

# Il principio di reciprocità di cui all'articolo 26 del Modello OCSE: applicazione nella fiscalità italiana

Il proliferare degli scambi di informazione tra Stati impone un esame delle normative interne dei Paesi interessati dalla Convenzione applicata non solo negli aspetti sostanziali ma anche sotto il profilo procedurale



### 1. Premessa

La circostanza che la Svizzera abbia ormai concluso con i principali Paesi europei convenzioni contro le doppie imposizioni secondo il Modello OCSE e che ciò non sia ancora avvenuto con l'Italia non esime lo studioso e l'operatore pratico dall'analisi dei principali problemi che si presenteranno una volta che detta convenzione venisse conclusa.

Come noto, nell'ordinamento interno italiano per il perseguimento dell'interesse pubblico alla repressione degli illeciti fiscali, l'Amministrazione finanziaria è dotata di poteri ispettivi e di indagine assai ampi.

Ai fini delle imposte dirette e dell'IVA rispettivamente l'articolo 37 del decreto del Presidente della Repubblica (di seguito DPR) n. 600/1973 e l'articolo 54 DPR n. 633/1972 prevedono infatti che gli Uffici procedono al controllo delle dichiarazioni dei contribuenti sulla scorta dei dati e delle notizie acquisiti, di quelli raccolti e comunicati dall'anagrafe tributaria e "delle informazioni di cui siano comunque in possesso".

Nonostante questa generalissima previsione, l'acquisizione dei mezzi di prova dai quali possono trarre origine il recupero di maggiori imposte o l'applicazione di sanzioni a carico del contribuente sono specificamente regolamentati sia dalle disposizioni contenute nelle singole leggi d'imposta sia dalle previsioni dello Statuto dei diritti del contribuente (Legge n. 212/2000) che in più occasioni ribadiscono il principio fondamentale per il quale ogni atto di imposizione deve essere corredato da una specifica ed analitica indicazione dei presupposti

di fatto e di diritto su cui si fonda la pretesa dell'Amministrazione.

Proprio il riconoscimento di poteri di indagine assai ampi trova il suo contrappeso nella esigenza che la legittimità dell'agire dell'Amministrazione sia controllabile da parte del contribuente non solo nei suoi aspetti sostanziali ma anche sotto il profilo procedurale.

La circostanza che alcune disposizioni consentano all'Amministrazione delle finanze di richiedere dati e notizie concernenti i soggetti sottoposti ad indagine "anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie o regolamentari" non si traduce in un illimitato e insindacabile potere di reperire materiale probatorio anche in violazione di norme poste a salvaguardia dei diritti fondamentali del contribuente. E ciò almeno per due ragioni:

1. la prima attiene alla considerazione che la stessa circostanza che questa precisazione venga formulata dal legislatore solo con riferimento "agli organi dello Stato, agli enti pubblici non economici, alle società ed enti che effettuano istituzionalmente riscossioni e pagamenti per conto di terzi" nonché, in base a una recentissima disposizione, alle autorità di controllo (Banca d'Italia, Consob e Isvap, cfr. il novellato n. 7-bis del primo comma dell'articolo 32 del DPR n. 600/73) conferma a contrario la inderogabilità anche per l'Amministrazione delle disposizioni dell'ordinamento a tutela delle libertà costituzionalmente garantite;
2. la seconda ragione sta nella valutazione per la quale il legislatore ha in numerose disposizioni vincolato l'agire dell'Amministrazione ad "autorizzazioni" vuoi dell'autorità giudiziaria vuoi del superiore gerarchico deputati ad evitare la prima l'abuso del potere pubblico a discapito delle libertà del cittadino, il secondo l'esercizio arbitrario del potere discrezionale di cui pure è dotata l'Amministrazione.

### 2. I poteri di indagine e lo scambio di informazioni

I principi ora enunciati valgono anche nei casi nei quali la fonte dell'informazione non sia un soggetto dell'ordinamento nazionale ma un'autorità estera per il tramite dello strumento dello scambio di informazioni regolato dalle norme delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

In questa sede ci limitiamo a considerare l'applicazione

dell'articolo 26 del Modello OCSE. Come noto, nel corso del 2005, l'OCSE ha pubblicato una nuova versione del Modello di Convenzione che ha, in particolare, reso più penetrante ed incisivo lo scambio di informazioni per la repressione dell'evasione fiscale anche se concernente imposte di uno dei due Stati contraenti non regolate dalla Convenzione stessa purché la tassazione prevista dalla legislazione interna non contrasti con le norme convenzionali (cfr. sul punto la Circolare n. 33/E del 18 aprile 2002 dell'Agenzia delle Entrate).



