

Diritto tributario internazionale e dell'UE

Lo scambio di informazioni fiscali in caso di dati rubati



Francesco Naef

lic. iur., avvocato e notaio
Partner di CSNLAW®
Studio legale e notarile,
Lugano

Ex iniuria ius non oritur

1.

Requisiti dello scambio d'informazioni su richiesta

Si sa che nella politica svizzera di assistenza amministrativa in materia fiscale la data cardine è quella del 13 marzo 2009, quando il Consiglio federale ha dichiarato al mondo la sua intenzione di riprendere lo *standard* dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (di seguito OCSE) e quindi avviare negoziati per la revisione delle convenzioni contro le doppie imposizioni (di seguito CDI) tesi a inserire una nuova clausola sullo scambio d'informazioni conforme all'articolo 26 del Modello OCSE di Convenzione per evitare le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio (di seguito M-OCSE). Principali effetti di tale adozione dello *standard* sono che nelle CDI così rivedute, la Svizzera si impegna a fornire informazioni fiscali non solo ai fini della corretta applicazione delle CDI ma anche per la corretta applicazione del diritto fiscale interno dello Stato richiedente, e nel contempo rinuncia al segreto bancario nei confronti delle autorità fiscali estere[1].

Tale scambio d'informazioni su richiesta secondo lo *standard* OCSE non è però totale ed incondizionato. Lo stesso articolo 26 paragrafo 1 M-OCSE precisa che oggetto di scambio sono unicamente le informazioni "*verosimilmente rilevanti*" ai fini dell'applicazione delle CDI o del diritto fiscale interno. Tale nozione serve sì a garantire uno scambio di informazioni il più ampio possibile, ma precisa chiaramente che non deve essere consentito allo Stato richiedente di andare a pesca di informazioni (*fishing expedition*) né richiedere informazioni che è poco probabile siano rilevanti per chiarire la posizione fiscale di un determinato contribuente[2]. In tal senso, una domanda estera priva di indizi concreti o fondata solo su vaghe congetture costituirebbe un'illecita *fishing expedition*[3]. Ciò significa che lo Stato richiedente deve fornire almeno le indicazioni che consentano di identificare un contribuente determinato[4].

Nel caso di una "*domanda raggruppata*", cioè una domanda di assistenza amministrativa concernente un gruppo di contribuenti non singolarmente identificati, può risultare difficile distinguerla da una *fishing expedition* vietata. Lo Stato richiedente deve perciò

fornire una descrizione dettagliata, supportata da chiari fatti, del gruppo oggetto dell'inchiesta, degli specifici fatti e circostanze che hanno portato alla domanda di assistenza, della normativa applicabile e dei motivi che fanno ipotizzare che i contribuenti facenti parte del gruppo non l'abbiano rispettata[5].

Analoghi requisiti per lo scambio di informazioni in materia fiscale sono previsti dal Modello OCSE di Accordo sullo scambio di informazioni in materia fiscale (*Tax Information Exchange Agreement*) (di seguito M-TIEA), sulla base del quale la Svizzera ha recentemente concluso diversi Accordi sullo scambio d'informazioni (di seguito TIEA), e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa e dell'OCSE sulla reciproca assistenza amministrativa in materia fiscale (di seguito Convenzione sull'assistenza amministrativa), firmata dalla Svizzera il 15 ottobre 2013, approvata dall'Assemblea federale il 18 dicembre 2015[6] e che entrerà in vigore il 1. gennaio 2017.

2.

Il fenomeno dei dati bancari "rubati"

2.1.

Diffusione del fenomeno

Quando la Svizzera non concedeva alcuna assistenza amministrativa in materia fiscale il fenomeno dei dati rubati sui clienti di banche e fiduciarie era sporadico.

Dopo la conclusione delle prime CDI contenenti una clausola di scambio d'informazioni conforme all'articolo 26 M-OCSE, invece, vi è stato tutto un fiorire[7] di liste di clienti di banche e fiduciarie allestite da dipendenti infedeli, con l'intenzione di rivenderle agli Stati di residenza di quei clienti; Stati che, a loro volta, si erano pubblicamente dichiarati interessati a tale acquisto, creando così la domanda atta a far fiorire il mercato.

In effetti, con i nominativi e i dettagli del conto bancario svizzero dei loro residenti, gli Stati possono, di fatto, ottenere assistenza amministrativa dalla Svizzera superando la difficoltà legata all'obbligo – derivante dal citato divieto delle *fishing expeditions* – di circostanziare un pochino la loro richiesta, individuando la persona oggetto della domanda o almeno i criteri per individuare il gruppo di persone toccate.

Le liste di clienti contengono però solitamente i nominativi di persone residenti in diversi Paesi e potenzialmente interessanti per questi. Ecco che è perciò apparso il fenomeno della circolazione delle liste: il primo Stato che le ha ottenute le ha in seguito trasmesse spontaneamente o tramite assistenza amministrativa su richiesta a Stati terzi.

Nonostante l'imminente introduzione di un sistema di scambio automatico di informazioni fiscali il fenomeno dei dati rubati sembra essere ancora di grande attualità, se è vero che il *Land* tedesco del Nord Reno-Westfalia ha acquistato per 5 milioni di euro, ancora nell'ottobre 2015, un CD di dati bancari rubati[8].



2.2.

Qualifica giuridica del "furto di dati bancari"

Da un punto di vista terminologico è bene precisare che è comodo parlare di "furto di dati bancari" o di "dati rubati", ma è giuridicamente (almeno in diritto svizzero) impreciso, visto che i dati in questione non sono delle cose che possano essere oggetto di furto ai sensi dell'articolo 139 del Codice penale (di seguito CP)[9].

Nell'ipotesi più tipica – cioè quella dove l'autore del furto dei dati bancari è un dipendente od organo della banca – la fattispecie è ovviamente costitutiva del reato di violazione del segreto bancario (articolo 47 della Legge federale sulle banche e le casse di risparmio [di seguito LBCR])[10]. Secondo il nuovo testo dell'articolo 47 capoverso 1 lettera c LBCR in vigore dal 1. luglio 2015, è ora punibile anche il terzo che divulga i dati coperti dal segreto bancario che gli sono stati rivelati oppure li sfrutta per sé o per altri.

Se invece l'autore non aveva accesso legittimamente ai dati, che erano specialmente protetti contro l'accesso non autorizzato, allora entrerà in considerazione il reato di acquisizione illecita di dati, sempre che l'autore abbia agito a scopo di indebito profitto (articolo 143 CP)[11].

In ogni caso, il medesimo agire del dipendente bancario infedele o del terzo che si è procurato illecitamente accesso ai dati è costitutivo anche di spionaggio economico, se lo scopo dell'autore era di rendere i dati segreti accessibili ad un organismo ufficiale o privato dell'estero (articolo 273 capoverso 2 CP)[12].

Anche il terzo non dipendente bancario che trasmette i dati a uno Stato estero è punibile per il medesimo reato[13], e ciò anche se ha agito interamente all'estero, visto che lo spionaggio economico è un reato contro la sovranità e quindi contro lo Stato svizzero (articolo 4 CP)[14].

3.

Diritto vigente in materia di assistenza amministrativa fiscale

L'articolo 26 M-OCSE non tratta esplicitamente del fenomeno dei dati rubati. Anche il Commentario M-OCSE non ne fa alcuna menzione. Neppure il M-TIEA e tantomeno il suo Commentario trattano dell'argomento. Di conseguenza neanche le CDI o i TIEA conclusi dalla Svizzera regolano esplicitamente le conseguenze di una domanda di assistenza amministrativa fondata su dati rubati. Infine, anche la Convenzione sull'assistenza amministrativa e il suo Rapporto esplicativo sono silenti sull'argomento.

Al contrario, l'articolo 7 lettera c della Legge federale sull'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale (di seguito LAAF) prevede esplicitamente che non si entra nel merito di una domanda di assistenza se essa viola il principio della buona fede, in particolare se si fonda su informazioni ottenute mediante reati secondo il diritto svizzero.

In base ai lavori preparatori della legge, il legislatore intendeva in particolare contemplare il caso della persona che entra illegalmente in possesso di dati bancari e li trasmette o li vende a uno Stato estero. Sempre secondo il legislatore, tale disposizione non fa che esplicitare quanto previsto dal principio della buona fede sancito dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (di seguito CV): la domanda di uno Stato fondata su dati bancari ottenuti illegalmente contraddice lo scopo e il significato della CDI e va quindi qualificata come contraria al principio della buona fede[15].

Il testo di legge non fa quindi alcuna distinzione tra un comportamento dello Stato estero attivo (ad esempio intervenuto quale istigatore o complice dell'autore del furto di dati) o passivo (se si è limitato a tollerare a posteriori l'agire del ladro)[16], né tra un'acquisizione onerosa o gratuita dei dati rubati[17]. Il tenore letterale della legge non esige neppure che il furto dei dati sia stato commesso in Svizzera, essendo sufficiente che la fattispecie costituisca in astratto un reato previsto dal diritto svizzero: anche una domanda di assistenza fondata su dati rubati all'estero risulta quindi irricevibile[18].

La prassi del Dipartimento federale delle finanze (di seguito DFF) applica la disposizione nel senso sopraesposto, e quindi non entra nel merito di domande fondate su dati rubati, poco importando che lo Stato estero li abbia ottenuti mediante un comportamento attivo o passivamente, ad esempio tramite assistenza amministrativa da un terzo Stato che li aveva acquisiti od ottenuti dal ladro[19].

Alcune sentenze del Tribunale amministrativo federale (di seguito TAF) non ancora cresciute in giudicato hanno confermato che è irrilevante la modalità (attiva o passiva) con la quale lo Stato estero è entrato in possesso dei dati sui quali fonda la domanda di assistenza[20].

