

SUPSI

10

**Contravvenzioni
e
delitti fiscali
nell'
era dello scambio
internazionale d'informazioni**

Scritti in onore di **Marco Bernasconi**
a cura di **Samuele Vorpe**

ISBN:
88-7595-018-0

Progettazione Layout e composizione:
Giancarlo Gianocca,
Giulia Donnarumma,
un progetto del Laboratorio cultura visiva

Stampa:
Grafica Bellinzona SA
CH-6702 Claro

In copertina:
Illustrazione tratta da un disegno di Max Huber

© 2015
SUPSI, Scuola Universitaria professionale della Svizzera italiana,
Centro competenze tributarie
CH-6928 Manno

Samuele Vorpe

*Responsabile del Centro di competenze tributarie
della SUPSI*

Nota del curatore

75 anni e non sentirli. Marco sembra un ragazzino, sempre pieno di energia! La passione che nutro per il diritto tributario l'ho scoperta soltanto ed esclusivamente grazie a lui. Ricordo ancora con immenso piacere la mia prima lezione di diritto tributario, era il mese di settembre 2003 e Marco si era presentato in aula per raccontarci i principi costituzionali del diritto tributario: principio della riserva di legge, principio della parità di trattamento e dell'imposizione secondo la capacità contributiva, competenze esclusive e concorrenti nell'imposizione diretta ed indiretta, LAID, LIFD, LT, ecc. Si apriva un mondo che solo lui riusciva a rendere affascinante, grazie a quel suo modo genuino e soprattutto semplice di insegnare il diritto. Conservo, ancora oggi, gelosamente gli appunti delle sue lezioni, durante le quali non mi fermavo un attimo, era troppo interessante ed appagante ascoltarlo e poter appuntare sue frasi, che rimangono indelebili nella carta e nella mia mente. Un fuoriclasse che sa miscelare al meglio teoria, pratica, esperienza, emotività e umorismo, doti non comuni e che solo lui è in grado di trasmettere.

Con il passare degli anni Marco da mio professore è diventato datore di lavoro, poi collega, poi amico, sino a diventare un secondo padre. È facile poter parlare con lui di diritto fiscale, di politica, di famiglia, dei figli e dei genitori, di problemi o di successi personali. Lui ha sempre le parole giuste e c'è sempre quando serve. Marco non si è fermato ad insegnarmi il diritto fiscale, ma è stato, ed è tuttora per me, un maestro di vita. Mi ha insegnato l'umiltà, il rispetto delle persone, sempre, il sudore del guadagnarsi le cose, perché nessuno te le regala, saper mantenere i piedi per terra e guardare il mondo che ci circonda da più prospettive. Perché, come mi ha insegnato lui, la soluzione è lì, davanti ai nostri occhi, ma non la vediamo. Sa proteggere i suoi collaboratori come nessun altro, sa motivarli, sa appassionarli, sa confortarli quando è necessario e, io, sono fiero, ma anche fortunato, di essere sbocciato e cresciuto sotto la sua ala. Fortunato perché, come si dice, la fortuna aiuta gli audaci. Sì, sono stato audace. L'ho incontrato dopo l'università per caso, passeggiando con il cane, mi ha espresso la sua stima nei miei confronti ed io allora ho portato a casa il cane e sono tornato da lui perché avevo capito, dentro me stesso, che quella era la mia occasione. Ed infatti lo è stata!

Da quando, nel maggio 2010, ho ereditato la conduzione del Centro di competenze tributarie della SUPSI, ho cercato di portare avanti i suoi principi e di applicare i suoi insegnamenti. Il successo del Centro di competenze tributarie è però da attribuire a lui, che mai ha smesso di credere in me e che mi è sempre stato vicino. Ma non solo, lui è riuscito a coltivare più persone attorno al Centro nel corso degli anni, io ho raccolto i frutti. Se nel passato non ci fossero state, assieme a lui, persone come Andrea Pedroli, Fernando Ghiringhelli, Donatella Negrini, Andrea Manzitti, il Centro non sarebbe quel polo scientifico che è oggi.

La cosa che può apparire strana, per certi versi, ma che costituisce il fattore vincente è questa: a lavorare con lui ci si diverte sempre. Vi è il piacere di fare le cose, anche quelle più noiose. Perché Marco ha sempre la battuta pronta e il consiglio giusto, ma, soprattutto, ti travolge la sua passione per quello che fa. Marco è un gran lavoratore, non si risparmia fintantoché non ha raggiunto il suo obiettivo e sa sempre riconoscere i meriti delle persone. Per lui, infatti, l'onestà intellettuale è un principio cardine.

Questo libro, che prende spunto in tutto e per tutto dalla sua opera "Contravvenzioni e delitti fiscali nel diritto federale svizzero e cantonale ticinese", del 1986, vuole essere un piccolo segno di riconoscenza per il contributo importante che ha dato alle persone e al territorio. I temi di questa pubblicazione seguono sostanzialmente un filo rosso: il diritto penale fiscale, con un occhio di riguardo anche allo scambio di informazioni tra autorità amministrative in materia fiscale.

Venticinque contributi. Ci tengo particolarmente a ringraziare le seguenti persone per aver accettato, ognuna con grande entusiasmo, di accompagnarmi in questa magnifica avventura (in ordine alfabetico): Peter R. Altenburger, Flavio Amadò, Paolo Arginelli, Mauro Baranzini, Paolo Bernasconi, Michael Beusch, Manuel Borla, Andrea Brignoli, Franco Casella, Sonia Del Boca Anelli, Maurizio Di Salvo, Rocco Filippini, Sara Friedli, Matteo Gamboni, Simona Genini, Sharon Guggiari Salari, Giordano Macchi, Andrea Manzitti, Luca Marcellini, Giovanni Molo, Donatella Negrini, Denise Pagani Zambelli, Andrea Pedroli, Fulvio Pelli, Filippo Piffaretti, Vittorio Primi, Sabina Rigozzi, Viviana Sforza, Marzio Teoldi, Curzio Toffoli e Letizia Vezzoni.

Ringrazio inoltre Fernando Ghiringhelli, Sacha Cattelan e Sabina Rigozzi per l'importante aiuto nella fase di correzione ed impaginazione delle numerose bozze. Senza di loro non sarei riuscito a consegnare quest'opera a Marco.

Questo volume, composto da venticinque contributi, spazia dall'implementazione nel diritto svizzero delle Raccomandazioni del GAFI allo scambio automatico di informazioni (secondo i modelli OCSE, UE, FATCA), dalle possibili modifiche del diritto penale tributario volte ad attenuare il segreto bancario nei confronti dei contribuenti residenti in Svizzera all'iniziativa popolare federale "Sì alla protezione della sfera privata". Si passa dalla diligenza delle banche in materia fiscale alla possibilità, per esse, di dedurre le multe fiscali. Nel campo del diritto penale tributario si esaminano gli aspetti legati all'autodenuncia spontanea, alla *voluntary disclosure*, all'amnistia fiscale, all'imposta preventiva, alle successioni e alle donazioni, all'imposta alla fonte, ai coniugi, ai rappresentanti contrattuali, alle imposte indirette, alle distribuzioni dissimulate di utile, alle prescrizioni, alla relazione fra le procedure di recupero d'imposta e di contravvenzione per sottrazione d'imposta, ecc.

Rilevanza assume poi il numero della collana, il 10. Quel 10 che nel mondo del calcio appartiene soltanto ai fuoriclasse, ai geni del pallone, a coloro che sanno inventare *goal* incredibili ed irripetibili. Ecco, Marco, tu nel nostro immaginario fiscale porti quella maglia e, sul petto, sei pieno di stelle, che rappresentano le persone, numerose, alle quali hai insegnato il diritto in tutti questi anni.

Caro Marco, qualche tempo fa mi hai detto di spronarti a raggiungere un obiettivo importante, quello della tesi di dottorato sulla storia di Ezio Vanoni. Un sogno che stai coltivando e che devi realizzare. Queste poche righe, ti obbligheranno (spero!) a portare avanti la tua ricerca di cui, una volta terminata, ci farai omaggio con una nuova e importante pubblicazione.

Tanti auguri, Caro Marco, con il cuore.

Indice principale

	<i>Mauro Baranzini</i> Prefazione	15
<hr/>		
I	Diritto penale tributario svizzero	
<hr/>		
01	<i>Denise Pagani Zambelli</i> La prescrizione dei reati fiscali	25
<hr/>		
02	<i>Rocco Filippini</i> Distribuzioni dissimulate di utili e frode fiscale	39
<hr/>		
03	<i>Giordano Macchi</i> La deducibilità delle multe in ambito fiscale	63
<hr/>		
04	<i>Matteo Gamboni</i> I reati di partecipazione nell'ambito della fiscalità diretta	75
<hr/>		
05	<i>Samuele Vorpe</i> La responsabilità dei coniugi in caso di sottrazione	107
<hr/>		
06	<i>Vittorio Primi</i> Le penalità fiscali (multe) inflitte dall'autorità amministrativa nell'ambito delle imposte sulle successioni e sulle donazioni	129
<hr/>		
07	<i>Sabina Rigozzi</i> Il diritto penale fiscale nell'imposizione alla fonte dei redditi d'attività lucrativa dipendente	177
<hr/>		
08	<i>Donatella Negrini</i> La tassazione al lordo o al netto dei redditi colpiti da imposta preventiva	207
<hr/>		
09	<i>Filippo Piffaretti</i> Reati fiscali ai sensi della LIP, esperienze	227
<hr/>		
10	<i>Sharon Guggiari Salari</i> Art. 12 DPA: il rischio di pagare delle tasse federali a posteriori anche se non si è soggetti fiscali	257
<hr/>		
II	Procedura penale tributaria svizzera	
<hr/>		
11	<i>Luca Marcellini / Letizia Vezzoni</i> La condizione della spontaneità nella procedura di autodenuncia fiscale esente da pena	279
<hr/>		
12	<i>Franco Casella / Marzio Teoldi</i> Autodenuncia esente da pena e procedura semplificata degli eredi	301
<hr/>		
13	<i>Andrea Pedrolì</i> Procedura penale tributaria 2.0	319
<hr/>		
14	<i>Fulvio Pelli</i> Il rapporto di fiducia fra cittadino contribuente e autorità fiscale	359