### 3. Il principio di reciprocità

Nell'individuare le deroghe all'obbligo di fornire assistenza nel reperimento di dati e notizie rilevanti per lo Stato richiedente, l'articolo 26, paragrafo 3, dispone il principio di reciprocità da intendersi non solo sul piano sostanziale ma anche, e per certi versi soprattutto, in senso procedurale.

Il principio di reciprocità è chiaramente volto ad impedire ad uno Stato contraente di trarre vantaggio dalle leggi di altro Stato contraente per ottenere informazioni che non potrebbe acquisire in base alla propria legge nazionale. Pertanto lo Stato A non può chiedere allo Stato B informazioni che la legislazione interna del primo (o di entrambi gli Stati) non consente di richiedere.

Nel nuovo Modello di Convenzione sono state inoltre, come noto, inserite alcune precisazioni in materia di informazioni bancarie. La disponibilità alla *disclosure* sui conti bancari è, infatti, il terreno sul quale si sta acuendo la lotta ai "paradisi fiscali", intesi oggi non più e non tanto come ordinamenti a imposizione ridotta quanto come sistemi che difendono il segreto bancario e che si rivelano recalcitranti allo scambio di informazioni di natura finanziaria.

Il paragrafo 5 dell'articolo 26 del Modello OCSE prevede infatti che uno Stato contraente non può rifiutarsi "di fornire informazioni solo in quanto le stesse sono detenute da una banca, da un'altra istituzione finanziaria, da un mandatario o una persona che opera in qualità di agente o fiduciario".

La riflessione che intendiamo proporre attiene la circostanza che anche l'attitudine più recente dell'OCSE di penalizzare i Paesi che si identificano in centri finanziari *off-shore* non fa venir meno l'applicazione del principio di reciprocità, di talché anche l'accesso alle informazioni bancarie deve in ogni caso avvenire nel rispetto delle procedure previste in entrambi gli Stati. In alcuni ordinamenti può pertanto legittimamente accadere che per accedere alle informazioni bancarie sia necessario attivare un procedimento giudiziario o amministrativo.

Unico limite è rappresentato dal fatto che la procedura per l'accesso indiretto non deve essere talmente gravosa o dilatoria da sostanzialmente impedire l'accesso alle informazioni medesime. È questa la ragione principale per la quale la Svizzera ha derogato al segreto bancario – così come garantito dal diritto interno – nei rapporti con i Paesi con i quali ha concluso convenzioni basate sul Modello dell'OCSE (come noto, dal 1. ottobre 2010, è operativa l'Ordinanza sull'assistenza amministrativa, la quale verrà presto sostituita da una legge federale).

### 4. Gli strumenti di tutela del contribuente

Vi è da chiedersi pertanto se vi siano e quali siano gli strumenti di tutela del contribuente sul versante italiano nell'ipotesi in cui le informazioni oggetto di "scambio" tra le Autorità fiscali si rivelino in contrasto con i principi ora enunciati.

Abbiamo ricordato più sopra le norme che impongono vincoli all'Amministrazione delle finanze nel reperimento di informazioni da fonti interne all'ordinamento.

Queste stesse disposizioni andranno applicate nel momento in cui la fonte, anziché interna, fosse internazionale, ossia l'informazione provenisse d'ufficio o su richiesta da un'Autorità fiscale estera.

Di talché, ad esempio, se riteniamo che l'autorizzazione del capo gerarchico all'uso delle informazioni bancarie ai fini dell'esercizio del potere impositivo sia imposta dalla legge nazionale (cfr. articoli 32, n. 7, DPR n. 600/1973 e 51, n. 7, DPR 633/1972) allo scopo di garantire che il contribuente non sia colpito ingiustamente da un esercizio improvvido e irrazionale di uno strumento di indagine particolarmente invasivo della sua sfera privata (ultimo baluardo di ciò che rimane del "segreto bancario"), la medesima autorizzazione dovrà accompagnare l'utilizzo di dati bancari provenienti da un'Autorità estera.

Analogamente, il principio di reciprocità impone che il reperimento delle informazioni avvenga nel rispetto della disciplina sostanziale e procedurale dello Stato estero, eventualmente derogata, come nel caso della Svizzera, proprio in ipotesi di applicazione dei trattati.

Il proliferare degli scambi di informazione tra Stati come conseguenza della globalizzazione dei mercati imporrà una sempre maggiore attenzione all'analisi delle normative interne ai Paesi interessati dalla Convenzione applicata non solo e non tanto nei, pur rilevanti, aspetti sostanziali ma anche sotto il profilo procedurale.



Anche sotto questo profilo, il sistema italiano sconta il difetto di non prevedere alcuna tutela "anticipata" in sede di istruttoria amministrativa, essendo, come noto, la tutela dei diritti del contribuente "postergata" alla fase di impugnazione dell'atto impositivo [1].