4. Giustificazione della soluzione vigente

4.1. Osservazione preliminare

L'articolo 7 lettera c LAAF pone evidentemente un limite alla concessione dell'assistenza amministrativa. Poiché il principio della concessione dell'assistenza amministrativa su domanda è però sempre previsto da un trattato internazionale[21] – sia esso una CDI[22], un TIEA[23] o la Convenzione sull'assistenza amministrativa[24] – tale limitazione dell'assistenza può giustificarsi unicamente se è l'espressione di un'analoga limitazione prevista dal diritto internazionale convenzionale o generale[25], la Svizzera non potendo limitare per il tramite del suo diritto interno l'assistenza amministrativa stabilita dalle clausole dei singoli trattati[26].

Infatti, l'articolo 26 CV codifica il principio *pacta sunt servanda*, secondo cui ogni trattato in vigore vincola le parti e deve da queste essere eseguito in buona fede, e l'articolo 27 CV precisa che una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato. Dal punto di vista del diritto internazionale (e davanti a un giudice internazionale) la situazione è quindi chiarissima: in caso di conflitto, il diritto internazionale prevale su quello nazionale[27].



Visto che tali principi di diritto internazionale sono, per giurisprudenza del Tribunale federale, direttamente applicabili nell'ordine giuridico interno svizzero e vincolano non solo l'organo legislativo ma anche tutti gli organi statali, la soluzione è la medesima a livello interno (davanti al giudice svizzero): di principio prevale il diritto internazionale[28]. Una limitazione dell'obbligo di assistenza che fosse prevista unicamente dal diritto interno svizzero non può perciò trovare applicazione, neanche innanzi al giudice svizzero[29].

Invero, il Tribunale federale riconosce (ancora) un'eccezione al principio della prevalenza del diritto internazionale. Secondo la cosiddetta "*prassi Schubert*"[30], nel caso in cui il legislatore federale abbia – con piena consapevolezza e volontà di assumersene la responsabilità politica – emanato una disposizione di diritto interno posteriore e in contrasto con il diritto internazionale convenzionale, siffatta deroga consapevole, pur non potendo modificare la sfera dei diritti e degli obblighi dello Stato nell'ambito della Comunità internazionale[31],

è determinante nell'ordinamento interno e vincola il Tribunale federale: in tal caso il diritto interno va applicato anche se in contrasto col diritto internazionale. Secondo la più recente giurisprudenza, tale riserva della violazione cosciente del diritto internazionale da parte del legislatore federale non è tuttavia sempre applicabile, in particolare ove siano in gioco norme internazionali convenzionali a tutela dei diritti umani o divieti di discriminazioni previsti dall'Accordo sulla libera circolazione delle persone (di seguito ALC)[32].

Comunque, nel caso dell'articolo 7 lettera c LAAF non vi è traccia nei lavori preparatori di una volontà del legislatore federale di derogare consapevolmente agli obblighi di assistenza amministrativa assunti nelle varie convenzioni internazionali. Al contrario, il testo stesso della norma lascia chiaramente intendere che il legislatore abbia unicamente inteso esplicitare quanto già previsto dal principio della buona fede nel diritto internazionale[33]. Inoltre la riserva generale in favore delle divergenti disposizioni delle convenzioni internazionali prevista dall'articolo 1 capoverso 2 LAAF dimostra chiaramente che il legislatore non intendeva derogare al diritto internazionale. La "*prassi Schubert*" non può dunque trovare applicazione[34].

Determinanti sono perciò unicamente i limiti all'assistenza amministrativa deducibili direttamente dalle singole convenzioni applicabili o dal diritto internazionale generale.

L'articolo 7 lettera c LAAF ha valore unicamente nella misura in cui espliciti una limitazione già prevista dal diritto internazionale e ha in tal senso una funzione dichiarativa, o comunque rivolta esclusivamente alle autorità svizzere, nella misura in cui detta limitazione costituisca una semplice facoltà. In tale ipotesi, mentre il diritto convenzionale precisa i limiti che la Svizzera – quale Stato richiesto – può porre alla prestazione dell'assistenza, la LAAF stabilisce i limiti che la Svizzera deve – secondo il proprio diritto interno – fissare all'assistenza, sempre che tali limiti non vadano oltre a quelli consentiti dal diritto convenzionale, prioritario in virtù dell'articolo 1 capoverso 2 LAAF[35].

4.2. Principio di equivalenza?

Le convenzioni internazionali contemplanti una clausola di assistenza amministrativa in materia fiscale prevedono solitamente un limite all'assistenza fondato sul principio di equivalenza: lo Stato richiesto deve reperire le informazioni richieste allo stesso modo in cui procedrebbe qualora dette informazioni gli necessitassero per una procedura interna[36].

L'articolo 26 paragrafo 3 lettere a e b M-OCSE stabilisce infatti che lo Stato richiesto non ha l'obbligo di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla sua legislazione e alla sua prassi amministrativa né di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in virtù della sua legislazione o nell'ambito della sua prassi amministrativa normale. Simile disposizione è prevista dall'articolo 21 paragrafo 2 lettere a e c Convenzione sull'assistenza amministrativa e qualcosa di sostanzialmente analogo dagli articoli 4 paragrafo 1 lettera l e 5 paragrafo 2 M-TIEA.

Tale limite alla concessione dell'assistenza amministrativa comporta una facoltà (e non un obbligo) dello Stato richiesto di declinare una richiesta d'informazioni: questi può decidere di comunque dare seguito alla richiesta[37].

In una recente sentenza non ancora cresciuta in giudicato in un caso francese, il TAF ha ritenuto di scorgere nel suddetto principio di equivalenza il fondamento di diritto internazionale convenzionale per un rifiuto di prestare assistenza nel caso la domanda si fondi su dati rubati *ex* articolo 7 lettera c LAAF. A mente dei giudici amministrativi federali, l'Amministrazione federale delle contribuzioni (di seguito AFC) non potrebbe, in una procedura interna retta dal diritto amministrativo svizzero, fare uso di prove ottenute illecitamente e dati rubati per completare o correggere la tassazione di un contribuente. Di conseguenza, anche lo Stato richiedente non potrebbe ottenere delle informazioni sulla base di dati rubati, in violazione manifesta della legislazione e della prassi amministrativa svizzera[38].

La tesi giuridica è affascinante e sembra condivisa da almeno una voce della dottrina[39]; sarà interessante vedere cosa ne penserà il Tribunale federale. A prima vista la tesi sembra però avere due punti deboli.

In primo luogo – e anche se ciò non può che rattristare ogni cittadino fiducioso nei principi dello Stato di diritto – non è per nulla così manifesto che, nella procedura amministrativa interna, l'amministrazione fiscale svizzera non possa far capo a dati rubati per completare o correggere la tassazione di un contribuente.

Da un lato, sia la Legge federale sulla procedura amministrativa federale (di seguito PA) sia la Legge federale sull'imposta federale diretta (di seguito LIFD) sia la Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (di seguito LAID) sono silenti sul tema dell'utilizzo delle prove illegali. Dall'altro, è vero che il Consiglio federale, rispondendo ad un'interpellanza parlamentare, ha affermato che nelle procedure riguardanti la tassazione e la sottrazione d'imposta le autorità fiscali non utilizzano prove che lo Stato non avrebbe potuto acquisire legalmente o il cui impiego sia contrario al principio della buona fede[40].

Ma, in tale situazione giuridica incerta, è soprattutto vero che il Tribunale federale ha dichiarato perfettamente utilizzabili in una procedura di tassazione interna i dati concernenti una fiduciaria del Liechtenstein che erano stati sottratti da un collaboratore di quest'ultima e trasmessi alle autorità fiscali tedesche e da queste ritrasmessi alle autorità fiscali svizzere[41].

In secondo luogo, il principio di equivalenza previsto dall'articolo 26 paragrafo 3 lettere *a* e *b* M-OCSE non sembra porre dei limiti alla ricevibilità in quanto tale della domanda di assistenza, ma sembra trattare e limitare esclusivamente le modalità della sua esecuzione, in altre parole la procedura di raccolta delle informazioni richieste[42]. Detto altrimenti, la norma citata tratta solo dei limiti all'esecuzione di una domanda di assistenza già presentata, e permette di rifiutare delle modalità di esecuzione che fossero di per sé illecite per

l'ordinamento dello Stato richiesto, come ad esempio nel caso violassero i diritti procedurali delle persone toccate[43]. Tant'è che il Commentario M-OCSE della norma fa riferimento a quella normativa interna che garantisce alle persone toccate di essere sentite prima che le informazioni oggetto della domanda di assistenza vengano trasmesse all'estero[44] e a quella che riconosce il diritto di non testimoniare contro sé stesso[45].

L'articolo 26 paragrafo 3 lettere *a* e *b* M-OCSE non pare quindi trattare del caso in cui la domanda di assistenza stessa sia illegale (perché fondata su dati rubati)[46].



4.3.

Principio di reciprocità?

Un altro limite solitamente previsto dalle convenzioni internazionali sull'assistenza amministrativa in materia fiscale è quello fondato sul principio di reciprocità: lo Stato richiesto non è tenuto a fornire informazioni qualora ciò comporti che esso sia chiamato ad accordare un livello di assistenza maggiore di quello che lo Stato richiedente sarebbe in grado di garantire[47].

L'articolo 26 paragrafo 3 lettere *a* e *b* M-OCSE stabilisce infatti che lo Stato richiesto non ha l'obbligo di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla legislazione dello Stato richiedente ed alla sua prassi amministrativa né di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in virtù della legislazione o nell'ambito della prassi amministrativa normale dello Stato richiedente. Simile disposizione è prevista dall'articolo 21 paragrafo 2 lettere *a* e *c* Convenzione sull'assistenza amministrativa e dall'articolo 7 paragrafo 1 M-TIEA.