III Scambio internazionale di informazioni fiscali

15	<i>Andrea Manzitti</i> I rapporti fiscali tra la Svizzera e l'UE a dieci anni dalla Direttiva sulla fiscalità del risparmio	373
16	<i>Simona Genini</i> Lo scambio automatico d'informazioni in ambito OCSE ed UE: implicazioni per la Svizzera	391
17	<i>Flavio Amadò</i> Il principio di specialità nella prospettiva degli standards OCSE sullo scambio automatico di informazioni	415
18	<i>Peter R. Altenburger / Viviana Sforza</i> La convivenza tra FATCA e MCAA: possibili conflitti	437
19	<i>Curzio Toffoli</i> La trasmissione diretta di dati personali di dipendenti, ex dipendenti e terzi dalle banche svizzere al DoJ	451

IV Riciclaggio dei proventi dei reati fiscali e diligenza delle banche

20	<i>Paolo Bernasconi</i> Diligenza delle banche svizzere in materia fiscale	477
21	<i>Michael Beusch / Sara Friedli / Manuel Borla</i> "Serious Tax Crimes": come i delitti fiscali sono divenuti improvvisamente dei "crimini"	529
22	<i>Giovanni Molo</i> Il recepimento del riciclaggio fiscale nel diritto svizzero: cause e conseguenze pratiche	555

V Diritto penale tributario italiano

23	<i>Paolo Arginelli</i> Abuso del diritto e necessario bilanciamento tra principi di eguaglianza, capacità contributiva e legalità	591
24	<i>Andrea Brignoli / Maurizio Di Salvo</i> Aspetti della voluntary disclosure italiana	609
25	<i>Sonia Del Boca Anelli</i> Sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei casi di reati tributari	641
	Elenco delle abbreviazioni	657

Curzio Toffoli

Avvocato, Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law

Studio legale notarile Toffoli&Sala, Chiasso

19

La trasmissione diretta di dati personali di dipendenti, ex dipendenti e terzi dalle banche svizzere al DoJ

Elusione e privatizzazione delle forme di cooperazione (amministrativa e giudiziaria) previste dalle leggi e dai trattati internazionali

1	Introduzione (Intersezioni)	454
2	La triplice via (Soluzioni <i>sine lex</i> USA)	456
2.1	Il JS e il Programma unilaterale del DoJ	457
2.2	Il Modello di autorizzazione del 3 luglio 2013 del Consiglio federale	458
3	"Magnifying Deterrence by Prosecuting Professionals"	461
3.1	Efficaci strategie	461
3.2	Vane resistenze	462
3.3	Rischi concreti	464
4	"Die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe in die USA ist politisch brisant"	465
4.1	Quale diritto risulta <i>in casu</i> determinante?	466
4.2	L'assistenza giudiziaria e amministrativa internazionale è un compito statale delegabile ai privati?	467
4.3	Cosa comporta la disapplicazione delle leggi e delle convenzioni vigenti in materia di assistenza amministrativa e giudiziaria con gli USA?	468
5	"Entraide sauvage" (Contraddizioni)	469
6	Bibliografia	471

"INTEREST OF THE AMICUS CURIAE. The Government of Switzerland has a strong interest in the preservation of the integrity of Swiss law and sovereignty and in promoting respect by the United States of its international treaty obligations to Switzerland. [...] conflicts between the laws of the United States and Switzerland should be avoided, in particular when there is already a treaty in place through which the legal requirements of the two nations have been reconciled"¹.

1 Introduzione (Intersezioni)

A conclusione dei disorientanti dibattiti parlamentari che nel mese di giugno del 2013 hanno portato all'affondamento della (cd.) "Lex USA"², il legislatore svizzero ha demandato al Consiglio federale l'improbabile compito di realizzare la *quadratura del cerchio*: soddisfare le (energetiche) pretese avanzate dalle autorità giudiziarie americane assicurando, nel contempo, alle banche svizzere, ai loro dipendenti e ai terzi coinvolti, la protezione contro le (prevedibili) sanzioni penali provenienti dagli USA. Il Consiglio federale ha infine optato per la linea di minore resistenza, autorizzando – adempiute alcune condizioni e oneri – le singole banche che ne facessero richiesta, alla trasmissione alle autorità USA di informazioni relative al loro modo di gestire i loro affari, compresi i nomi di propri dipendenti, ex dipendenti e altri "soggetti terzi" (quali fiduciari, avvocati, consulenti patrimoniali esterni, ecc.)³, a sola esclusione dei nomi dei clienti.

La trasmissione diretta – ossia senza la "mediazione" da parte dei preposti organi dello Stato – dalle banche svizzere al Dipartimento di giustizia americano (*Department of Justice*, DoJ) di dati personali, ha investito anche la giustizia (civile) ticinese. Sono diversi, infatti, i dipendenti ed ex dipendenti che si sono opposti alla trasmissione dei loro nominativi e funzioni alle autorità di perseguimento penale americane, anche incardinando – laddove le loro opposizioni alla trasmissione sono state respinte dalle banche – i relativi processi presso le competenti Preture.

Per quanto a mia conoscenza⁴, non esistono ancora decisioni di merito cresciute in giudicato. Sono invece stati emanati svariati provvedimenti supercautelari e cautelari con i quali – sempre entro i limiti della mia parziale conoscenza – i Pretori aditi hanno sino ad ora senza eccezioni tutelato l'interesse del dipendente alla non trasmissione dei suoi dati personali, ossia fatto obbligo agli istituti bancari convenuti in giudizio di non trasmettere i dati personali raccolti a questo scopo fino a definitiva conclusione del processo di merito.

¹ CONSIGLIO FEDERALE, *Amicus Brief*, p. 1.

² Cfr. CONSIGLIO FEDERALE, *Messaggio sulla controversia fiscale*, p. 3283 ss.; ROHNER T. F./FURRER U., p. 517 ss.

³ Di seguito si utilizzerà, per indicare tutti questi soggetti, anche l'espressione più tecnica di: "persone interessate", come indicato dall'art. 3 lett. a della Legge federale sulla protezione dei dati (LPD), del 19 giugno 1992, RS 235.1.

⁴ Chi scrive rappresenta processualmente diversi dipendenti ed ex dipendenti di banche di "Categoria 2", i cui dati personali sono stati reputati degni di trasmissione. Tale fatto è esplicitato, non perché abbia un valore in se, quanto per le possibili, ancorché non volute, "influenze" che potrebbero riverberarsi sul presente contributo.

Da un punto di vista giuridico, la legittimità di tali trasmissioni solleva parecchie (interessanti e spinose) questioni, coinvolgendo – in un ampio abbraccio – diversi ambiti e discipline del nostro sistema giuridico, di modo che un giudizio finale e definitivo non può prescindere da un confronto approfondito con le molteplici intersezioni che la complessità della situazione integra⁵.

È naturale che le decisioni sino ad ora emanate dai Pretori abbiano affrontato gli aspetti più squisitamente privatistici (oltre che, naturalmente, legati alle prodromiche, impre-scindibili questioni procedurali), che si individuano nella tutela (generale) della personalità (art. 28 CC⁶), così come concretata nella LPD⁷, e in quella (particolare) disciplinata dalle norme sul contratto di lavoro (art. 328b CO⁸)⁹. Ma vi sono molti altri ambiti giuridici che entrano in linea di conto, e che anche il giudice civile dovrà compiutamente esaminare (art. 57 CPC), come del resto indicato anche dal Consiglio federale nel suo Modello di autorizzazione (cifra II.8). Si pensi alle disposizioni (di origine civile ma con valenza penale)

⁵ HUSMANN M., p. 656; ROHNER T. F./FURRER. U., p. 521, n. 6.8.

⁶ Codice civile svizzero, del 10 dicembre 1907, RS 210.

⁷ Cfr. sul tema specifico: AUBERT G., p. 41 ss.; HUSMANN M., p. 665; MOLO G., p. 30; ROHNER T. F./FURRER U., p. 520 ss.; ROHNER T. F./PETER M., p. 737.

⁸ Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni), del 30 marzo 1911, RS 220. Cfr. sul tema specifico: AUBERT G., p. 45 ss.; HUSMANN M., p. 665; MOLO G., p. 30; ROHNER T. F./FURRER U., p. 521; ROHNER T. F./PETER M., p. 737.

⁹ In generale, l'azione è avviata con la richiesta di un provvedimento supercautelare urgente (art. 265 CPC [Codice di diritto processuale civile svizzero (Codice di procedura civile, CPC), del 19 dicembre 2008, RS 272]), alla quale segue ope legis la fase della "stabilizzazione" cautelare (art. 261 ss. CPC) e, quindi, l'assegnazione da parte del giudice di un termine per introdurre l'azione di merito (art. 263 CPC). In ambito super- e cautelare, le discussioni processuali si sono per lo più incentrate attorno alla sussistenza – contestata dalle banche – del rischio di pregiudizio difficilmente riparabile in capo alla persona toccata, ossia relativamente al rischio che il dipendente (o il terzo) dovesse temere per la sua personalità a seguito della trasmissione dei suoi dati personali negli USA. I Pretori ticinesi, così come alcuni giudici resi nella Svizzera romanda (Court de Justice, Chambre civile, Canton de Geneve, Sentenza del 13 dicembre 2013, n. C/225/2013, consid. 3.2.3), hanno ritenuto verosimile, quantomeno nel quadro di un giudizio sommario, l'esistenza di un tale rischio, in taluni casi anche qualificandolo di "fatto notorio" (e quindi sottratto ad onere probatorio, art. 151 CPC). Nella Svizzera tedesca, è noto almeno un giudizio con un approccio più sfumato (e severo) nei confronti dei dipendenti (Kantonsgericht Zug, Sentenza del 12 settembre 2014, consid. 8.4), mentre l'Obergericht di Zurigo sembra condividere le tesi (e i dubbi di legittimità) espressi dai dipendenti (II. Zivilkammer, Sentenze del 3 marzo, n. LF150002-O/U e del 13 marzo 2015, n. LF140107-O/U). Ciò detto, vi è chi sostiene che l'avvio di una procedura cautelare non sia necessario al fine di sospendere la trasmissione dei dati da parte delle banche. Il Modello di decisione del Consiglio federale (così come le decisioni concrete adottate per le singole banche) prevede infatti (Dispositivo n. 1.4.c) che la trasmissione avviene se il soggetto interessato non promuove entro dieci giorni dall'avvenuta informazione da parte della banca "alcuna azione tendente a vietare la comunicazione dei dati", laddove per "azione" si intende anche la litispendenza di una procedura ordinaria (art. 219 ss. CPC), che è data già con il deposito della (preventiva e obbligatoria) istanza di conciliazione (art. 62 ss., art. 197 ss. CPC). Nelle già citate decisioni, con una motivazione articolata e convincente, l'Obergericht di Zurigo ha invece affermato che la decisione di autorizzazione data alle banche dal Consiglio federale, così come l'art. 271 CP (Codice penale svizzero, del 21 dicembre 1937, RS 311.0) "stellen keinen genügenden, die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz dar" (Sentenza del 13 marzo 2015, consid. 3.4.3).

che tutelano il segreto bancario (art. 47 LBCR¹⁰) e d'affari (art. 273 CP¹¹), così come – e non certo da ultimo – la questione dell'avvenuta disapplicazione delle norme (sostanziali e procedurali) che regolano l'assistenza (amministrativa e giudiziaria) internazionale, risalendo fino al più alto piano del possibile, avvenuto aggiramento di garanzie e diritti fondamentali del cittadino, costituzionalmente ancorati.

