espressamente il problema della differente latitudine che gli ordinamenti interni possono attribuire alla nozione di reato fiscale. Da questo punto di vista, la Direttiva non considera tale aspetto di per sé dannoso, ma auspica che una simile potenziale divergenza non osti comunque ad una cooperazione ampia tra le Unità di Informazione Finanziaria (UIF) dei vari Stati sia come assistenza reciproca sia come scambio di informazioni.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 373

Gli indirizzi che vanno affermandosi nel contesto sovranazionale, nell'indicare un'influenza delle elaborazioni fiscali in ambito antiriciclaggio, paiono condivisibili specialmente nella misura in cui sembrano indicare l'esigenza che presupposto del riciclaggio non siano tutti i reati fiscali ma solo quelli più gravi. Ciò ha indubbiamente una ricaduta sull'effettività e l'efficacia delle tecniche di contrasto al riciclaggio, perché in caso contrario le autorità a ciò preposte si troverebbero sommerse – e verosimilmente paralizzate – da dati numerosi, poco intelligibili ed ancor meno utili relativi a fattispecie di minore gravità e allarme sociale: si pensi al caso italiano, nel quale tutti i reati sono oggi connotati come delitti e basta una dichiarazione infedele di poco superiore alla soglia di rilevanza penale (non particolarmente elevata neppure dopo gli ultimi ritocchi) per generare la possibilità che i relativi proventi siano oggetto di riciclaggio.

Restringere la rilevanza ai soli delitti fiscali *"serious"* significa in sostanza concentrare gli sforzi, di *intelligence* prima e repressivi poi, solo ove sia maggiore il rischio di fenomeni organizzati e di vasta portata, come nel caso delle operazioni mediante fatture inesistenti utilizzate per la creazione di fondi neri all'estero idonei a loro volta a finanziare fenomeni illeciti di corruzione o terrorismo internazionale.

Vi è poi l'aspetto procedurale, quello della cooperazione internazionale, nel quale l'esperienza del diritto tributario internazionale dimostra di influenzare l'elaborazione dei modelli di repressione dei fenomeni riciclatori.

Sul punto dello scambio di informazioni, è significativo che la Direttiva n. 2015/849 introduca forme di cooperazione modellate su quelle dello scambio di informazioni fiscali (automatico, spontaneo e su richiesta), nel riconoscimento che tali procedure hanno raggiunto nel settore fiscale un grado di raffinatezza particolarmente elevato. Ciò può adombrare la possibilità che i dati fiscali possano rappresentare il nocciolo duro del sistema informativo nell'ambito dell'antiriciclaggio, confermando così quanto si diceva all'inizio di questo intervento circa la diffusa opinione in merito alla sostanziale identità degli strumenti di repressione della criminalità fiscale e di quella economica.

Naturalmente, un simile approccio pone almeno due ordini di problemi ad oggi non risolti.

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 374

Il primo, concernente la tutela del contribuente i cui dati, scambiati tra le autorità fiscali, possono essere allo stesso tempo utilizzati per indagini penali di particolare invasività, come quelle sul riciclaggio, senza che vi sia la garanzia del rispetto delle relative procedure. Il secondo, riguardante la parzialità di un sistema di cooperazione che, non coinvolgendo necessariamente quelle giurisdizioni che configurano "paradisi fiscali", rischia per ciò di nascere monco e comunque essere privo di un requisito di efficacia.

Ma un altro profilo nel quale la disciplina antiriciclaggio appare essere debitrice dell'esperienza fiscale è quello della individuazione del beneficiario effettivo di attività economiche e finanziarie. Da tempo, infatti, tale concetto è stato sviluppato nel diritto tributario, per quanto non sempre in modo coerente ed uniforme. Adesso, gli strumenti internazionali più recenti – si veda in particolare ancora una volta la recente Direttiva UE del 2015 – riprendono tale approccio e lo sviluppano in chiave più sistematica, nella consapevolezza che solo attraverso un'effettiva *disclosure* del titolare ultimo delle attività finanziarie sia possibile attuare una efficacia lotta alle pratiche di riciclaggio internazionale.

Naturalmente, quest'ultimo tema rivela a sua volta un punto di frizione laddove impone di ricercare la collaborazione dei paradisi fiscali per ottenere le informazioni necessarie a pervenire a una simile identificazione. Senza una simile cooperazione, ogni sforzo rischia infatti di venire vanificato.

Ebbene, allo Stato le regole che consentono l'uscita di una giurisdizione dalla lista nera dei paradisi fiscali appaiono troppo incerte sotto questo punto di vista, essendo sufficiente la stipula di un numero minimo di accordi sullo scambio di informazioni senza che venga imposto che ciò coinvolga i principali Paesi occidentali. Con la conseguenza che sono potuti uscire dalla *black list* Stati ancora oggi in larga parte non cooperativi per il solo fatto di aver concluso una manciata di accordi sullo scambio di informazioni con altri Stati di uguale condotta e reputazione.

In un'ottica *de jure condendo*, sarebbe auspicabile allora che i criteri di valutazione degli Stati come *compliant* con gli *standard* internazionali comprendano non solo l'adeguamento alle forme di scambio di informazioni più evolute, ma anche l'adozione di efficaci norme antiriciclaggio, spe-

349-376 GUERRA:02 - ROMAGNOLI 09/05/16 05:41 Pagina 375

cialmente quelle legate all'individuazione del beneficiario effettivo, e la conseguente messa a disposizione delle relative informazioni, meglio se in via automatica, con le autorità di altre giurisdizioni. In questo senso, ancora una volta un modello efficace può essere quello, di derivazione fiscale, del *peer review*, con la revisione del grado di adeguamento dei vari ordinamenti agli *standard* internazionali in via periodica. Da questo punto di vista, ancora una volta l'esperienza europea rappresenta il laboratorio avanzato di questo *"melting pot"* tra lotta all'evasione fiscale e contrasto al riciclaggio internazionale, avendo previsto forme di *reporting* tra uffici di informazione finanziaria che saranno oggetto di valutazione periodica in seno alla Commissione.

11. Brevi considerazioni riepilogative

L'analisi che è stata effettuata ci permette di formulare alcune considerazioni conclusive, come segue.

Nella definizione del concetto di "paradiso", o meglio "rifugio fiscale", sempre maggiore attenzione dovrebbe essere data ai profili di opacità.

L'inclusione od esclusione dalle liste dovrebbe essere operata non sulla scorta di criteri astratti, facilmente aggirabili, ma in base ad un'accertata efficienza ed operatività della collaborazione. Solo all'esito della *peer review*, in altre parole, dovrebbe essere sancita l'esclusione dalle liste dei Paesi cc.dd. *uncooperative*.

Tutte le norme che concernono momenti di dialogo/frizione tra amministrazioni fiscali e autorità che operano per la repressione della criminalità economica dovrebbero essere ripensate, fornendo strumenti che, pur nel rispetto dei princìpi fondamentali, rendono veloce e duttile il travaso dall'una all'altra dimensione.

La nozione di reato fiscale a base del riciclaggio dovrebbe essere ripensata, al fine di focalizzare l'azione informativa e repressiva su quelle forme di evasione che per la loro fraudolenza si prestano a costituire veicolo o mezzo di occultamento di varie forme di criminalità economica.