Anche tale limitazione comporta solo una facoltà (e non un obbligo) dello Stato richiesto di declinare una richiesta d'informazioni.

Nella sentenza sopraccitata in un caso francese, il TAF ha ritenuto che, nel caso di specie, anche il suddetto principio di reciprocità potesse giustificare un rifiuto di prestare assistenza *ex* articolo 7 lettera c LAAF.

Secondo il TAF, l'amministrazione fiscale francese non potrebbe, in una procedura interna retta dal diritto francese, utilizzare dati rubati per effettuare perquisizioni o rettificare la tassazione di un contribuente. La Francia non potendo

ottenere tali informazioni in virtù della propria legislazione e prassi amministrativa, non potrebbe aggirare tale ostacolo utilizzando la via dell'assistenza amministrativa internazionale: la Svizzera non sarebbe perciò obbligata a fornire assistenza se la domanda si fondasse su dati rubati[48].

Anche tale tesi suscita perplessità per il medesimo motivo indicato in precedenza: anche il principio di reciprocità ancorato all'articolo 26 paragrafo 3 lettere *a* e *b* M-OCSE non sembra infatti porre dei limiti alla ricevibilità in quanto tale della domanda di assistenza, ma alle modalità della sua esecuzione, e non sembra quindi poter giustificare un rifiuto dell'assistenza in caso di dati rubati[49].

Inoltre, si tratterebbe di un risultato non generalizzabile perché dipendente dalla legislazione e prassi amministrativa di ogni Stato richiedente. Il divieto dell'utilizzo di prove illecite vigente in Francia potrebbe non esistere altrove[50].

4.4. Incompatibilità con l'ordine pubblico?

Una limitazione all'obbligo di fornire assistenza prevista tradizionalmente dalle convenzioni internazionali in materia di assistenza non solo amministrativa, ma anche giudiziaria civile e penale, è quella dell'incompatibilità con l'ordine pubblico dello Stato richiesto. Per esempio, secondo l'articolo 2 lettera *b* della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (CEAG), l'assistenza giudiziaria potrà essere rifiutata se la Parte richiesta ritiene che l'esecuzione della domanda è di natura tale da nuocere alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del suo Paese.

Una clausola di tal tipo conferisce, di regola, un ampio potere discrezionale allo Stato richiesto di rifiutare l'assistenza, limitato solo dall'obbligo di esercitarlo conformemente al principio della buona fede codificato all'articolo 26 CV[51].

Le clausole delle convenzioni di assistenza amministrativa in materia fiscale conformi allo *standard* OCSE appaiono però meno ampie.

Per l'articolo 26 paragrafo 3 lettera *c* M-OCSE (e l'identico testo dell'articolo 21 paragrafo 2 lettera *d* Convenzione sull'assistenza amministrativa) lo Stato richiesto non ha l'obbligo di fornire informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico. Analoga limitazione è prevista dall'articolo 7 paragrafo 4 M-TIEA.

Il Commentario M-OCSE della norma conferma che essa va intesa in senso restrittivo e dovrebbe trovare applicazione solo in casi estremi, quando sono in gioco gli interessi vitali dello Stato richiesto. Tale clausola potrebbe dunque applicarsi nel caso in cui l'accertamento fiscale nello Stato richiedente persegua fini persecutori politici, razziali o religiosi, o qualora le informazioni richieste siano coperte dal segreto di Stato[52].

Ora si sa che il Commentario M-OCSE, pur non costituendo un'interpretazione vincolante per le Parti a una CDI[53], è nella prassi di grande rilevanza. Infatti, secondo l'articolo 31 paragrafo 1 CV un trattato deve essere interpretato in buona fede

in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Nel caso in cui il testo di una CDI ricalchi esattamente quello del M-OCSE vige quindi la presunzione che le Parti contraenti abbiano inteso il significato di un termine nel senso proposto dal M-OCSE e dal suo Commentario in vigore al momento delle negoziazioni, proprio perché senso comune del termine in tal momento[54], salvo che si possa provare una diversa volontà delle Parti[55].

Vista tale interpretazione restrittiva del Commentario M-OCSE, un parere giuridico dell'Ufficio federale di giustizia (di seguito UFG) è giunto alla conclusione che non sia possibile invocare l'ordine pubblico per giustificare il rifiuto di una domanda di assistenza amministrativa fondata su dati rubati[56].

Secondo una recente opinione espressa in dottrina tale conclusione potrebbe però non sempre essere corretta.

Tale tesi, partendo appunto dal carattere refragabile della presunzione di corrispondenza dell'interpretazione del Commentario M-OCSE con la volontà delle Parti, sostiene che se è possibile dimostrare che i negoziatori svizzeri abbiano, nell'ambito dei negoziati di una specifica CDI, comunicato unilateralmente alla controparte che non era intenzione della Svizzera concedere assistenza in caso di dati rubati perché in contrasto col proprio senso di giustizia – ciò che, in effetti, sembra essere stato fatto a partire dalla primavera del 2010[57] – allora tale interpretazione più ampia della nozione di ordine pubblico dovrebbe prevalere su quella del Commentario M-OCSE, se la controparte l'ha tacitamente accettata non opponendovisi[58].



A tale opinione si può però controbattere che la valenza di tale comunicazione unilaterale svizzera è, dal punto di vista del diritto internazionale, dubbia.

È pacifico che non si tratti di una dichiarazione interpretativa comune, visto che appunto non ve n'è traccia nel contesto del trattato e che, nell'ambito dei lavori parlamentari in merito alla ratifica di dette CDI, non è neppure mai stata sostenuta l'esistenza di una collettiva interpretazione autentica che, in virtù del principio *eius est interpretari cuius est condere*, possa vincolare le Parti e l'interprete del trattato[59]. In un primo tempo, dopo la manifestazione del fenomeno del furto dei dati bancari,

il Parlamento aveva dato mandato al Consiglio federale di tentare di ottenere dalla controparte alle CDI l'accordo esplicito circa l'interpretazione sull'esclusione dell'assistenza in caso di domanda fondata su dati rubati[60], ma in seguito vi ha rinunciato, evidentemente visto l'esito negativo del tentativo.

Nelle CDI concluse dopo la primavera 2010 la citata comunicazione unilaterale svizzera non sembra essersi mai materializzata nel testo, preambolo, allegati, protocolli finali, scambi di note (cioè in quello che si può definire contesto interno del trattato[61]) o altri documenti oggetto di pubblicazione nella Raccolta sistematica (RS) o nella Raccolta ufficiale (RU). Anche se si ammettesse che la comunicazione unilaterale in oggetto sia una dichiarazione interpretativa unilaterale[62], non sembrerebbe comunque costituire uno "strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato", di cui si debba principalmente tenere conto nell'interpretazione della norma convenzionale ai sensi dell'articolo 31 paragrafo 2 lettera b CV, visto che sarebbe stata resa in un momento precedente alla conclusione del trattato, cioè durante i negoziati[63].

D'altra parte non è neppure sostenibile che la comunicazione unilaterale in discussione possa valere quale riserva al trattato.

In effetti, è generalmente riconosciuto che le cosiddette dichiarazioni interpretative condizionali, vale a dire quelle dichiarazioni unilaterali espresse da una Parte contraente con le quali questa condiziona il suo consenso a vincolarsi al trattato a una determinata interpretazione dello stesso, sono da assimilare a delle riserve e sono soggette alla medesima regolamentazione[64]. Ma le riserve devono essere imperativamente espresse al momento della ratifica del trattato: riserve annunciate in precedenza alla ratifica o addirittura in precedenza alla firma del trattato (nell'ambito delle negoziazioni) sono nulle se non confermate per scritto al momento dell'espressione, da parte dello Stato che le emette, del proprio consenso ad essere vincolato dal trattato[65]. Già per questo motivo formale la comunicazione unilaterale svizzera, emessa durante i negoziati ma non ripetuta né al momento della firma né delle ratifiche delle CDI, non è una riserva.

Anche motivi sostanziali fanno escludere tale ipotesi. In effetti, le CDI sono dei trattati bilaterali, ed è generalmente riconosciuto che non ha senso parlare di riserva a un trattato bilaterale, la stessa essendo piuttosto un'offerta di procedere alla rinegoziazione del trattato[66]. Inoltre, non è stato mai sostenuto dal Consiglio federale che la Svizzera abbia condizionato il suo consenso a vincolarsi alle CDI a una determinata interpretazione della nozione di ordine pubblico.

Nell'ambito dei lavori parlamentari in merito alla ratifica delle CDI concluse dopo la primavera del 2010 (ad esempio quella con l'India) e anche di quelle concluse recentemente (ad esempio quella con l'Italia[67]) il Consiglio federale ha però esplicitamente confermato l'esistenza della comunicazione unilaterale svizzera nell'ambito dei negoziati ed il fatto che sarebbe stata protocollata[68]. Questa dichiarazione, espressa durante la negoziazione del testo della CDI, potrebbe

quindi teoricamente avere una qualche valenza a titolo di mezzo sussidiario d'interpretazione ai sensi dell'articolo 32 CV, che permette di ricorrere ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso per confermare il significato risultante dall'interpretazione fondata sul testo e contesto del trattato oppure quando tale interpretazione non permetta ancora di fare chiarezza [69]: proprio perché rappresenta un mezzo sussidiario, la valenza probatoria di una simile dichiarazione unilaterale sarebbe comunque ridotta[70].