Se, com'è stato scritto, il segreto per annoiare sta nel voler dire tutto, scopo di questo contributo è unicamente quello di delineare le ultime due tematiche. Si tratta di questioni fondamentali alle quali Marco Bernasconi, meritevole destinatario di questa ricca collettanea, ha dedicato una vita di proficui, profondi ed appassionati studi.

2 La triplice via (Soluzioni *sine lex* USA)

Il 29 agosto 2013 il DoJ e il Dipartimento federale delle finanze (DFF) hanno sottoscritto una dichiarazione comune (*Joint Statement*, JS), con la quale dichiararono di impegnarsi a predisporre quanto necessario per porre fine alla controversia fiscale che oppone (da anni) le banche svizzere alle autorità USA¹². La cifra 1. del JS richiama espressamente il *Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks* (Programma), approntato dal DoJ ed annunciato il medesimo giorno¹³.

Secondo la comunicazione dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) 50 (2013) del 30 agosto 2013, il citato Programma contiene le prescrizioni e le condizioni che consentono alle banche svizzere che non sono ancora oggetto di un'inchiesta penale (fiscale) negli USA, di regolarizzare direttamente la loro situazione con le competenti autorità americane. A tale fine le banche possono liberamente scegliere tra: un *Non-Prosecution Agreement* (NPA), conformemente alle condizioni enunciate alla cifra II.

¹⁰ *Legge federale sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR), dell'8 novembre 1934, RS 952.0. Sullo specifico aspetto delle relazioni tra la trasmissione dei dati al DoJ e la tutela del segreto bancario, cfr. MICHIG M., p. 1055 ss. Basti qui dire che tutti i commentatori che si sono occupati del tema ritengono che i dati delle persone toccate (cifra II.D.2.b.v. del Programma) siano coperti (e quindi tutelati) dal segreto bancario, cfr. HUSMANN M., p. 664; MICHIG M., p. 1059; MOLO G., p. 28 ss.; ROHNER T. F./PETER M., p. 738. Si deve inoltre considerare la possibilità, non meno interessante, di una violazione "indiretta" del segreto bancario qualora, p. es., un dipendente il cui nome e funzione sono stati trasmessi al DoJ e che, trovandosi su suolo USA, fosse fermato ed interrogato dalle autorità americane, soccombesse alla pressione da queste esercitata e rivelasse informazioni sui clienti della banca. Potrebbe questa persona vedersi rimproverare la violazione del segreto bancario, risp. del suo obbligo di discrezione ai sensi dell'art. 321a CO? Cfr. a proposito AUBERT G., p. 47 ss.*

¹¹ *Cfr. sullo specifico tema: HUSMANN M., pp. 662 e 664; ROHNER T. F./FURRER U., p. 520; ROHNER T. F./PETER M., p. 738; SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 20.*

¹² *Per una sintesi sulla "storia" della controversia fiscale tra le banche svizzere e gli USA: cfr. CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio sulla controversia fiscale, p. 3284 ss.; MICHIG M., p. 105 ss.; ROHNER T. F./FURRER U., p. 515 ss. Dal punto di vista USA, la controversia fiscale non è un contrasto tra Stati, bensì (solo, ma pur sempre) tra le autorità di perseguimento penale americane e le banche svizzere. Di conseguenza, non sarebbe tanto la politica USA ad esercitare una pressione diretta sulle banche e sulla piazza finanziaria svizzera, quanto più – indirettamente – l'Internal Revenue Service (IRS) e il DoJ (ROHNER T. F./FURRER U., p. 519).*

¹³ *Sul tema JS e Programma unilaterale del DoJ: cfr. MOLO G., p. 21 ss.; ROHNER T. F./FURRER U., p. 516 ss.; ROHNER T. F./PETER M., p. 732 ss.*

del Programma (*Category 2 Bank*), oppure una *Non-Target Letter*, conformemente alle condizioni enunciate alla cifra III. (*Category 3 Bank*), risp. IV. (*Category 4 Bank*) del Programma.

A tenore di quanto affermato dalla Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI), la soluzione proposta si compone quindi di tre elementi:

- la dichiarazione congiunta JS,
- il Programma unilaterale USA e,
- unilateralmente da parte svizzera, la fissazione da parte del Consiglio federale dei parametri di partecipazione al Programma nella "*Direttiva sul modello svizzero di decisione del 3 luglio 2013*", il quale fonda le autorizzazioni che saranno poi rilasciate – con decisione individuale e concreta – alle banche richiedenti ai sensi dell'art. 271 n. 1 CP¹⁴.

2.1 Il JS e il Programma unilaterale del Doj

A prescindere dal richiamo presente nel JS, e quale che sia la reale portata giuridica della dichiarazione congiunta, certo è che il Programma non ha natura di contratto (o convenzione) tra le parti (quale che siano le parti): esso è una semplice manifestazione di volontà unilaterale americana; "*The Program is a Department of Justice program and as such addresses only potential criminal liability that may be pursued by the Department of Justice*"¹⁵, ossia un'offerta del (solo) Doj alle banche svizzere affinché queste possano, assolate determinate (stringenti) condizioni (che il Doj giudica a sua esclusiva discrezione¹⁶), evitare il rischio di vedersi coinvolte in procedimenti penali (svolti negli USA secondo il diritto americano) in relazione alla detenzione di averi patrimoniali (americani) non dichiarati al fisco (americano)¹⁷. Di più, con una formulazione tanto asciutta quanto efficace, il Doj ammonisce che "*should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program, this Program may be terminated by the Department*"¹⁸.

La partecipazione delle banche svizzere al Programma dovrebbe avvenire su base libera e volontaria. Stando a quanto dichiarato nel JS, infatti, la Svizzera saluta con soddisfazione lo sforzo intrapreso dal Doj, impegnandosi ad attirare l'attenzione degli istituti bancari sui contenuti del Programma, e incoraggiandoli a considerare la loro partecipazione.

¹⁴ DFF, JS.

¹⁵ U.S. Doj, TDC 2013, p. 3.

¹⁶ U.S. Doj, Programma, cifra II.J.

¹⁷ BURKHALTER S., p. 1601 ss., n. 2.1; MOLO G., p. 23 s.; ROHNER T. F./PETER M., p. 732. *Da un punto di vista dei contenuti, il Programma richiama in modo chiaro gli Offshore Voluntary Disclosure Programs "offerta" dall'IRS a persone fisiche e società al fine di regolarizzare – senza incappare in sanzioni penali – la detenzione di valori patrimoniali non dichiarati all'erario USA.*

¹⁸ U.S. Doj, Programma, cifra V.C. *Formulazione che fa dire, altrettanto esplicitamente, a HUSMANN M., p. 666: "Die Banken, die Betroffenen, letztlich auch die Justiz, werden so in kollektive Geiselhaft genommen".*

In realtà, a fronte della considerevole pressione esercitata sulle banche, libertà e volontarietà appaiono opzioni più teoriche che pratiche¹⁹.

Per le banche di categoria 2, l'adesione al Programma richiede – e il Modello del Consiglio federale autorizza – anche la trasmissione al DoJ di dati personali riguardanti dipendenti (ed ex dipendenti) che all'interno dell'istituto hanno organizzato, gestito o sorvegliato relazioni d'affari con soggetti USA definiti nel Programma, o terzi che hanno operato in modo analogo in siffatte relazioni d'affari²⁰.

Per quanto attiene alla delicata questione del trattamento dei dati personali delle persone interessate che le banche forniscono al DoJ, la cifra 5 del JS, così come la cifra V.B. del Programma, statuiscono chiaramente che tali dati personali saranno utilizzati (*used*) e divulgati (*disclosed*) per far rispettare il diritto americano o per altri scopi permessi dal diritto americano. Si tratta di una formulazione che apre un ventaglio di possibilità indiscutibilmente ampio. Tutto ciò – ovviamente – ad esclusione di qualsiasi possibile "interferenza mitigante" del diritto svizzero²¹. In un quadro così connotato, sarebbe omissivo non ricordare che secondo l'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT), gli USA sono un Paese dove manca una legislazione che assicuri una protezione adeguata dei dati personali ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 LPD²².

2.2 Il Modello di autorizzazione del 3 luglio 2013 del Consiglio federale

Il Consiglio federale riconosce che gli atti che una banca deve compiere per adempiere al Programma consistono nell'eseguire, su territorio svizzero ma per conto di uno Stato estero, atti che spettano a poteri pubblici. Lo scopo dell'autorizzazione sarebbe, sempre

¹⁹ Cfr. U.S. DoJ, *Programma*, cifra V.C.; TDC 2013: "Bottom line. Each eligible Swiss bank should carefully weigh the benefits of coming forward, and the risks of not taking this opportunity to be fully forthcoming. A bank that has engaged in or facilitated U.S. tax-related or monetary transaction crimes has a unique opportunity to resolve its criminal liability under the Program. Those that have criminal exposure but fail to come forward or participate but are not fully forthcoming do so at considerable risk". Nella dottrina cfr. BURKHALTER S., p. 1602; HUSMANN M., p. 667.

²⁰ DFF, *Modello di autorizzazione, dispositivo*, cifra 1.4. Secondo la cifra II.D. del Programma: "Each Swiss Bank requesting an NPA must fully cooperate in the disclosure of the following evidence and information. Prior to the execution of an NPA, the Swiss Bank must provide information including the name and function of the individuals who structured, operated, or supervised the cross-border business for U.S. Related Accounts during the Applicable Period" (cifra II.D.1.b.), risp. "upon execution of an NPA, for all U.S. Related Accounts that were closed during the Applicable Period [...] the name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, accountant, or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account at any time during the Applicable Period" (cifra II.D.2.b.v.). Si vedano poi, a riguardo, le delucidazioni contenute nel U.S. DoJ, TDC 2014, dove, per quanto attiene ai cd. "lower-level employees" si precisa che "The Program contains no de minimis number of accounts with which that person must be affiliated before that person is identified". In altri termini basterebbe che il singolo collaboratore sia stato "contaminato" da una sola relazione rilevante (magari solo firmando una chiusura, in assenza di un collega, ecc.) per causare la trasmissione dei suoi dati personali al DoJ. Inoltre "the Program requires the identities of such persons or entities located not only in Switzerland, but in any country outside of Switzerland, including the United States".