Laddove lo "scambio" avvenga tra Autorità fiscali che da questo punto di vista sono sottoposte ad ordinamenti basati su principi diversi, il rischio della discriminazione dei soggetti dell'ordinamento italiano può essere superato solo affermando che le norme più garantiste dell'altro Stato debbono avere applicazione anche al soggetto sottoposto alla legislazione italiana se e in quanto rilevanti nel procedimento che ha condotto al reperimento delle informazioni. Di talché, ad esempio, se la normativa dell'altro Stato a cui l'informazione viene richiesta impone un procedimento amministrativo o giudiziario per l'acquisizione di determinate informazioni (si pensi, in particolare, alle informazioni bancarie), tale procedimento dovrà essere applicato anche se l'informazione è destinata al Paese richiedente.

Qualche esempio varrà a chiarire in quali casi e con quali modalità possa trovare applicazione il principio ora enunciato. In primo luogo, l'Amministrazione delle finanze nell'atto impositivo dovrà menzionare la fonte dell'informazione specificando se trattasi di scambio di informazione su richiesta o d'ufficio.

Vigendo infatti il principio per il quale "al contribuente non possono, in ogni caso, essere richiesti documenti ed informazioni già in possesso dell'amministrazione finanziaria o di altre amministrazioni pubbliche indicate dal contribuente" (articolo 6, comma 4, Legge n. 212/2000), l'acquisizione delle prove attraverso l'attivazione delle procedure convenzionali "su richiesta" sarà condizionata al previo esperimento delle procedure di indagine previste dalle norme di diritto interno.

Non solo. Posto che, per principio generale, con riferimento a tutti gli atti amministrativi, compresi gli atti di imposizione, "se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama" (articolo 3, Legge n. 241/1990), l'Amministrazione finanziaria nell'atto nel quale contesti una violazione

delle disposizioni tributarie in forza di uno scambio di informazioni, dovrà allegare all'atto la documentazione essenziale proveniente dall'autorità dello Stato estero volta a consentire al contribuente il controllo della correttezza dell'applicazione delle norme sostanziali e procedurali non solo dell'ordinamento interno ma anche dell'ordinamento dello Stato estero, in ragione del descritto principio di reciprocità.

Il contribuente può dunque eccepire i vizi istruttori avanti l'autorità italiana così come avrebbe fatto dinanzi agli organi dello Stato da cui provengono le informazioni.

Inoltre, posto che, come abbiamo visto, possono essere oggetto di acquisizione secondo lo strumento convenzionale solo "le informazioni verosimilmente pertinenti per applicare le disposizioni della Convenzione", è comunque fatto divieto anche nell'ordinamento italiano di richieste che si sostanzino in *fishing expeditions*: oggetto della richiesta deve essere un contribuente individuato o, in caso di controlli simultanei, determinate categorie di soggetti. L'allegazione dei documenti relativi alle modalità di acquisizione delle prove in forza dell'attivazione della procedura di scambio di informazioni convenzionale dovrà pertanto estendersi a tutto il procedimento da cui sono scaturite le prove, al fine di consentire al contribuente di verificare il corretto esercizio anche sotto questo profilo dell'azione amministrativa che ha dato origine all'atto di imposizione nei suoi confronti.

Così ancora, con riferimento specifico, ad esempio, alle indagini bancarie nei confronti di soggetti esteri che rivestano la qualifica nel loro ordinamento di soggetti esercenti attività fiduciaria, dovrà tenersi conto della circostanza che nel nostro ordinamento la richiesta rivolta a società fiduciarie deve riguardare "specifici periodi temporali di interesse" e "beni, strumenti finanziari e partecipazioni inequivocamente individuati" (articolo 32, comma 1 n. 7, DPR n. 600/1973). Analoghi limiti dovranno pertanto essere osservati laddove la richiesta di informazioni avvenga nei confronti di soggetti esteri equiparabili nell'ordinamento a cui appartengono ai soggetti inquadrabili nel nostro ordinamento nella figura delle società fiduciarie. Questa considerazione appare di particolare importanza per la Svizzera, attesa la specifica disciplina in tema di società fiduciarie.

#### Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.financialtaskforce.org/wp-content/themes/task-force/images/headerIssues.jpg>  
[25.08.2011]

<http://www.ticino.com.mx/wp-content/uploads/2011/04/itch.jpg>  
[25.08.2011]

<http://conversiamo.files.wordpress.com/2008/12/web-agency-etica-ecologica-solidale.jpg>  
[25.08.2011]



**Angela Monti**  
*Avvocato tributarista  
in Milano e Lugano*

**Note: 1)** Per una sintesi della dottrina e giurisprudenza in materia cfr. Monti Angela; La discrezionalità nell'azione amministrativa in materia tributaria e prospettive di riforma del contenzioso tributario, in: Diritto e Pratica Tributaria, 2008.