In ogni caso, una dichiarazione interpretativa unilaterale (sia essa stata emessa durante le negoziazioni o in occasione della conclusione di un trattato) non può da sola, proprio perché unilaterale, avere una grande valenza e vincolare le altre Parti al trattato, poiché il principio della sovrana eguaglianza degli Stati impedisce che una Parte possa imporre puramente e semplicemente la propria interpretazione[71]: molto dipende dall'accoglienza che la dichiarazione ha avuto presso le altre Parti al trattato, e cioè se abbia suscitato approvazione oppure rifiuto[72]. A tal proposito, va considerato che la sola mancata reazione di una Parte ad una dichiarazione interpretativa unilaterale dell'altra non significa di principio approvazione del contenuto della stessa[73]. Proprio perché la dichiarazione interpretativa unilaterale non è una riserva, alla prima non è applicabile la presunzione di accettazione in caso di mancata reazione nei dodici mesi dalla notifica della riserva, prevista dall'articolo 20 paragrafo 5 CV.

Poiché, nell'ambito dei lavori parlamentari in merito alla ratifica di dette CDI, non è mai stato sostenuto che le controparti abbiano approvato durante le negoziazioni la dichiarazione unilaterale svizzera, limitandosi al massimo a prenderne conoscenza[74], si deve ritenere che semplicemente non abbiano reagito alla stessa. Da tale mancata reazione durante le negoziazioni non si può ancora dedurre alcunché per l'interpretazione della clausola delle CDI sull'ordine pubblico.

Un accordo con l'interpretazione unilaterale fornita dalla Svizzera potrebbe semmai essere ravvisato nella pratica successivamente seguita dalle Parti alla CDI, e quindi nel prolungato silenzio rispettivamente nella mancata opposizione al modo in cui la Svizzera applica il trattato (articolo 31 paragrafo 3 lettera b CV[75]).

Nel caso, ad esempio, dell'India (e di altri importanti Stati partner del Forum dei ministri delle finanze e dei governatori delle banche centrali [di seguito G20] o dell'Unione europea

[di seguito UE]), la pratica successivamente seguita dalle Parti dimostra però che essa ha chiaramente rifiutato l'interpretazione unilaterale svizzera, insistendo a presentare domande di assistenza amministrativa fiscale fondate su dati rubati ed addirittura protestando con la Svizzera per il suo rifiuto di collaborare[76].

La dichiarazione interpretativa unilaterale svizzera sembrerebbe quindi – almeno nei confronti di questi Stati – priva di alcuna rilevanza.

Al quesito a sapere se la riserva dell'ordine pubblico, prevista dalle CDI contenenti una clausola conforme all'articolo 26 paragrafo 3 lettera c M-OCSE, possa giustificare – da un punto di vista del diritto internazionale – il rifiuto della Svizzera di dare seguito ad una domanda di assistenza amministrativa fondata su dati rubati non si può quindi dare una risposta generalizzata, molto dipendendo dal testo, dal contesto e dalle circostanze della conclusione di ogni singola CDI. Probabilmente, nella maggior parte dei casi la risposta sarà però negativa.



Infine, da un punto di vista sostanziale, si potrebbe osservare che non sembra così evidente[77] che l'utilizzo in una procedura fiscale di dati bancari rubati sia contrario al senso di giustizia come compreso dalla Svizzera (e quindi al suo ordine pubblico), visto che, come ricordato in precedenza, il Tribunale federale ha dichiarato perfettamente utilizzabili in una procedura di tassazione interna dei dati rubati ad una fiduciaria del Liechtenstein[78].

Tutte queste perplessità sono comunque destinate a interessare unicamente gli storici del diritto, vista l'imminente entrata in vigore della Convenzione sull'assistenza amministrativa che, come visto in precedenza, contiene una clausola sulla riserva dell'ordine pubblico identica a quella del M-OCSE ed ugualmente restrittiva secondo il suo Commentario. Poiché non vi è traccia nei lavori parlamentari in merito alla ratifica di detta Convenzione di alcuna dichiarazione interpretativa svizzera sull'ordine pubblico, il Commentario della Convenzione sarà l'unico elemento decisivo per interpretarla.

Nei confronti degli Stati parte a tale Convenzione l'ordine pubblico non potrà quindi giustificare il rifiuto di assistenza in caso di dati rubati.

Siccome l'articolo 27 paragrafo 1 Convenzione sull'assistenza amministrativa stabilisce che le possibilità di assistenza previste dalla stessa non sono limitate da quelle contenute in accordi internazionali e altri impegni esistenti, vale il principio della prevalenza dell'Accordo che concede la cooperazione maggiormente efficace nel caso concreto. Uno Stato parte alla Convenzione sull'assistenza amministrativa potrà quindi richiedere assistenza alla Svizzera fondandosi su detta Convenzione e sulla sua nozione restrittiva di ordine pubblico – che garantisce una cooperazione più estesa – nonostante l'esistenza di una CDI prevedente maggiori limitazioni all'obbligo di assistenza della Svizzera[79].

4.5.

Rispetto della sovranità territoriale

Raramente[80] la dottrina ha esaminato in dettaglio se il principio – del diritto internazionale generale – del rispetto della sovranità territoriale possa costituire un limite ad una domanda di assistenza amministrativa fondata su dati rubati.

Esaminato da vicino, questo sembra invece essere il miglior argomento di diritto internazionale per giustificare l'irricevibilità della domanda di assistenza *ex* articolo 7 lettera c LAAF.

4.5.1.

La sovranità territoriale

La sovranità è una nozione cardine del diritto internazionale e costituisce una delle caratteristiche che definiscono lo Stato come soggetto del diritto internazionale; vi è infatti uno Stato solo in presenza di un territorio, di un popolo e di una potestà pubblica (ossia un Governo effettivo ed indipendente verso l'esterno e verso l'interno, quale espressione della sovranità dello Stato)[81].

La sovranità territoriale implica, per il diritto internazionale consuetudinario, il diritto esclusivo di esercitare le attività statali. Come ha riconosciuto la giurisprudenza internazionale: *"Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State"*[82].

Ogni Stato ha perciò il monopolio della giurisdizione sul proprio territorio, vale a dire gode in maniera esclusiva del potere di imporre regole vincolanti (*jurisdiction to prescribe*), del potere di risolvere le controversie (*jurisdiction to adjudicate*) e del potere di garantire l'esecuzione coercitiva del diritto (*jurisdiction to enforce*)[83].

Il corollario, riconosciuto dal diritto internazionale consuetudinario, di tali diritti esclusivi è l'obbligo di rispettare la sovranità territoriale degli altri Stati. Infatti, secondo la giurisprudenza internazionale: *"La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure, sauf l'existence d'une règle permissive contraire, tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention"*[84]. Inoltre: *"Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux"*[85].

Vige quindi il divieto di ingerenza negli affari interni ed il divieto di compiere atti che spettano a poteri pubblici nel territorio degli altri Stati sovrani[86]. È vietato ad uno Stato penetrare con aerei o navi, arrestare e rapire persone, notificare atti o raccogliere informazioni o prove sul territorio altrui[87]. Lo Stato che viola tale divieto compie un atto illecito internazionale.

Sia il divieto di ingerenza che quello di compiere atti che spettano a poteri pubblici sono principi derivanti non solo dal diritto internazionale consuetudinario ma anche dall'articolo 2 paragrafo 1 dello Statuto delle Nazioni Unite, per il quale detta Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri[88]. Secondo una parte della dottrina tali principi fanno parte dello *jus cogens* internazionale e sono quindi inderogabili ai sensi dell'articolo 53 CV[89]. Più in generale, per alcuni è il principio stesso di sovranità che fa parte dello *jus cogens*[90].

4.5.2.

La concezione svizzera della sovranità territoriale

Nella prassi, la Svizzera ha sempre confermato l'importanza dell'obbligo internazionale di rispettare la propria e l'altrui sovranità territoriale ed il conseguente divieto di compiere atti che spettano a poteri pubblici al di fuori del proprio territorio[91].

Del resto, anche il diritto penale interno pone grande attenzione al rispetto della sovranità. Sono infatti costitutivi di reato penetrare sul territorio svizzero contrariamente al diritto delle genti (articolo 269 CP, violazione della sovranità territoriale svizzera), compiere sul territorio svizzero per conto di uno Stato estero atti che spettano a poteri pubblici (articolo 271 CP, atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero), esercitare un servizio di spionaggio politico per uno Stato estero (articolo 272 CP, spionaggio politico), rendere accessibile un segreto di fabbricazione o di affari ad un organismo ufficiale o privato dell'estero (articolo 273 CP, spionaggio economico), raccogliere informazioni militari per conto di uno Stato estero in danno della Svizzera (articolo 274 CP, spionaggio militare), ma anche violare la sovranità territoriale di uno Stato estero compiendo illecitamente atti ufficiali nel territorio di esso (articolo 299 CP, violazione della sovranità territoriale di uno Stato estero).

Esempi tipici di violazione della sovranità territoriale sono i rapimenti di persone ai fini del loro arresto rispettivamente le estradizioni camuffate.

Nel caso Jakob del 1935, un cittadino tedesco emigrato in Francia era stato attirato da agenti della Gestapo a Basilea e da lì deportato in Germania. La Svizzera protestò fermamente con la Germania per tale rapimento, pretendendo la restituzione del rapito e la punizione degli agenti tedeschi, ciò che in un primo tempo la Germania rifiutò di fare negando i fatti. Quando la Svizzera si rivolse al tribunale arbitrale internazionale la Germania acconsentì però a riconsegnare Jakob alla Svizzera ed a punire disciplinarmente i suoi agenti[92].