²¹ MOLO G., p. 22; ROHNER T. F./PETER M., p. 737.

²² IFPDT, *Raccomandazione*, cifra 12.

secondo il Consiglio federale, quello di permettere alle autorità USA, al fine di risolvere la controversia esistente, di ottenere le informazioni e i documenti richiesti senza dover promuovere un'accusa contro la banca svizzera toccata. In assenza di esplicita autorizzazione, tale agire adempirebbe la condotta (penale) di atti compiuti per conto di uno Stato estero (art. 271 n. 1 CP)²³. Per escludere la punibilità delle banche che intendono aderire al Programma, il Consiglio federale ha quindi previsto di rilasciare agli istituti che ne facciano richiesta una conseguente autorizzazione. Tale autorizzazione è, per così dire, autolimitante, ossia non dispensa la banca richiedente dall'obbligo di rispettare le altre disposizioni del diritto svizzero (in particolare il segreto d'affari e bancario, le disposizioni in materia di protezione dei dati e gli obblighi ai quali la richiedente soggiace in quanto datore di lavoro). In altri termini, l'autorizzazione consente alla banca di cooperare con le autorità statunitensi soltanto entro i limiti previsti dalla legislazione svizzera²⁴.

Il Consiglio federale invoca, quale base legale per il rilascio di siffatta autorizzazione, l'art. 31 OLOGA²⁵. In punto alle esigenze di legalità, ciò ha dato adito a parecchi, legittimi dubbi; sia internamente all'Amministrazione federale, sia nella dottrina e – di recente – anche nella giurisprudenza²⁶. Lo scetticismo è ancor più giustificato se si pensa che i soggetti toccati dalle conseguenze dell'autorizzazione non hanno a disposizione alcun rimedio giuridico che permetta loro di sottoporre la legittimità dell'autorizzazione medesima al vaglio di un'autorità giudiziaria indipendente, trattandosi decisione emanata dal Consiglio federale in ambito di affari esteri²⁷. Per altro verso l'esperienza ha mostrato che per mezzo di siffatte autorizzazioni *ad hoc* vengono regolarmente aggirate norme (di diritto pubblico nazionale e internazionale) che disciplinano l'assistenza giudiziaria e amministrativa tra Stati, così come varie garanzie e obblighi di diritto privato, coinvolgendo – infine – elementari garanzie procedurali e fondamentali diritti della persona, costituzionalmente garantiti²⁸.

²³ Secondo l'art. 271 n. 1 CP, chiunque, senza esservi autorizzato, compie sul territorio svizzero per conto di uno Stato estero atti che spettano a poteri pubblici (cpv. 1), compia tali atti per conto di un partito estero o di un'altra organizzazione dell'estero (cpv. 2), o favorisca tali atti (cpv. 3) è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria. Nei casi gravi è prevista una pena detentiva non inferiore a un anno. Affinché un'attività possa essere qualificata di "atto compiuto per conto di uno Stato estero", è sufficiente che tale atto sia compiuto nell'interesse dello Stato estero e sia ad esso destinato. L'applicazione della citata norma presuppone, inoltre che secondo la concezione giuridica svizzera l'atto abbia, per natura o per scopo, carattere ufficiale (DFF, Modello di autorizzazione, cifra II.4.).

²⁴ Cfr. DFF, Modello di autorizzazione, cifra II. Si osserva che la "legislazione svizzera" comprende anche le norme che disciplinano l'emanazione di tali autorizzazioni.

²⁵ Ordinanza del 25 novembre 1998 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (OLOGA), RS 172.010.1.

²⁶ Per un esame dettagliato, cfr. HUSMANN M., p. 655 ss. Così si è espresso l'Obergericht di Zurigo: "Die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe in die USA ist politisch brisant. Ob der Bundesrat bei einer Missachtung seiner Verfügung vom 16. Juli 2013 (ndr. rilasciata al Credit Suisse) die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteile würde, ist offen" (II. Zivilkammer, Sentenza del 3 marzo 2015, n. LF150002-O/U, cifra 5.5).

²⁷ Art. 32 cpv. 1 lett. a LTAF (Legge sul Tribunale amministrativo federale [LTAF], del 17 giugno 2005, RS 173.32), art. 83 lett. a LTF (Legge sul Tribunale federale [LTF], del 17 giugno 2005, RS 173.110), art. 189 cpv. 4 Cost. (Costituzione federale della Confederazione Svizzera, del 18 aprile 1999, RS 101). Cfr. anche HUSMANN M., p. 666.

²⁸ HUSMANN M., p. 659.

La motivazione sviluppata dal Consiglio federale nel Modello di autorizzazione (che è poi ripresa, identica, nelle autorizzazioni concrete rilasciate alle singole banche) appare superficiale e generalizzante²⁹. In particolare, il Governo omette di confrontarsi con i parametri stabiliti dalla sua stessa (prudente) prassi vigente in materia di autorizzazioni ex art. 271 n. 1 CP, che vale (invece) qui la pena sinteticamente evocare: "*Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB sind gegenüber anderen Behelfen subsidiär. Die Bewilligungspraxis der Bundesbehörden ist sehr restriktiv und richtet sich nach den Bedürfnissen des Einzelfalles*". Un'autorizzazione presuppone che "*der Rechtshilfeweg nicht aus grundsätzlichen Überlegungen ausgeschlossen ist*", ma che percorrere la via giudiziaria "*im Einzelfall jedoch als praktisch unmöglich oder sinnlos erscheint*"³⁰.

È agevole rilevare che tali (severe) precondizioni non possono dirsi senz'altro assolte nel caso specifico. Inoltre, la loro sussistenza dovrebbe (pur sempre) essere esaminata, approfonditamente, per ogni singolo istituto richiedente. E ciò avuto riguardo (p. es.) della taglia della banca istante, dell'integrazione nel tessuto economico cantonale, nazionale e internazionale, della specifica rilevanza per la struttura bancaria svizzera e del rischio (sistemico o meno) che il singolo istituto potrebbe presentare per il sistema finanziario del Paese³¹. In altri termini, trattandosi *in casu* di trasmissione di dati personali ad un'autorità di perseguimento penale estera fuori dei preposti, normati e collaudati canali dell'assistenza internazionale, ci si sarebbe (almeno) dovuti interrogare se, per ogni singolo caso, tali comunicazioni sono in grado di servire in modo pertinente l'interesse pubblico di un miglioramento dei rapporti tra la Svizzera e gli USA³².

²⁹ Così si esprime, uno per tutti, il Consiglio federale: "*La raccolta e la trasmissione alle autorità statunitensi di informazioni riguardanti l'attività della richiedente con clienti assoggettati all'obbligo fiscale negli Stati Uniti d'America a causa della possibile violazione del diritto statunitense non configurano un'ingerenza eccessivamente grave nella sovranità della Svizzera. A fare da contrappeso vi è d'altro canto un notevole interesse da parte della richiedente a cooperare con le autorità statunitensi. Le informazioni da raccogliere e trasmettere servono in definitiva a evitare che il DoJ promuova accusa nei suoi confronti. La promozione di un'accusa comporterebbe per la richiedente incisive conseguenze nelle sue relazioni economiche con gli Stati Uniti. In particolare, essa rischia di vedersi imporre il divieto di effettuare transazioni in dollari americani, e le restrizioni operative e finanziarie che deriverebbero da tale divieto potrebbero danneggiarla gravemente o addirittura metterne a repentaglio la sopravvivenza*" (DFF, Modello di autorizzazione, cifra II.7).

³⁰ Cfr. GAAC n. 61.82, *Decisione del Consiglio federale del 25 giugno 1997*, cifra III.2 ss. Si trattava qui di una domanda d'autorizzazione concernente la produzione di documenti bancari nell'ambito di una procedura civile pendente dinanzi alla "US District Court for the District of Hawaii". La domanda fu respinta dal Consiglio federale, poiché la via prioritaria dell'assistenza giudiziaria non appariva sin dall'inizio destituita di possibilità di successo(!). Questa decisione fu pure evocata da Rudolf Wyss (allora vicedirettore dell'Ufficio federale di giustizia) nella dichiarazione annessa all'Amicus Brief. Cfr. inoltre Obergericht Zurigo, II. Zivilkammer, *Sentenza del 3 marzo 2015*, n. LF150002-O/U, cifra 5.5: "*Der Bundesrat lehnte in der Vergangenheit deshalb die Ermächtigung in politisch heiklen Fällen ab*". Nel caso concreto, è pacifico che la procedura di assistenza amministrativa è una via percorribile, ancorché con alcune limitazioni, per altro imputabili al fatto che la "nuova" (del 2009) Convenzione per evitare le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio (CDI) tra la Svizzera e gli USA (CDI-USA [Convenzione tra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito, del 2 ottobre 1996, RS 0.672.933.61]) – nella versione modificata dal Protocollo del 23 settembre 2009 che prevede uno scambio di informazioni secondo lo standard completo OCSE, ivi comprese le cd. "domande raggruppate" – è ad oggi stata approvata dall'Assemblea federale svizzera ma non ancora dal Parlamento americano (ROHNER T. F./PETER M., p. 739; SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 14).

³¹ È evidente per chiunque che non tutti gli istituti operanti in Svizzera presentano il profilo di rilevanza attribuito ad UBS: si legga DTF 137 II 431, consid. 4.2.

³² AUBERT G., p. 45; ROHNER T. F./PETER M., p. 737.

Vi sarebbe poi stato da chiedersi se e in che misura, ogni singolo istituto abbia direttamente contribuito ad aggravare il rischio di vedersi promuovere un'accusa negli USA, per avere – come alcune banche indiscutibilmente hanno fatto – magari adottato un modello di *business* pericoloso, reclutando in modo mirato clienti USA con averi non fiscalmente dichiarati³³.