Nel caso X del 1980, un cittadino belga che viveva in Belgio era accusato dalla magistratura tedesca di truffa e falsità in documenti, e oggetto di un ordine di arresto internazionale

comunicato anche alla Svizzera. Dei poliziotti tedeschi lo attesero per un incontro a Zurigo con l'astuzia, contattandolo telefonicamente sotto mentite spoglie dall'Italia e facendogli credere di essere interessati a concludere un grosso affare. Arrivato a Zurigo X fu arrestato dalla Polizia svizzera e la Germania ne richiese l'estradizione, alla quale X si oppose. Il Tribunale federale ricordò che il divieto di compiere atti che spettano a poteri pubblici sul territorio di uno Stato estero trovava applicazione anche se non viene fatto uso della coercizione ma unicamente di astuzia o macchinazioni e che il divieto era violato anche se gli agenti tedeschi avevano agito non in Belgio (né in Svizzera) ma in uno Stato terzo (Italia), visto che il risultato si era prodotto in Belgio: X si trovava in Belgio e avrebbe potuto perciò essere assicurato alla giustizia tedesca unicamente con un atto dei poteri pubblici belgi. Una domanda di estradizione tedesca al Belgio non sarebbe però mai stata accolta, tale Paese rifiutando di estradare i propri nazionali. Il Tribunale federale ritenne per questi motivi che l'agire dei poliziotti tedeschi costituisse una violazione della sovranità del Belgio e rifiutò l'estradizione, per non rendere la Svizzera complice di tale violazione del diritto internazionale[93].

In un altro caso del 2007, invece, un cittadino tedesco accusato in Svizzera di truffa per mestiere era fuggito nella Repubblica Dominicana, che non era vincolata da alcun trattato di estradizione con la Svizzera. È stato comunque arrestato dalle autorità locali ed "espulso" da Santo Domingo mediante consegna a dei poliziotti svizzeri che lo hanno condotto in Svizzera ed ivi posto in stato di arresto. Chiamato a decidere della legalità dell'arresto, il Tribunale federale ha precisato che non si era trattato di un'illecita estradizione camuffata o di un rapimento contrario al diritto internazionale. Infatti, le autorità della Repubblica Dominicana non avevano mai protestato per l'agire della Svizzera né preteso la restituzione dell'arrestato od altre forme di riparazione, e le autorità svizzere avevano da parte loro rispettato la sovranità di Santo Domingo, non utilizzando né la forza, né la minaccia né l'astuzia per prendere l'accusato, che era invece stato loro volontariamente consegnato dalle, collaborative, autorità statali della Repubblica Dominicana[94].

Violazioni della sovranità territoriale estera sono poi state constatate nell'ambito dei sequestri di beni. Ad esempio, in un caso del 1995, un cittadino tedesco arrestato in Svizzera per truffa era stato indotto dalle autorità svizzere – con informazioni rivelatesi a posteriori errate – a fare volontariamente trasferire in Svizzera una somma di denaro dalla Germania, che poi era stata immediatamente sequestrata perché possibile provento di reato. Il Tribunale federale ha ritenuto sleale l'agire delle autorità svizzere e costitutivo di violazione della sovranità tedesca, poiché tale sequestro era avvenuto in elusione delle regole sull'assistenza giudiziaria in materia penale vigenti tra i due Paesi[95].

Svariate sono inoltre state le violazioni del divieto citato nell'ambito dell'assunzione di informazioni o prove. In un caso del 1981, l'avvocato svizzero di una persona oggetto di un procedimento penale in Australia aveva avuto in Svizzera dei colloqui con dei testimoni, in presenza di una terza persona, e preso appunti sulle loro risposte; in seguito la terza persona

era stata assunta quale testimone nel processo in Australia, e aveva riferito del contenuto dei colloqui cui aveva presenziato in Svizzera, facendo anche uso degli appunti summenzionati. Il Tribunale federale ha ritenuto che l'assunzione di prove (e quindi l'interrogatorio di testimoni) ai fini di una procedura giudiziaria fosse una tipica attività del potere pubblico, che quindi non avrebbe potuto avvenire in Svizzera che tramite rogatoria. L'agire dell'avvocato è stato perciò considerato come una violazione della sovranità svizzera[96].

Nel caso Telekom Serbia del 2003, due parlamentari italiani membri di una Commissione parlamentare d'inchiesta, due agenti di scorta, un magistrato consulente ed un testimone si sono recati all'Ufficio fallimenti di Lugano per trovare conferme dell'esistenza di documenti comprovanti il coinvolgimento, in un affare internazionale di tangenti, di politici italiani. Ma detta delegazione non aveva preventivamente richiesto alcuna autorizzazione da parte svizzera a tale attività; i componenti della delegazione sono perciò stati denunciati per atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero e per spionaggio economico[97].

Nel 1998 la Polizia bernese ha arrestato un israeliano che, su incarico del servizio segreto israeliano Mossad, stava installando nello scantinato di un immobile a Berna un'apparecchiatura per l'intercettazione delle telefonate di una persona libanese residente nel palazzo. La sua difesa aveva sostenuto che egli non avesse agito come un funzionario estero bensì in clandestinità, come un piccolo criminale, e quindi non si potesse trattare di un reato contro la sovranità svizzera. La Corte penale del Tribunale federale, constatato che l'intercettazione telefonica è invece una tipica attività dei poteri pubblici, ha ritenuto che l'israeliano avesse violato la sovranità svizzera, condannandolo per atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero e per spionaggio politico[98].

Più recentemente, il Tribunale penale federale si è occupato di intercettazioni telefoniche attuate da autorità italiane su utenze svizzere, concludendo che non vi era stata violazione della sovranità svizzera, ma solo perché le autorità italiane non avevano agito in territorio svizzero, gli ascolti essendo avvenuti con la cosiddetta "tecnica dell'istradamento", cioè nell'intercettazione delle sole conversazioni – in partenza dal territorio italiano (sia da utenza italiana che di altra nazionalità) e dirette verso utenze straniere – in transito da centrali telefoniche situate sul territorio italiano[99].

Infine, nel 2012, sembra che ispettori fiscali francesi avessero proceduto ad accertamenti in Svizzera quali privati cittadini. Il Consiglio federale ha comunicato alla Francia che la Svizzera non avrebbe ammesso simili violazioni della propria sovranità[100].

Anche la notifica diretta di atti ufficiali può ledere la sovranità territoriale. Ad esempio, la notificazione postale (diretta) di una comminatoria di fallimento all'indirizzo di una persona domiciliata in Germania è stata ritenuta violare la sovranità tedesca e perciò nulla[101]. Il Tribunale federale ha anche chiarito che l'autorità penale svizzera può fare pervenire direttamente una citazione a comparire all'imputato che soggiorna all'estero,

purché non contenga minacce di sanzioni. In caso contrario è violata la sovranità estera[102].

Infine, anche atti compiuti senza l'impiego della benché minima coercizione sono stati ritenuti contrari alla sovranità svizzera. Nel 1994 l'ambasciata di Bosnia-Erzegovina a Berna aveva iniziato un'attività di percezione di imposte sul reddito presso i suoi cittadini residenti in Svizzera. La Svizzera ha ritenuto che tale attività violasse la sua sovranità, visto che si trattava di una funzione tipica dei poteri pubblici, e considerato che il mancato uso di coercizione non influiva in alcun modo sul carattere illecito di tale attività[103].

4.5.3.

L'attribuzione di un comportamento individuale allo Stato

La violazione della sovranità territoriale è dunque un atto illecito internazionale. Come nella responsabilità del diritto privato, affinché sorga una responsabilità internazionale di uno Stato per un atto materialmente compiuto da un individuo è però necessario che tale comportamento sia attribuibile a detto Stato.

La responsabilità internazionale degli Stati è retta da regole consuetudinarie, che sono negli ultimi decenni state oggetto di un processo di codificazione. La Commissione di diritto internazionale dell'ONU è giunta nel 2001, dopo lunghi lavori iniziati nel 1955, all'adozione di un Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti (nell'abbreviazione inglese ARSIWA) e di un loro Commentario[104], di cui l'Assemblea Generale dell'ONU ha preso atto lo stesso anno[105], ma che non si sono ancora trasformati in un trattato internazionale. Ciononostante sono solitamente ritenuti fornire la prova del diritto consuetudinario vigente[106].

È ovvio che l'attività di individui che rivestono la qualità di organi di uno Stato secondo il diritto interno sia attribuibile a detto Stato da un punto di vista internazionale (articolo 4 ARSIWA), e ciò anche quando tale organo ha agito contravvenendo alle istruzioni ricevute o oltrepassando la propria competenza (articolo 7 ARSIWA). Lo stesso vale per persone che, pur non essendo organi statali, hanno facoltà di compiere atti che spettano a poteri pubblici (articolo 5 ARSIWA), o possono esser qualificati come organi di fatto (articolo 8 ARSIWA). In tutti questi casi il fatto illecito è attribuibile allo Stato al momento in cui è commesso.

È però anche possibile che un fatto illecito di un individuo, che al momento della sua commissione non poteva essere attribuito ad uno Stato, venga a questi imputato *ex post*. Si tratta del caso ipotizzato dall'articolo 11 ARSIWA: "Un comportamento che non è attribuibile ad uno Stato ai sensi degli articoli precedenti sarà ciononostante considerato un atto di quello Stato ai sensi del diritto internazionale se e nella misura in cui quello Stato riconosca e adotti il comportamento in questione come proprio".

Si tratta di un principio che risale a molto lontano nel tempo, riconducibile[107] a una constatazione di uno dei padri fondatori del diritto internazionale, il neocastellano Emer de Vattel, che nel 1758 scriveva:

“§.73 On ne peut imputer à la Nation les actions des particuliers. Cependant, comme il est impossible à l'État le mieux réglé, au Souverain le plus vigilant et le plus absolu, de modérer à sa volonté toutes les actions de ses Sujets, de les contenir en toute occasion dans la plus exacte obéissance; il serait injuste d'imputer à la Nation ou au Souverain, toutes les fautes des Citoyens. On ne peut donc dire en général, que l'on a reçu une injure d'une Nation, parce qu'on l'aura reçue de quelqu'un de ses membres.