Tutte verifiche che assumono ancora maggior valenza e peso giacché, per utilizzare le parole dello stesso Consiglio federale pronunciate in altra simile, precedente occasione: *"The Government of Switzerland has a strong interest in the preservation of the integrity of Swiss law and sovereignty and in promoting respect by the United States of its international treaty obligations to Switzerland [...] conflicts between the laws of the United States and Switzerland should be avoided, in particular when there is already a treaty in place through which the legal requirements of the two nations have been reconciled [...]. The rules and procedures set out in Article 26 of the Tax Treaty provide the legal basis for Switzerland to exchange information concerning tax issues with the United States. In return, the United States is under an international obligation to respect Article 26 in seeking to obtain information from Switzerland. [...] By proceeding unilaterally outside of the terms of the Tax Treaty and avoiding the established intergovernmental procedures for the exchange of information, the U.S. Government would frustrate the fundamental purposes of the treaty and therefore violate it. More specifically, the treaty's standards and procedures for the exchange of information would become meaningless if a Party to the treaty pursued alternative means of obtaining information from the other"*³⁴.

3 "Magnifying Deterrence by Prosecuting Professionals"³⁵

3.1 Efficaci strategie

In uno studio pubblicato di recente, il prof. Scott A. Schumacher³⁶ sintetizza con queste parole il "cambio di rotta" adottato dalle autorità di perseguimento penale americane nel contrasto all'evasione fiscale internazionale: *"After decades of tolerating abusive tax shelters and tax haven banks, the government changed its policy. However, rather than indicting the individuals and corporations who invested in tax shelters or hid money in offshore accounts, the Justice Department indicted the lawyers, accountants, and bankers who advised them"*³⁷. In particolare, dopo il 2008, il Governo USA optò per dar la caccia ai "professionals" quando prese la decisione di spostare la "linea di fuoco" dai "tens of thousands of U.S. depositors who hid money in undeclared offshore accounts"³⁸, alle banche e i banchieri svizzeri.

³³ AUBERT G., p. 44; MICHLIG M., p. 1062.

³⁴ CONSIGLIO FEDERALE, Amicus Brief, pp. 1, 11 e 13.

³⁵ Il titolo di questo capitolo è quello del contribuito di SCHUMACHER S. A., p. 511 ss.

³⁶ University of Washington – School of Law (Seattle).

³⁷ SCHUMACHER S. A., pp. 511 e 530 ss. L'autore osserva che tale strategia ha una sua (triviale) ragione: *"Tax crimes, when applied to corporations with multiple actors who must collectively «know» the law and «intentionally» violate it, achieve the acme of ambiguity. It is little wonder the Tax Division of the Department of Justice has a stated policy preferring to prosecute individuals rather than corporations"*. Cfr. anche U.S. DoJ, *United States Attorneys' Manual*, 2008, § 9-28.400.

³⁸ SCHUMACHER S. A., pp. 513 e 524 ss.

I procedimenti di perseguimento penale da lì avviati contro singoli professionisti avrebbero introdotto – e si sarebbero dimostrati essere – un nuovo e potente strumento a disposizione del Governo USA: *“Prosecuting professionals magnifies the deterrent effect of these prosecutions; shutting down the service providers is more effectual than prosecuting the clients. Accordingly, where professionals of any kind facilitate criminal activity, focusing on the enablers should be a viable, if not the primary, target”*³⁹.

Il fatto che, presa nel suo insieme, la precisa azione adottata dal Governo USA abbia dato frutti proficui e di grande impatto, è sotto gli occhi di tutti⁴⁰. Inoltre, l'adesione – in massa – delle banche svizzere al Programma unilaterale americano si è (addirittura) rivelata una inaspettata fonte di nuove e significative informazioni, fino a quel momento sconosciute al DoJ⁴¹. Sull'altro fronte, la sentenza di assoluzione dell'ex numero tre di UBS Raoul Weil ha mostrato che, potendo disporre di adeguate risorse, una difesa nel processo – anziché dal processo – negli USA è tutt'altro che impossibile, contrariamente a quanto reiteratamente e apoditticamente sostenuto dalle banche e da diverse autorità (politiche e amministrative) svizzere⁴².

3.2 Vane resistenze⁴³

Fu già durante il 2011 che il DoJ sollecitò da alcune banche svizzere la trasmissione di informazioni sull'attività di loro dipendenti che ebbero contatti con clientela americana, ipotizzando che taluni di questi avrebbero aiutato contribuenti USA a violare le leggi fiscali del loro Paese. Le banche svizzere si opposero, per proteggere i loro clienti ma anche i loro dipendenti. In un primo tempo le banche si dichiarano disposte a fornire delle indicazioni su loro collaboratori, ex collaboratori e terzi, che avessero avuto un ruolo

³⁹ SCHUMACHER S. A., p. 588.

⁴⁰ Anche il Programma unilaterale comincia a dare i primi quantificabili riscontri. Il 30 marzo 2015, BSI ha comunicato di essere la prima banca di “categoria 2” ad aver raggiunto un “Non-Prosecution Agreement” (NPA) con il DoJ: “con il raggiungimento del NPA, BSI risolve le pendenze con il DOJ legate all'attività transfrontaliera di Private Banking svolta in passato con la clientela statunitense e paga USD 211 milioni. Tale pagamento è stato contabilizzato nell'esercizio 2014” (Comunicato stampa BSI del 30 marzo 2015).

⁴¹ Alla fine di novembre 2013 l'allora direttore della FINMA esortò le banche, nel dubbio, a chiedere l'adesione alla categoria 2 del Programma. “In ricezione”, Kathryn Keneally, capo della divisione fiscale del DoJ, ringraziò a più riprese la Svizzera per cotanto insperato aiuto, giacché la maggior parte dei 106 istituti che (spontaneamente) aderirono alla categoria 2, mai erano apparsi sui (per altro possenti) radar del Governo USA (Cfr. NZZ online, *Steuerstreit mit den USA. Über hundert Banken in Gruppe 2*, 26 gennaio 2014).

⁴² Cfr. DFF, Modello di autorizzazione, cifra II.7; IFPDT, Raccomandazione, cifra II.11; ROHNER T. F./FURRER U., p. 517. Si aggiunga che secondo Nathan Hochman (ex assistant attorney general che sovrintendeva la divisione fiscale del DoJ), il verdetto Weil mostrerebbe “the difficulty of going after senior management who can at times blame the bank's customers and lower-level employees for the bank's mistakes” (Ex-UBS Executive Weil Acquitted of U.S. Tax Conspiracy, Bloomberg.com, 4 novembre 2014), affermazione che si pone in linea coerente con la strategia di perseguimento descritta da SCHUMACHER S. A., p. 511 ss.

⁴³ Il titolo di questo capitolo, così come la ricostruzione dei fatti, sono quelli offerti da AUBERT G., p. 40 ss. Cfr. anche: Heumann P., *Chronologie einer Auslieferung*, Die Weltwoche, Ausgabe 34/2012, in: <http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2012-34/chronologie-einer-auslieferung-die-weltwoche-ausgabe-342012.html> (pagina consultata il 15 aprile 2015).

importante in relazione con clienti USA, sostituendo però i nominativi con degli pseudonimi, o codici (tipo: consulente1, gestore2, ecc.), che potessero, alla bisogna, essere facilmente riconciliati. In questo modo, le autorità USA avrebbero potuto descrivere situazioni concrete e, qualora intendessero ottenere informazioni supplementari, agire percorrendo le vie dell'assistenza giudiziaria e amministrativa legalmente previste.

Il 9 novembre 2011, il DoJ comunicò di non condividere questo modo di procedere. Non comprendendo (apparentemente) che le autorità USA richiedevano la trasmissione "in chiaro" dei nominativi, le banche si prepararono a fornire dei documenti anonimizzati, in attesa che le autorità americane aprissero una procedura di assistenza internazionale. Il 17 novembre 2011 la FINMA approvò tale *modus operandi*. Il 16 dicembre 2011, il direttore dell'Ufficio federale di giustizia pure accordò la sua autorizzazione, accompagnandola però da un onere: le banche avrebbero dovuto ottenere dagli USA l'assicurazione che *"das DOJ die übermittelten Unterlagen nicht für individuelle Strafverfahren gegen Mitarbeiter verwendet, sondern ausschließlich für die Untersuchungen gegen die Finanzinstitute"*. Le autorità americane rifiutarono tale condizione. Il 18 gennaio 2012 il Consiglio federale accordò l'assistenza amministrativa agli USA, precisando che anche entro la procedura di assistenza, i nomi avrebbero dovuto essere resi irriconoscibili e non semplicemente codificati. I nominativi avrebbero potuto essere trasmessi solo nel quadro di una soluzione globale della controversia fiscale.

Le autorità americane rifiutarono di assecondare questa esigenza di tutela, esigendo nuovamente la trasmissione integrale dei nominativi, verosimilmente per approfondire le loro inchieste, potendo così interrogare i collaboratori delle banche secondo le regole della procedura americana. Occorre evidenziare che già il 9 novembre 2011 il DoJ segnalò che non si sarebbe accontentato di dati anonimizzati, impartendo alle banche un termine al 31 dicembre successivo per comunicare (nel contempo) le informazioni sulle loro attività *off-shore*. Testualmente: *"If your institution wishes to reach an agreement with us you can avoid a indictment if you deliver all"*.

Frustrate di non veder soddisfatte le loro richieste, le autorità USA manifestarono immediatamente, con i fatti, la fermezza delle loro intenzioni: la banca privata Wegelin fu messa sotto accusa nel mese di febbraio 2012. Questa decisione causò forti inquietudini nelle banche svizzere destinatarie delle domande di informazioni USA, che temevano aperture di procedure penali negli USA. A loro avviso, queste incriminazioni potevano (addirittura) comprometterne l'esistenza. Il 13 marzo 2012, quindi, abbandonando alla spicciolata ogni remora di protezione dei propri collaboratori (e terzi), le banche chiesero al Consiglio federale di autorizzare quanto prima la trasmissione dei dati richiesti, nomi e cognomi compresi.

Il Consiglio federale aderì alle istanze provenienti dalle banche, abbandonando subito ogni esigenza di anonimità e rinunciando, in più, ad impedire alle autorità americane di utilizzare i dati forniti dalle banche contro i dipendenti medesimi. Con la decisione del 4 aprile 2012 che autorizzava le banche a comunicare i dati richiesti dal DoJ, il Governo svizzero lasciò quindi ai soli istituti bancari l'assunzione integrale delle derivanti responsabilità di carattere civile^{44 45}.

3.3 Rischi concreti

Si stima che sono all'incirca 10'000 le persone interessate dalla trasmissione diretta di loro dati personali da parte delle banche svizzere al DoJ. Centinaia di queste temono di essere sottoposte a procedimenti penali negli USA. Tutti questi soggetti vivono pertanto una pesante situazione d'incertezza⁴⁶.

In un quadro così "muscolosamente" connotato è difficile tacciare di "infondati" o "congetturali" i timori di collaboratori, ex collaboratori e terzi. Se è verosimile ritenere che la giustizia americana non sia interessata a mettere sotto accusa o ad arrestare una "segretaria" – ancorché ciò non sia, a rigor di termini, fuori del campo del possibile⁴⁷ – non vi sono ragioni per escludere che questa medesima "segretaria" possa, in occasione di un viaggio, di una vacanza negli USA, essere fermata su suolo americano – magari in un aeroporto – e sottoposta ad interrogatorio, forsanche solo in qualità di testimone o persona informata sui fatti. Indubabilmente si tratterebbe, per l'interessata, di violazioni della libertà personale (art. 10 cpv. 2 Cost.) – libertà prevalente nei confronti di altre libertà economiche (art. 26 ss. Cost.) – che necessita quindi di particolare tutela.

⁴⁴ Cfr. la lettera inviata il 4 aprile 2012 da Christoph Schelling (Capo della divisione "fiscaltà" del SFI) alle banche toccate: "Die Abwägung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bleibt Sache jeder Bank". Fu così che il Consiglio federale, "nur endlich, ganz ohne rückwirkende Normen und ganz ohne Notrecht (so die Selbstdarstellung) den Banken erlauben will, ihre Vergangenheit zu bereinigen" (HUSMANN M., p. 655).

⁴⁵ Non che la FINMA, va pur detto, abbia dato maggior prova di tetragonia. Con lettera dell'11 aprile 2012 essa raccomandò alle banche toccate di far uso della decisione del Consiglio federale e collaborare con le autorità americane. A tal proposito, revocò la direttiva emanata il 9 marzo 2011 ("Framework with regard to the cooperation with US authorities concerning the cross-border business with US clients"), con la quale autorizzava un certo numero di trasmissioni dirette, ma a condizione che concernessero "proprietary information without details of employees or clients or such parts shall be hidden". In virtù di tali direttive, infatti, la trasmissione di documenti che contenessero dati di collaboratori o terzi avrebbero dovuto: trattandosi della SEC (Securities and Exchange Commission, i.e. l'omologa USA della FINMA), seguire il canale dell'assistenza amministrativa (art. 38 LBVM [Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari {Legge sulle borse, LBVM}, del 24 marzo 1995, RS 954.1]; art. 42 cpv. 2 LFINMA [Legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari {Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LFINMA}, del 22 giugno 2007, RS 956.1]); ovvero, trattandosi del DoJ, raccogliere l'accordo dell'Ufficio federale di giustizia (art. 38 cpv. 6 LBVM, art. 42 cpv. 3 LFINMA). Dall'11 aprile 2012, quindi, secondo la FINMA, non sussisteva più ostacolo alcuno alla trasmissione diretta e "in chiaro" dei nominativi delle persone toccate ("entsprechend steht aus aufsichtsrechtlicher Perspektive einer direkten Lieferung von unredigierten Mitarbeiternamen bzw. Namen von Drittparteien an US-Behörden nichts entgegen").

⁴⁶ Cfr. Pöhner R., Es wird Zeit, aufzupassen, Zeit online, 30 agosto 2012, in: <http://www.zeit.de/2012/36/CH-Rechtsbruch-Schweiz-UBS-Bankgeheimnis-Alpenschutz> (pagina consultata il 15 aprile 2015); Mombelli A., L'insicurezza pesa sugli impiegati delle banche, swissinfo.ch, 21 agosto 2013, in: <http://www.swissinfo.ch/ita/l-insicurezza-pesa-sugli-impiegati-delle-banche/36688594> (pagina consultata il 15 aprile 2015).

⁴⁷ ROHNER T. F./FURRER U., p. 517.

Non è inoltre da sottovalutare, per le persone interessate, il verosimile impedimento di poter operare, in futuro, con clienti USA, in qualsiasi forma, così come le difficoltà, a seguito di tali trasmissioni, di poter trovare un impiego presso altro datore di lavoro, almeno per chi opera in ambito bancario o finanziario⁴⁸.

Del resto, la sussistenza di un rischio concreto in capo alle persone toccate dalla trasmissione emerge in tutta la sua evidenza a seguito di un motivo tanto banale quanto inoppugnabile (e logicamente ineludibile): se le autorità di perseguimento penale americane non sono realmente interessate ai soggetti che, per la loro professione, sono entrati in contatto con clienti-contribuenti USA, allora perché mai hanno tanto insistito per conoscerne nomi, cognomi e funzioni⁴⁹? Rispl., perché nell'ambito del proposto Programma, i NPA sono concepiti per sanare la posizione della banca ma non quella dei suoi dipendenti (o terzi)⁵⁰?

4 "Die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe in die USA ist politisch brisant"⁵¹

È indubitabile che la trasmissione di dati personali al DoJ da parte degli istituti bancari rappresenti una traslazione al privato di un compito affidato dal diritto pubblico allo Stato. Lo attesta il fatto che per poter adempiere tale supplenza – *i.e.* compiere atti che spettano ai poteri pubblici in favore di una procedura estera, e quindi di un'autorità estera – senza incorrere nella prevista sanzione penale, si è reso necessario rilasciare alle banche specifiche autorizzazioni *ex art.* 271 n. 1 CP⁵². Nello specifico si tratta, per le banche, di collaborare a procedure penali transnazionali, atti che materialmente si qualificano (o apparentano) a provvedimenti di assistenza giudiziaria in materia penale, o almeno di assistenza amministrativa in materia fiscale⁵³.

Ora, il principio di legalità che sovrintende il nostro Stato di diritto richiede che ogni attività pubblica poggi su di una norma generale e astratta (art. 5 Cost.). Solo eccezionalmente, riscontrate particolari emergenze, l'azione statale può erigersi su competenze straordinarie, laddove ordinanze e decisioni fondate direttamente sulla Costituzione – segnatamente negli ambiti della politica estera (art. 184 cpv. 3 Cost.) così come nel cd. "diritto costituzionale d'urgenza" (art. 185 Cost.) – assumono specifica rilevanza.

⁴⁸ AUBERT G., p. 45.

⁴⁹ AUBERT G., p. 46 ss.

⁵⁰ Si evidenzia che il Modello di autorizzazione obbliga le banche, prima di procedere, a concludere una convenzione con le associazioni del personale che contempra, tra le altre cose, "gli obblighi di assistenza derivanti dal contratto di lavoro e segnatamente l'assunzione delle spese legali per la tutela degli interessi dei collaboratori" (DFF, Modello di autorizzazione, dispositivo, n. 1.5). Tale onere è stato (sebbene, a parere di chi scrive, solo parzialmente) adempiuto con la Convenzione tra l'Associazione svizzera degli impiegati di banca, l'Organizzazione padronale delle banche in Svizzera e l'Associazione svizzera dei banchieri del 29 maggio 2013, la quale stabilisce espressamente che: "gli istituti bancari si impegnano soprattutto ad assumere le spese legali di collaboratori che, nell'ambito della loro attività professionale per il relativo istituto bancario, sono perseguiti penalmente negli USA". Sull'insufficiente tutela offerta da questo strumento e sui rischi penali che corrono le persone toccate, cfr. SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 10.

⁵¹ Obergericht Zürich, Sentenza del 3 marzo 2015, n. LF150002-O/U, consid. 5.5.

⁵² Cfr. DFF, Modello di autorizzazione, cifra II.5; SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 13.

⁵³ SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 1.

Nel caso in cui atti ufficiali interferiscano con i diritti fondamentali, limitandoli, è necessario che questi siano autorizzati da una base legale in senso formale. Le restrizioni devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui, e devono essere proporzionali allo scopo. Eccezioni alla necessità di una base legale sono possibili solo in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile (art. 36 Cost.).

4.1 Quale diritto risulta in casu determinante?

Per quanto riguarda gli atti qualificabili di assistenza giudiziaria in materia penale, risulta in generale applicabile la AIMP⁵⁴. Nello specifico dei rapporti con gli USA, poi, la materia è disciplinata (a livello di diritto internazionale pubblico) dal CAGP-USA⁵⁵, così come dalla LCAGP-USA⁵⁶. Questi strumenti contengono, tra le altre cose, chiare garanzie in materia di rispetto dei diritti umani⁵⁷.

Per quanto invece si riferisce ad atti qualificabili di assistenza amministrativa in materia fiscale, ossia "scambio di informazioni necessarie per applicare le disposizioni della Convenzione o per prevenire truffe e delitti analoghi" (*tax fraud and the like*) opera invece la CDI-USA (art. 26)⁵⁸. Per quanto riguarda la disciplina procedurale (di diritto interno svizzero) tornano in questo contesto applicabili la LAAF⁵⁹, risp. l'OCDI-USA⁶⁰. Anche questi strumenti contengono le garanzie procedurali *standard* riconosciute dalla Comunità internazionale a tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

Appare quindi chiaro che attribuendo, come è stato fatto, alle banche (soggetti di diritto privato) compiti che configurano atti di assistenza internazionale (spettanti ad un soggetto di diritto pubblico, lo Stato) al fine di dirimere direttamente le loro vertenze fiscali e penali con uno Stato estero, sono stati disapplicati ("*ausgeschaltet*") tutti i sopra richiamati strumenti legali, ciò che configura una "*privatizzazione dell'assistenza amministrativa e giudiziaria internazionale*"⁶¹.

⁵⁴ Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (Assistenza in materia penale, AIMP), del 20 marzo 1981, RS 351.1. Cfr. in particolare l'art. 1a per cui la AIMP "si applica tenendo conto dei diritti di sovranità, della sicurezza, dell'ordine pubblico e d'altri interessi essenziali della Svizzera".

⁵⁵ Trattato fra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale, del 25 maggio 1973, RS 0.351.933.6.

⁵⁶ Legge federale relativa al Trattato concluso con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale, del 3 ottobre 1975, RS 351.93.

⁵⁷ Cfr. artt. 4 n. 1, 10, 13, 37 n. 2, 38 n. 2 seconda frase, 40 n. 1 lett. e CAGP-USA; artt. 17 ss., 19 cpv. 1 LCAGP-USA.

⁵⁸ Interessante osservare come l'art. 28 n. 5 CDI-USA non permetta modifiche unilaterali della convenzione, stabilendo invece una procedura comune precisa "per esaminare se sia necessario un adeguamento della Convenzione ai cambiamenti del diritto interno o della politica convenzionale di uno Stato contraente".