§.74 A moins qu'elle ne les approuve ou qu'elle ne les ratifie. Mais si la Nation, ou son Conducteur, approuve et ratifie le fait du Citoyen, elle en fait sa propre affaire: L'offensé doit alors regarder la Nation comme le véritable auteur de l'injure, dont peut-être le Citoyen n'a été que l'instrument”[108].

Il principio ha trovato applicazione esemplare nel caso dell'attacco e sequestro del personale diplomatico e consolare statunitense a Teheran del 1979. In tale occasione la Corte internazionale di giustizia aveva riconosciuto che in un primo tempo l'attacco ai locali e al personale diplomatico statunitense era stato l'opera di militanti islamici iraniani che non avevano la qualifica, neanche di fatto, di organi dello Stato iraniano: le loro azioni non erano quindi imputabili allo Stato iraniano[109]. In un secondo tempo però, in occasione della liberazione di alcuni ostaggi, l'ayatollah Khomeini aveva esplicitamente dichiarato che “la nobile nazione iraniana non permetterà la liberazione del resto degli ostaggi” e che questi sarebbero quindi rimasti in stato di arresto finché il governo americano non si fosse “piegato al volere della nazione”: “La politique ainsi annoncée par l'ayatollah Khomeini, consistant à maintenir l'occupation de l'ambassade et la détention des otages afin de faire pression sur le Gouvernement des Etats-Unis, a été appliquée par d'autres autorités iraniennes et appuyée par elles de façon réitérée dans des déclarations faites à diverses occasions. Cette politique a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'Etat iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit Etat. Les militants, auteurs de l'invasion et geôliers des otages, sont alors devenus des agents de l'Etat iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale”[110].

Secondo la Commissione di diritto internazionale, perché uno Stato riconosca e adotti il comportamento di individui non basta che approvi verbalmente lo stesso o si limiti a riconoscere l'esistenza quale fatto: è necessario piuttosto che lo Stato si appropri del comportamento in questione[111] con qualche atto di definitiva adozione[112]. Quale esempio di tale appropriazione la Commissione cita il caso Eichmann. Il criminale nazista fu catturato “privatamente” nel 1960 a Buenos Aires da un gruppo di israeliani che lo condussero in Israele dove fu arrestato dalle autorità, processato e giustiziato. L'Argentina protestò con Israele per la violazione della sua sovranità e ottenne la constatazione del suo carattere internazionalmente illecito da parte del Consiglio di sicurezza ONU[113], nonostante Israele non avesse ammesso di essere il mandante dell'operazione, asserendo si fosse trattato di un gruppo di “volontari privati”. Anche se fossero stati realmente dei privati,

il loro comportamento ricadrebbe sotto l'ipotesi descritta dall'articolo 11 ARSIWA, Israele avendolo – con la custodia in arresto di Eichmann, la celebrazione del processo e l'esecuzione della sua condanna a morte – adottato come proprio[114].

Ciò significa peraltro che il riconoscimento e l'adozione del comportamento del privato può avvenire esplicitamente o per atti conclusivi[115].



4.5.4.

Il caso dei dati rubati

Come ricordato in precedenza, l'attività di assunzione di prove od informazioni in territorio svizzero per un procedimento estero è da considerare un atto che spetta ai poteri pubblici e riservato quindi esclusivamente alle autorità svizzere. L'assunzione di informazioni o prove in Svizzera – senza l'assenso delle autorità svizzere – per una procedura di tassazione estera è quindi certamente da considerare quale comportamento atto a ledere la sovranità territoriale svizzera, come lo era quello dell'ambasciata della Bosnia-Erzegovina a Berna nel 1994[116]. La violazione della sovranità territoriale è data anche se l'attività svolta in Svizzera non comporta l'uso di coercizione alcuna, come nel caso dell'assunzione di prove in Svizzera da parte di un avvocato per una procedura australiana nel 1981[117] o nel caso della “gita” svizzera della Commissione parlamentare italiana “Telekom-Serbia” nel 2003[118], oppure se viene messa in atto tramite atti criminali, come nel caso della sorveglianza telefonica organizzata dal Mossad in un immobile di Berna nel 1998[119].

Sia il furto di dati bancari o di altri dati coperti da segreti commerciali svizzeri che la semplice trasmissione di tali dati ad autorità estere sono perciò certamente atti lesivi della sovranità territoriale svizzera.

Ciò è dimostrato anche dal fatto che tali atti ricadono nel campo di applicazione dell'articolo 273 CP, che appunto tutela la sovranità territoriale svizzera. Infatti è punibile per spionaggio economico non solo l'autore del furto di dati bancari (articolo 273 capoverso 1 CP) ma anche colui che, senza aver partecipato in alcun modo al furto dei dati, li rende accessibili ad autorità estere (articolo 273 capoverso 2 CP)[120], e ciò anche se ha agito all'estero[121]. Poco importa che i fatti coperti dal

segreto costituiscono a loro volta un comportamento lecito od illecito: è punibile per spionaggio economico anche chi denuncia ad autorità estere (invece che ad autorità svizzere) atti di riciclaggio o contrabbando costatati in Svizzera[122].

Non si vede perché ciò che costituisce violazione della sovranità svizzera non dovrebbe valere anche per altri Paesi. Anche un furto di dati coperti da segreti commerciali di un altro Paese o la trasmissione degli stessi ad autorità di Paesi terzi vale quindi, di principio, come violazione della sovranità territoriale di quel Paese[123].

Ciò sempre che tale Paese – come fa regolarmente la Svizzera – abbia protestato per la violazione della propria sovranità: senza una protesta, infatti, la lesione della sovranità potrebbe essere ritenuta avvenuta col consenso del Paese in questione e perciò perdere il suo carattere illecito[124].

Ma quando tali comportamenti lesivi della sovranità territoriale sono attribuibili ad uno Stato estero ai sensi del diritto internazionale?

È ovvio che se il furto di dati è commesso direttamente da organi di uno Stato estero, questo ne è responsabile ai sensi del diritto internazionale (articolo 4 ARSIWA). Lo stesso vale per il furto commesso da un privato che di fatto agisca su istruzioni o su istigazione dello Stato estero (articolo 8 ARSIWA[125]). In tale ultima ipotesi si potrebbe anche ritenere che lo Stato estero è responsabile non solo in via derivata per l'agire del privato, ma anche in via diretta per violazione del proprio obbligo internazionale di vigilanza[126] che gli impone di fare del suo meglio (*due diligence*) per impedire attacchi alla sovranità territoriale estera[127]: uno Stato che, al contrario, istiga pubblicamente al furto di dati dichiarandosi preventivamente disposto all'acquisto della refurtiva, ovviamente, non fa del suo meglio per evitare che ciò accada[128].

Anche lo Stato estero che non ha partecipato all'originaria acquisizione illecita dei dati ma è entrato in gioco in un secondo momento può però vedersi attribuito il comportamento dei privati che hanno rubato i dati. Ciò è certamente il caso di quello Stato che ha pagato per ottenere i dati rubati. Concludendo la compravendita dei dati lo Stato manifesta infatti la propria volontà di appropriarsi degli stessi e perciò di fare proprio il comportamento di chi li ha rubati: tale compravendita è quell'atto definitivo di adozione che permette di imputare *ex post* allo Stato il comportamento del privato (articolo 11 ARSIWA)[129].

Ma l'acquisto a titolo oneroso dei dati rubati non è l'unico comportamento attivo che può comportare l'attribuzione della responsabilità allo Stato: il semplice atto di utilizzarli per fondare una domanda di assistenza amministrativa può essere considerato un definitivo atto di adozione del comportamento del ladro dei dati.

Infatti, già il fatto di utilizzarli per un qualsiasi procedimento interno potrebbe essere considerato un atto di riconoscimento e adozione[130]. A maggior ragione si deve ritenere che uno Stato riconosce e adotta come proprio il comportamento del ladro di dati se (consapevolmente) vi fonda una domanda di assistenza amministrativa internazionale[131]:

lo Stato estero, in tal caso, non si limita a valutare tali dati rubati come prove nell'ambito della sua attività giurisdizionale, ma li usa lui stesso per fare valere dei diritti (previsti dai trattati di cooperazione amministrativa) di ottenere assistenza da parte di un altro Stato. Se, senza i dati rubati, la domanda di assistenza amministrativa risulterebbe irricevibile perché costitutiva di una *fishing expedition*, allora, necessariamente, lo Stato che ne fa uso li fa propri, adottando come proprio anche il comportamento illecito con il quale sono stati raccolti[132].

Il comportamento di uno Stato che utilizza i dati rubati in Svizzera per una procedura di assistenza amministrativa internazionale è perciò sempre e per definizione attivo, e poco importa quindi se sia venuto in possesso di tali dati con un comportamento passivo[133], tramite una donazione dell'autore del furto, o tramite i giornali cui l'autore del furto ha regalato o venduto i dati, o ancora se tramite assistenza amministrativa di uno Stato terzo.

Ben difficilmente lo Stato che li utilizza potrà sostenere di essere stato in buona fede e non consapevole della provenienza illecita dei dati. Trattandosi di dati bancari o coperti da segreti commerciali o industriali svizzeri non sono ovviamente normalmente a (lecita) disposizione di individui e giornali. Il fatto poi che provengano da un terzo Stato mediante assistenza amministrativa internazionale non ne esclude certo l'illiceità della provenienza. Se tale terzo Stato li avesse ottenuti per leciti canali di assistenza amministrativa dalla Svizzera gli sarebbe comunque vietato dal diritto convenzionale ritrasmetterli ad altri Stati senza il consenso svizzero[134]: lo Stato che li utilizza senza verificare preventivamente l'esistenza di tale consenso svizzero agisce quindi in mala fede, accettando la possibilità che siano di provenienza illecita[135].