⁵⁹ Legge federale sull'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale (Legge sull'assistenza amministrativa fiscale, LAAF), del 28 settembre 2012, RS 672.5. Cfr. art. 1 cpv. 1 lett. b LAAF.

⁶⁰ Ordinanza concernente la convenzione svizzero-americana di doppia imposizione, del 15 giugno 1998, RS 672.933.61. L'art. 26 CDI-USA regola lo scambio di informazioni "su domanda". L'impulso istruttorio parte quindi dallo Stato richiedente. Con il Programma unilaterale USA, invece, i ruoli sono invertiti. Sono le banche (dello "Stato richiesto") a dover fornire spontaneamente un vasto insieme di informazioni. L'osservazione, formulata da MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., è decisamente interessante e pertinente.

⁶¹ Utilizzano questa pregnante espressione: HUSMANN M., p. 667 e SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 8.

4.2 L'assistenza giudiziaria e amministrativa internazionale è un compito statale delegabile ai privati?

L'art. 178 cpv. 3 Cost. stabilisce che la traslazione di compiti amministrativi a organizzazioni e persone di diritto privato è in principio possibile. È però necessario che tale possibilità sia prevista in una legge in senso formale risp., in casi eccezionali, che si possa richiamare il diritto d'urgenza o la clausola generale di polizia. Esclusi da ogni possibilità di delega sono invece – secondo dottrina – i compiti intrinsecamente devoluti allo Stato, quali p. es. il perseguimento penale⁶².

Esula dai limiti di questo contributo esaminare se la raccolta, la preparazione e la trasmissione di informazioni e documenti ad una autorità di perseguimento penale estera costituisca, in sé, un compito costituzionalmente suscettibile di essere delegato (dallo Stato) a soggetti di diritto privato⁶³. Nel caso concreto, un simile approfondimento risulterebbe comunque superfluo. A seguito dell'affondamento parlamentare della *Lex USA*, infatti, viene qui a mancare il requisito (postulato dalla Costituzione) dell'esistenza di una sufficiente base legale in senso formale. Rimane quindi solo da esaminare se, e in che misura, l'autorizzazione rilasciata dal Consiglio federale ai sensi dell'art. 271 n. 1 CP possa supplire tale carenza.

La disamina del quesito porta a risultati significativi⁶⁴. Prima di tutto occorre evidenziare come l'enunciazione "senza esservi autorizzato" (di cui all'art. 271 n. 1 CP) non costituisca un fondamento giuridico autosufficiente, i.e. idoneo in sé a legittimare un'autorizzazione. Pertanto, gli "atti compiuti per conto di uno Stato estero", risp. le autorizzazioni concesse per compiere tali atti, necessitano in ogni caso di essere adeguatamente enucleate in una legge o in un trattato internazionale, situato fuori della norma penale medesima. Difettando – come *in casu* difettano – tali presupposti legali, il Consiglio federale potrebbe (lecitamente) rilasciare un'autorizzazione solo se fossero adempiute le condizioni dell'urgenza (art. 185 cpv. 3 Cost.) o della salvaguardia di interessi preminenti del Paese (art. 184 cpv. 3 Cost.; art. 7c-e LOGA⁶⁵). Nella misura in cui tali provvedimenti intacchino i diritti fondamentali del cittadino – com'è il caso – dovrebbero inoltre essere assolte le condizioni poste dalla clausola generale di polizia (art. 36 cpv. 1, seconda frase Cost.).

⁶² HUSMANN M., p. 659 con riferimenti.

⁶³ Nella misura in cui la trasmissione dei dati sia qualificabile di compito giudiziario, si può comunque dire che già il tenore letterale del dettato costituzionale – dove si enunciano solo "compiti amministrativi" – pare escludere la possibilità. Esprimono chiara opinione negativa SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 11, 14 ss. Questi autori ritengono che le banche siano così state (indebitamente) investite di compiti che spettano a funzionari del fisco e ad autorità penali, assumendo addirittura il ruolo di "finanziari" al soldo delle autorità fiscali e penali USA. Inoltre, avendo un evidente interesse commerciale, le stesse banche sono chiaramente prevenute nel giudicare la trasmissibilità dei dati personali, di modo che esse non possono affrontare la procedura garantendo alle persone interessate la necessaria imparzialità. Anche il diritto (costituzionale) di essere sentito non può essere adeguatamente esercitato dai soggetti interessati. Infine, suppiendo un compito di diritto pubblico, le banche dovrebbero pure ossequiare, nell'emanare le loro decisioni, i parametri stabiliti dalla PA (Legge federale sulla procedura amministrativa [PA], del 20 dicembre 1968, RS 172.021).

⁶⁴ In questo paragrafo cerco di sintetizzare i risultati dell'approfondito esame intrapreso da HUSMANN M., pp. 659-664.

⁶⁵ Legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA), del 21 marzo 1997, RS 172.010.

Resta il fatto che decisioni prese a salvaguardia di interessi preminenti del Paese dovrebbero pur sempre avere carattere completivo, ossia situarsi entro il vigente quadro legale e costituzionale. Di contro, l'aggiramento – indubitabilmente avvenuto nel caso concreto – delle norme sull'assistenza amministrativa e giudiziaria rappresenta una violazione del vigente quadro legale, costituendo quindi un'inammissibile misura elusiva. Oltre a ciò, la trasmissione di dati personali che avviene al di fuori degli ordinari canali dell'assistenza internazionale rappresenta una inammissibile intromissione in – o sostituzione di – procedure esistenti e legalmente codificate.

4.3 Cosa comporta la disapplicazione delle leggi e delle convenzioni vigenti in materia di assistenza amministrativa e giudiziaria con gli USA?

La differenza che intercorre tra la protezione giuridica in ambito di trattamento di dati personali tra soggetti privati rispetto a quella che avviene tra organi dello Stato (o di diversi Stati) non è un esercizio di sofisticheria giuridica, ma una questione di spessore sostanziale. Nello scambio di dati personali tra privati si focalizza infatti l'attenzione sulla tutela (privatistica) del diritto alla personalità, mentre nel trattamento di tali dati da parte di organi statali si interagisce (o interferisce) con i diritti fondamentali del cittadino. La trasmissione di informazioni bancarie comprensive del nome di dipendenti o di terzi tocca – fino ad oggi, perlomeno alle nostre latitudini – i soggetti interessati non tanto nella loro reputazione, quanto più nei loro diritti fondamentali (quali la libertà personale, la protezione della sfera privata e il diritto ad un corretto svolgimento delle procedure di assistenza giudiziaria o amministrativa transnazionale)⁶⁶. E ciò senza menzionare le maggiori difficoltà (e i maggiori costi) che la conduzione di un processo civile comporta rispetto al più agevole percorso offerto dalla procedura amministrativa⁶⁷.

Nel caso della trasmissione diretta dalle banche al DoJ dei loro dati personali, le persone interessate non possono, *in primis*, contare sui principi fondamentali ancorati nelle applicabili norme di diritto pubblico. Si tratta segnatamente⁶⁸:

- del principio di specialità e confidenzialità (art. 67 AIMP, art. 5 CAGP-USA; art. 26 n. 1 CDI-USA, art. 20 cpv. 2 LAAF);
- del principio di doppia punibilità (applicabile in ambito CAGP-USA ma non in ambito CDI-USA);
- del rispetto della sovranità, dell'ordine pubblico e degli interessi nazionali fondamentali (art. 1a AIMP, art. 3 n. 1 CAGP-USA).

In secondo luogo, ai soggetti interessati sono sottratte elementari (fondamentali) garanzie procedurali, quali:

⁶⁶ Non a caso ricadono di principio fuori dal campo di applicazione della LPD i procedimenti di assistenza giudiziaria internazionale, come pure a quelli di diritto pubblico e di diritto amministrativo (art. 1 cpv. 2 lett. c LPD).

⁶⁷ HUSMANN M., p. 666 ss.; SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 16.

⁶⁸ Cfr. HUSMANN M., p. 667; ROHNER T. F./FURRER U., p. 521; SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 9.

- il principio per cui nessuno può essere obbligato ad affermare (o contribuire ad affermare) la propria responsabilità penale (*Nemo tenetur se detegere*, artt. 29 e 32 Cost.; art. 6 CEDU⁶⁹)⁷⁰;
- la garanzia della via giudiziaria (artt. 29a Cost.; 13 CEDU; 80e AIMP; 84 LTF; 37 CAGP-USA; 19 LAAF; 20k OCIDI-USA)⁷¹;
- un adeguato diritto di essere sentito, ossia diritto di essere informato, di partecipare al procedimento e di consultare gli atti (artt. 5, 14 e 15 LAAF)⁷².

5 “Entraide sauvage” (Contraddizioni)

Il 20 febbraio 2013 il Consiglio federale ha posto in consultazione l'avamprogetto per una “*Legge sulla collaborazione con le autorità straniere e sulla tutela della sovranità svizzera*” (AP-LCTS)⁷³, nel quale si affermava che “*le autorità svizzere non cooperano se la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico, le elementari garanzie procedurali o altri interessi fondamentali della Svizzera rischiano di essere intaccati (art. 8 cpv. 3 AP-LCTS)*”⁷⁴. Secondo l'art. 25 cpv. 2 AP-LCTS “*la sovranità svizzera è intaccata in particolare se nell'ambito della cooperazione internazionale un'autorità straniera:*

⁶⁹ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), RS 0.101.

⁷⁰ SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., n. 11. Secondo questi autori vi sarebbe pure la violazione del principio di non retroattività della norma penale (artt. 7 e 15 CEDU). Tornando alla violazione del principio *nemo tenetur*, questi autori partono dall'assunto che chiunque incorra nel rischio di essere perseguito penalmente, possa anche impedire la trasmissione di dati che potrebbero compromettere la sua posizione. Il Tribunale federale ha però sostenuto che il diritto alla non autoincriminazione opera unicamente laddove sia richiesto all'accusato un contributo attivo, essendo così limitato – in sostanza – al “diritto di tacere” (cfr. sul tema: ROHNER T. F./FURRER U., p. 521).

⁷¹ Ritirandosi dal compito istituzionale che gli è stato affidato, lo Stato crea un vuoto, nel quale la legittimità della trasmissione delle informazioni all'estero non necessita più di dover essere dimostrata a priori da chi la richiede. È invece chi è richiesto (i.e. la persona interessata) che deve dimostrare la non legittimità della trasmissione, addirittura avviando un'azione civile. In altri termini, si assiste ad un'inversione dell'onore della prova (HUSMANN M., p. 667). Si tratta di un altro ragionamento interessante e assai pertinente dal profilo dello Stato di diritto.