4.5.5.

Conseguenze sugli obblighi convenzionali di cooperazione amministrativa

Rimane da domandarsi se un simile atto illecito internazionale attribuibile ad uno Stato permetta alla Svizzera di rifiutare l'assistenza amministrativa richiesta da detto Stato e prevista da una CDI, un TIEA o dalla Convenzione sull'assistenza amministrativa.

4.5.5.1.

Ex iniuria ius non oritur

La reazione istintiva del giurista è di rispondere affermativamente, in applicazione della massima *ex iniuria ius non oritur*, che – come principio generale secondo cui un atto illecito non può essere fonte di vantaggi, utili o altri diritti per il suo autore – vige certamente anche nel diritto internazionale[136], in quanto espressione del principio di legalità, idea strutturante di ogni ordinamento giuridico[137].

La massima ha un contenuto variegato e comprende diverse regole in vari aspetti dei rapporti tra Stati, tra i quali quella tipica del divieto dell'abuso di diritto secondo cui nessuno deve trarre vantaggio dalla propria colpa (*nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*)[138] o quella che impone allo Stato autore di un atto illecito internazionale di eliminarne le conseguenze ripristinando la situazione esistente prima della commissione dell'atto[139]. La densità del principio ha comunque gradi variabili a seconda del caso specifico[140].

Tipica applicazione della massima *ex iniuria ius non oritur* si ha nell'ambito degli arresti illegali eseguiti mediante rapimento dell'accusato o altri atti in violazione della sovranità territoriale estera: l'applicazione rigorosa della massima imporrebbe sia di disconoscere la competenza dello Stato rapitore a processare il rapito (negando quindi validità alla massima talvolta applicata *male captus bene detentus*) sia di negargli qualsiasi cooperazione come l'estradizione (negando quindi validità alla massima *male captus bene deditus*)[141]. Siccome, da un punto di vista della violazione della sovranità territoriale, il furto di dati può essere considerato il *pendant* del rapimento internazionale[142], i principi che valgono per quest'ultimo sono applicabili anche al primo.

Da questo punto di vista, la posizione più rigidamente rispettosa del diritto internazionale[143] è tradotta dalla prassi svizzera. Il Tribunale federale ha riconosciuto che la massima di diritto internazionale *ex iniuria ius non oritur* esiste ed è direttamente applicabile in Svizzera, con la conseguenza che, se autorità svizzere hanno rapito o tradotto in Svizzera con l'astuzia un accusato in violazione della sovranità territoriale di uno Stato estero, la persona in questione non può essere giudicata o comunque detenuta in Svizzera[144]. In precedenza, il Tribunale federale aveva già stabilito che in presenza di atti lesivi della sovranità territoriale, la Svizzera non era tenuta ad estradare verso lo Stato autore di tali atti un accusato, e ciò anche se la sovranità territoriale lesa non era quella svizzera ma quella di un terzo Stato[145].

Certo, in ambito internazionale non vi è consenso unanime su questo rigido rispetto della sovranità altrui. La prassi di taluni Stati riconosce talvolta la massima *male captus bene detentus*, negando che il carattere illecito dell'arresto possa costituire un impedimento a processare l'accusato, e ciò in particolare se accusato di gravissimi crimini[146].

Tuttavia, anche se si può comprendere che uno Stato estero che ha nelle sue mani una persona accusata di crimini gravissimi sia restio a rinunciare a processarlo a causa del carattere illecito del suo arresto, ciò non può valere in ambito di cooperazione internazionale, quando cioè detto Stato estero che ha violato la sovranità territoriale svizzera chieda assistenza alla Svizzera[147].

Almeno nell'ambito dell'assistenza amministrativa in materia fiscale, anche considerato che si tratta appunto di assistenza amministrativa e che quindi non concerne per definizione gravi crimini[148], non può che valere la massima *ex iniuria ius non oritur*[149].

Di conseguenza, nella procedura di assistenza amministrativa lo Stato estero non deve trarre alcun vantaggio dai dati rubati, dei quali va fatta in qualche modo astrazione[150]: se, senza le informazioni provenienti dai dati rubati, la domanda di assistenza amministrativa risulterebbe un'illecita *fishing expedition* allora va dichiarata irricevibile. La violazione del rispetto della sovranità svizzera legittima quindi il rifiuto di adempiere ad un obbligo di assistenza previsto dal diritto internazionale convenzionale e può essere invocata dalla persona toccata per opporsi a tale richiesta assistenza[151].

Lo stesso vale nel caso la sovranità territoriale violata sia quella di uno Stato terzo (che abbia per ciò protestato), per evitare che la Svizzera si renda complice di tale violazione del diritto internazionale[152].

4.5.5.2.

Obblighi di riparazione e contromisure

Anche se si volessero disconoscere tali effetti della massima sopraccitata, la conclusione sarebbe la stessa. Infatti, la violazione del diritto internazionale costituita dal mancato rispetto della sovranità territoriale rimarrebbe tale e comporterebbe comunque la responsabilità internazionale dello Stato cui è attribuibile il comportamento illecito, e quindi l'obbligo per quest'ultimo di cessare l'atto illecito (articolo 30 ARSIWA) e quello di ripararne le conseguenze (articolo 31 ARSIWA).

L'obbligo di riparazione comporta innanzitutto la restituzione in forma specifica, cioè il ripristino della situazione esistente prima della commissione dell'atto illecito, nella misura in cui ciò sia ancora possibile e non appaia sproporzionato (articolo 35 ARSIWA). In fin dei conti, tale obbligo è ancora una volta l'espressione della regola generale derivante dalla massima *ex iniuria ius non oritur* che impone allo Stato autore di un atto illecito internazionale di eliminarne le conseguenze ripristinando la situazione che sarebbe esistita senza la commissione dell'atto[153].

La forma della restituzione può essere materiale o giuridica. Nella sua forma materiale comprende ad esempio la liberazione e riconsegna di persone arrestate illecitamente o la restituzione di beni o documenti sequestrati illecitamente[154]. Nella sua forma giuridica può comportare l'annullamento di una disposizione legislativa o di una decisione giudiziaria alla base dell'atto illecito internazionale[155]. Ad esempio, la Corte internazionale di Giustizia ha ordinato al Belgio di annullare un ordine di arresto di un ministro del Congo emanato in violazione del diritto internazionale[156]; in un altro caso ha ordinato all'Italia di annullare e privare di qualsiasi effetto delle sentenze lesive dell'immunità giurisdizionale della Germania[157].

Applicando tali principi al caso dei dati rubati, la Svizzera ha quindi il diritto di pretendere dallo Stato estero la restituzione materiale di tutti i dati rubati (e di tutte le copie) in suo possesso; poiché, come visto in precedenza, è però anche il loro utilizzo in una procedura di assistenza amministrativa a costituire violazione della sovranità svizzera ed a causarne l'attribuzione allo Stato estero, la Svizzera ha anche il diritto di pretendere che questo non ne faccia appunto uso per una domanda di assistenza. Solo in tal modo vengono eliminate le conseguenze dell'atto illecito internazionale e ripristinata la situazione esistente prima della commissione dell'atto illecito: se la domanda dello Stato estero – senza i dati rubati – non è che una *fishing expedition* non comporterà alcun obbligo di assistenza.

È ciò che del resto si è avverato nel caso dei dati rubati alla HSBC di Ginevra, che la Francia si è, dopo proteste svizzere, impegnata a non più utilizzare per fondare domande di assistenza amministrativa alla Svizzera[158].

Per indurre lo Stato estero ad adempiere i citati obblighi di restituzione ed astensione, la Svizzera può adottare contromisure adeguate, temporaneamente violando a sua volta obblighi internazionali che avrebbe nei confronti dello Stato estero (articolo 49 ARSIWA). La Svizzera può dunque temporaneamente rifiutarsi di adempiere[159] gli obblighi di assistenza esistenti in virtù di una CDI, un TIEA o della Convenzione sull'assistenza amministrativa fondandosi sulla responsabilità internazionale degli Stati ed a prescindere dalle regole sul diritto dei trattati (articolo 60 CV); infatti l'articolo 73 CV riserva appunto le regole sulla responsabilità internazionale. La violazione di un obbligo del diritto internazionale generale legittima lo Stato leso a rifiutarsi di adempiere verso lo Stato autore dell'atto illecito qualsiasi obbligazione, sia essa prevista dal diritto internazionale generale o da qualsiasi trattato, senza che sia necessaria né una particolare gravità della violazione né l'esistenza di un rapporto sinallagmatico tra le reciproche obbligazioni in questione[160].



4.6. **Principio della buona fede tra Stati**

L'argomento attualmente più utilizzato dalla dottrina e dalle autorità svizzere per giustificare l'irricevibilità della domanda di assistenza *ex* articolo 7 lettera c LAAF è quello del rispetto del principio della buona fede tra Stati.

In effetti, è generalmente riconosciuto sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza internazionale che uno dei principi generali del diritto internazionale (che l'articolo 38 dello statuto della Corte internazionale di Giustizia indica tra le fonti del diritto internazionale) è quello della buona fede tra Stati. Si tratta di un principio fondamentale alla base di ogni sistema giuridico, e perciò anche alla base dei reciproci rapporti tra Stati membri della Comunità internazionale[161]. Il principio trova poi applicazione in particolare nell'ambito dell'applicazione dei trattati (articoli 26 e 31 CV).

Quanto al contenuto, il principio comporta per gli Stati contraenti di una convenzione internazionale un obbligo di astenersi così come un obbligo di agire. Innanzitutto uno Stato contraente ha l'obbligo di astenersi dal mentire e dal ricorrere ad astuzia o macchinazioni per imbrogliare la controparte; ciò significa che viola il principio della buona fede lo Stato che, rivolgendosi ad un altro Stato, usa delle menzogne o tiene un comportamento ambiguo che potrebbe indurre in errore la controparte[162]. Vigé naturalmente la presunzione che uno Stato contraente rispetti tale suo dovere di astensione[163].