⁷² Occorre evidenziare che in ambito LAAF, le persone interessate assumono il ruolo di terzi particolarmente toccati ai sensi dell'art. 48 PA. A questi soggetti è garantito, tra l'altro, pieno diritto di ricorso, se del caso fino al Tribunale federale (art. 19 cpv. 2 e 5 LAAF). La LAAF (art. 4 cpv. 3) stabilisce inoltre che non è ammessa la trasmissione di informazioni su persone che non sono interessate dalla domanda. Questo è il caso, in particolare, per le “persone il cui nome figura casualmente nei documenti relativi alla persona interessata – impiegati di banca, contitolari di conti o mandatari – e che non hanno alcun rapporto con l'obiettivo fiscale in vista del quale lo Stato richiedente auspica l'informazione” (CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio LAAF, p. 5599). La persona non interessata dalla domanda potrà quindi richiedere, prima della trasmissione, che le informazioni (presumibilmente irrilevanti) che la concernono, siano rimosse o rese irriconoscibili (art. 17 cpv. 2 LAAF).

⁷³ Il 13 dicembre 2013 lo stesso Consiglio federale ha preso atto dei risultati della consultazione ed incaricato il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) di elaborare un messaggio.

⁷⁴ Secondo il Rapporto LCTS “la cooperazione può svolgersi soltanto entro i limiti chiaramente definiti dalla legge o dai trattati internazionali. Per tutelare la sovranità svizzera, occorre poter impedire gli atti di autorità estere sul territorio della Svizzera non previsti da una legge o da un trattato internazionale, indipendentemente dal fatto che le autorità straniere stesse procedano agli atti legalmente opinabili o che obblighino privati a compiere atti contrari al diritto nazionale – quali ad esempio la consegna di dati di clienti o altre informazioni che sottostanno al segreto d'affari, professionale o d'ufficio. Occorre inoltre garantire che le persone interessate da procedimenti esteri e in particolare da domande estere di assistenza amministrativa possano far valere in modo efficace i propri diritti difendendoli, se necessario, in giudizio” (CONSIGLIO FEDERALE, Rapporto LCTS, p. 6).

(1) non rispetta l'ordinamento giuridico svizzero; (2) elude le forme di cooperazione previste dalla legge o da trattati internazionali; (3) adotta unilateralmente misure coercitive"⁷⁵.

Ora invece, messo sotto pressione dagli USA, il Consiglio federale ha espressamente autorizzato – leggi forzato – l'affermarsi di una situazione che ha esso stesso (in modo esemplare) espressamente dichiarato intaccare la sovranità Svizzera. Incoraggiando, nell'interesse di uno Stato estero, una cooperazione extralegale a beneficio di banche che hanno verosimilmente violato il diritto estero, il (nostro) Governo ha disatteso l'ordine giuridico svizzero. Si tratta di una contraddizione spettacolare, che – almeno sul piano logico e giuridico – sconcerta⁷⁶.

Durante le sue sempre avvincenti lezioni, Marco Bernasconi usava ricordare a tutti noi che nei rapporti tra Stati c'è (sì) il diritto, ma sono i "muscoli" a contare veramente. Nella vicenda della trasmissione dei dati personali al DoJ, solo la giustizia civile è ancora in grado di impedire che questo insegnamento si trasformi (di nuovo) in verità⁷⁷.

Grazie Marco. E tanti, tanti Auguri!

⁷⁵ "La sovranità svizzera garantita dal diritto internazionale è lesa se uno Stato estende in maniera illecita il proprio ordinamento giuridico sul territorio svizzero [...]. Il diritto internazionale vieta in ogni caso che le autorità straniere impongano direttamente il proprio diritto sul territorio svizzero. Ciò sarebbe ad esempio il caso se nell'ambito di procedimenti giudiziari esteri le autorità straniere ordinassero l'assunzione di prove che riguardano documenti che si trovano in Svizzera. In tal caso, secondo il diritto internazionale, lo Stato estero deve ricorrere all'assistenza giudiziaria o amministrativa; se invece ordinasse misure coercitive, lo Stato estero violerebbe la sovranità svizzera garantita dal diritto internazionale. Tale violazione è particolarmente grave nei casi in cui l'applicazione del diritto estero conduce a un conflitto diretto con norme specifiche del diritto svizzero, ad esempio con l'obbligo di mantenere il segreto previsto dalla legge" (CONSIGLIO FEDERALE, Rapporto LCTS, p. 9).

⁷⁶ HUSMANN M., pp. 654 e 667. Non contribuisce a mitigare lo sconcerto il fatto che in data 11 febbraio 2015 il Consiglio federale ha dichiarato prendere atto della decisione del DFGP di non sottoporgli il Disegno della LCTS. I motivi sono, infatti, in disaccordo con il dato di realtà: "Il DFGP ha rilevato che, dall'inizio dei lavori concernenti la LCTS nel 2011, la cooperazione internazionale tra le autorità amministrative si è notevolmente intensificata, permettendo di ovviare alle lacune riscontrate in alcuni settori con delle soluzioni legislative a livello nazionale o internazionale e di facilitare così la cooperazione. Nel corso dei lavori sulla LCTS è stato inoltre possibile risolvere alcune questioni che si pongono regolarmente quando viene richiesta l'autorizzazione di atti amministrativi a favore di autorità straniere" (CONSIGLIO FEDERALE, Comunicato stampa dell'11 febbraio 2015).

⁷⁷ Ancora più incisivamente, con le parole dell'avv. Douglas Hornung "Eh bien, si, on a le choix! Le choix de ne pas se déculotter devant une puissance étrangère, aussi forte soit- elle. Le choix d'être le digne représentant d'une nation souveraine et démocratique, le choix de ne pas accepter de chantage – qu'il vienne de terroristes ou d'un pays ami –, le choix de défendre et d'appliquer des principes fondamentaux universellement reconnus, le choix de défendre ses institutions et ses normes, le choix qui honore et non le choix du déshonneur. Churchill avait eu raison de dire à Chamberlain: «Vous aviez le choix entre la guerre et le déshonneur. Vous avez choisi le déshonneur et vous avez eu la guerre»" (Hornung D., Plier devant les Etats-Unis ne nous épargnera ni la honte, ni la guerre, in: *Le Temps*, 4 giugno 2013).

6 Bibliografia

- AUBERT G., La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail, in: RSDA 2013, p. 40 ss.
- BURKHALTER S., Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken, in: AJP/PJA 12/2014, p. 1601 ss.
- CONSIGLIO FEDERALE, Amicus Brief of Government of Switzerland in the United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division, Case No.: 09-20423-CIV-GOLD/MCALILEY, USA vs. UBS AG, in: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/fallubs/amicus-brief-e.pdf> (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: Amicus Brief)
- CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio a sostegno di una legge sull'assistenza amministrativa fiscale, n. 11.044, del 6 luglio 2011, in: FF 2011 5587 (citato: Messaggio LAAF)
- CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio concernente la legge federale sulle misure per agevolare la risoluzione della controversia fiscale tra le banche svizzere e gli Stati Uniti d'America, n. 13.046, del 29 maggio 2013, in: FF 2013 3283 (citato: Messaggio sulla controversia fiscale)
- CONSIGLIO FEDERALE, Rapporto esplicativo relativo agli avamprogetti di legge federale sulla cooperazione con le autorità straniere e sulla tutela della sovranità svizzera e di decreto federale sull'approvazione di due convenzioni europee in materia amministrativa, Berna 2013, in: http://www.admin.ch/ch/i/igg/pci/documents/2140/LCTS-DF-collaborazione_Rapporto-esp_it.pdf (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: Rapporto LCTS)
- CONSIGLIO FEDERALE, Rinuncia alla legge sulla cooperazione e sulla tutela della sovranità, Comunicato stampa, Berna, 11 febbraio 2015, in: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=it&msg-id=56180> (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: Comunicato stampa dell'11 febbraio 2015)
- DFF, Direttiva sul modello svizzero di decisione del 3 luglio 2013, in: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/32721.pdf> (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: Modello di autorizzazione)
- DFF, Sottoscrizione del "Joint Statement" sulla controversia fiscale Svizzera-Stati Uniti, Documentazione, Berna, 30 agosto 2013, in: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31818.pdf> (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: JS)
- HUSMANN M., Art. 271 Strafgesetzbuch – Dreh- und Angelpunkt im Steuerstreit, zu Recht?, in: AJP/PJA 5/2014, p. 654 ss.
- IFPDT, Empfehlung gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), betreffend Übermittlung von Mitarbeiterdaten (inklusive ehemalige Mitarbeitende und externe Dritte) durch die HSBC Private Bank Suisse SA (HSBC) an US-Behörden, Berna, 15 ottobre 2012 (citato: Raccomandazione)
- MICHLIG M., Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG) unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans. U.S. Department of Justice, in: AJP/PJA 8/2014, p. 1055 ss.
- MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., Kein Raum für privatisierte internationale Strafverfolgung, NZZ del 4 luglio 2013
- MOLO G., Il "Joint Statement" per porre fine alla controversia fiscale tra le banche svizzere e gli USA, in: NF 11/2013, p. 21 ss.
- ROHNER T. F./FURRER U., Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in: ST 8/2013, p. 515 ss.
- ROHNER T./PETER M., Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, in: ST 10/2013, p. 732 ss.
- SCHUMACHER S. A., Magnifying Deterrence by Prosecuting Professionals, in: Indiana Law Journal, 2014, Vol. 89, p. 511 ss.
- SCHWEIZER R. J./MOHLER M. H. F./GLUTZ A. M., Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie, in: Jusletter 10. Juni 2013
- U.S. Doj, Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks, annunciato il 29 agosto 2013, in: http://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2013/08/29/joint_Statement_and_Program.pdf (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: Programma)
- U.S. Doj, The Tax Division's comments about the Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks, 5 novembre 2013, in: http://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2013/11/05/Comments_on_Program_for_Non-Prosecution_Agreements_or_Non-Target_Letters_for_Swiss_Banks.pdf (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: TDC 2013)
- U.S. Doj, The Tax Division's further comments about the Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks, Washington, 5 giugno

2014, in: http://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2014/06/05/Further_Comments_on_Program_for_NonProsecution_Agreements_NonTarget_Letters_%20for_Swiss_Banks.pdf (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: TDC 2014)

U.S. DoJ/DFP, Joint Statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance, Washington, 29 agosto 2013, in: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31815.pdf> (pagina consultata il 15 aprile 2015) (citato: JS)