Ma allo Stato può anche competere un obbligo di agire, ad esempio l'obbligo di comunicare alla controparte quei fatti importanti che questa non dovesse conoscere, in particolare nel caso in cui la controparte non sia in grado di venirne autonomamente a conoscenza[164]. Il principio vieta inoltre alle Parti ad un trattato comportamenti tesi ad eludere il senso e lo scopo del trattato stesso[165].

Ci si potrebbe chiedere se il principio della buona fede tra Stati faccia parte dello *ius cogens* internazionale. A ragione, la maggior parte della dottrina internazionale lo ammette[166]; considerato il riconoscimento del suo carattere cogente in vari atti e trattati fondamentali come, ad esempio, nel preambolo CV, visto che si tratta di un principio essenziale ed inerente alla nozione stessa di diritto internazionale, e proprio perché il principio della buona fede è principio fondamentale per l'interpretazione stessa dei trattati, non si vede come potrebbe mai una disposizione convenzionale derogare al principio stesso[167]. È probabilmente per tutti questi motivi che il Tribunale federale ha riconosciuto implicitamente al principio della buona fede il carattere di *ius cogens* internazionale, permettendo ad una persona oggetto di una domanda d'estradizione di prevalersene per opporsi all'estradizione, pur prevista da una convenzione internazionale[168].

Nell'ambito dell'assistenza amministrativa in materia fiscale, le autorità svizzere hanno sempre sostenuto che lo Stato estero che acquista dati bancari rubati in Svizzera pur avendo sottoscritto una CDI con il nostro Paese[169], o li utilizza per fondare una domanda di assistenza amministrativa[170], viola il principio internazionale della buona fede. In effetti, se due Stati hanno concluso un trattato per regolare le condizioni della reciproca collaborazione in materia amministrativa, si deve ritenere che essi debbano attenersi obbligatoriamente ed esclusivamente a tale via per assumere informazioni e prove, astenendosi quindi dal ricorrere ad altri mezzi, come l'uso di dati rubati[171]. Lo Stato che ricorre ad altre vie elude dunque il senso e lo scopo del trattato.

L'idea soggiacente (e convincente) è che un trattato di cooperazione internazionale per l'assunzione di informazioni o prove abbia sempre carattere obbligatorio rispettivamente esclusivo. Simile convinzione è stata espressa dalla Svizzera anche in altri ambiti della cooperazione internazionale, come ad esempio nella dichiarazione sull'articolo 1 della Convenzione dell'Aja sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale del 1970. In tale ambito civilistico, detta opinione sembra del resto essere condivisa dai Paesi di diritto continentale (tra i quali, ad esempio, i Paesi membri dell'UE, inclusa la Germania)[172] al contrario di quelli di *common law*[173].

Oltre a ciò, vi è un secondo aspetto che può essere considerato un'elusione del trattato. Sia le CDI che i TIEA che la Convenzione sull'assistenza amministrativa prevedono che l'assistenza debba essere concessa solo se le informazioni appaiono verosimilmente rilevanti per chiarire la posizione fiscale di un contribuente ed hanno perciò lo scopo di vietare le *fishing expedition*[174]. Tale divieto è però eluso da quello Stato che utilizza dei dati bancari rubati, grazie ai quali può trasformare un'irricevibile domanda generica qualificabile

come ricerca indiscriminata di prove in una domanda circostanziata su persone o gruppi di persone ricevibile.

L'uso dei dati rubati per fondare una domanda di assistenza costituisce perciò anche una violazione del principio internazionale della buona fede tra Stati.

Poiché si tratta di una norma dello *ius cogens* internazionale prevale sull'obbligo di fornire assistenza previsto da una CDI, un TIEA o dalla Convenzione sull'assistenza amministrativa, e permette quindi alla Svizzera di rifiutare detta assistenza ed alla persona toccata di opporvisi[175], a prescindere dai normali meccanismi sanzionanti l'inadempienza dei trattati internazionali (articolo 60 CV).

Comunque, la citata violazione del principio di buona fede costituirebbe anche una sostanziale violazione di una CDI, un TIEA o della Convenzione sull'assistenza amministrativa legittimante la Svizzera a sospendere, completamente o parzialmente, l'applicazione di tali norme convenzionali (articolo 60 paragrafo 1 CV)[176].

5. Modifica legislativa proposta

Il 10 giugno 2016 il Consiglio federale ha approvato il Messaggio su di un progetto di legge tendente a modificare come segue l'articolo 7 lettera c LAAF:

"Non si entra nel merito della domanda se:

[...]

c. viola il principio della buona fede, in particolare se si fonda su informazioni che lo Stato richiedente ha ottenuto:

1. *in seguito a reati secondo il diritto svizzero,*
2. *al di fuori di una procedura di assistenza amministrativa, e*
3. *mediante un comportamento attivo".*

5.1. Nuove condizioni cumulative

Salta agli occhi che la novità proposta costituirebbe una rottura netta con la prassi svizzera attuale: sarebbe di principio permesso l'uso di dati rubati per fondare una domanda di assistenza amministrativa alla Svizzera.

Infatti, verrebbero introdotte due nuove condizioni cumulative per ritenere irricevibile la domanda di assistenza. L'irricevibilità sarebbe data unicamente se (i) lo Stato richiedente si basa su dati rubati che ha ottenuto con un comportamento attivo e (ii) se non ha ottenuto tali dati nel quadro di una procedura di assistenza amministrativa[177].

Da un lato viene dunque introdotta una distinzione tra comportamento attivo e passivo dello Stato richiedente. Sarebbe attivo unicamente quello Stato che ha esso stesso preso misure per entrare in possesso dei dati o se ha ottenuto i dati offerti da terzi contro dei vantaggi. Sarebbe invece passivo il comportamento dello Stato che accetti semplicemente i dati senza offrire incentivi o vantaggi, oppure li ricavi da fonti accessibili al pubblico come ad esempio dai media[178].

Dall'altro, anche se si potesse dimostrare un comportamento attivo da parte dello Stato richiedente, sarebbe possibile entrare nel merito di una domanda se lo Stato richiedente ha ricevuto i dati, ottenuti mediante reati secondo il diritto svizzero, nel quadro di una procedura di assistenza amministrativa da uno Stato terzo[179]. La procedura di assistenza amministrativa da parte di uno Stato terzo avrebbe quindi un effetto sanatorio di qualsiasi comportamento (anche attivo) tenuto dallo Stato richiedente, anche se questo avesse ad esempio pubblicamente istigato il furto dei dati bancari svizzeri, poi rivenduti dal ladro ad uno Stato terzo.

5.2. Motivazioni

Secondo il Consiglio federale, la modifica proposta avrebbe lo scopo di rispondere alle critiche avanzate dalla maggioranza dei Paesi del *Forum* globale sulla trasparenza e sullo scambio di informazioni a fini fiscali (di seguito Global Forum), che ritengono il rifiuto della Svizzera di fornire assistenza in caso di dati rubati una prassi troppo restrittiva e probabilmente non conforme allo *standard* OCSE. Ciò in vista dell'esame della prassi svizzera che avverrà nella seconda metà del 2018: scopo della modifica sarebbe quindi di evitare che la Svizzera ottenga una brutta nota a tale esame, vale a dire una valutazione solo di "parziale conformità" allo *standard*[180].

Inoltre il Consiglio federale intende così venire incontro ai rimproveri di importanti Stati membri del G20, come l'India, che hanno presentato molte domande di assistenza amministrativa fondate sulla lista di clienti della HSBC (cosiddetta lista Falciani) fornitagli tramite assistenza amministrativa dalla Francia, e che non comprendono perché queste non vengano evase dalla Svizzera[181].

Infine la modifica sarebbe dettata anche da motivi giuridici. Secondo il Consiglio federale, se uno Stato riceve informazioni, originariamente ottenute illegalmente, nel quadro di una procedura di assistenza amministrativa e basa la sua domanda su queste informazioni allora è difficile considerarla una violazione del principio della buona fede internazionale[182].

5.3. Critica

La proposta modifica è criticabile sotto molti punti di vista ed è auspicabile che non venga accettata dal Parlamento. In primo luogo, è incoerente. Già al momento dell'adozione della LAAF nel 2012 il Parlamento aveva respinto con una chiarissima maggioranza una proposta di stralciare l'articolo 7 lettera c LAAF[183].

Nel 2013 il Consiglio federale aveva messo in consultazione una modifica dell'articolo 7 lettera c LAAF che, similmente a quella oggi proposta, differenziava tra un comportamento attivo o passivo dello Stato richiedente; la proposta era poi stata ritirata viste le aspre critiche emerse dalla procedura di consultazione[184]. La proposta era poi riapparsa in forma leggermente modificata in sede di dibattito parlamentare ed il Parlamento l'aveva respinta, sempre con una chiarissima maggioranza[185].

Infine, nel 2014, il Parlamento ha esteso la punibilità della fattispecie di violazione del segreto bancario (articolo 47 LBCR) anche ai terzi che diffondono le informazioni, inasprendo inoltre le pene[186]. Causa della revisione è stato appunto il fenomeno dei diversi casi di impiegati di banca che hanno venduto dati bancari a terzi, in particolare ad autorità fiscali straniere. Scopo della revisione era di aumentare l'effetto dissuasivo della sanzione a tutela dei dati bancari[187].

Negli ultimi tre anni la modifica della prassi svizzera in materia di dati rubati è quindi stata respinta a grande maggioranza dal Parlamento, che al contrario ha recentemente inasprito le norme penali sulla violazione del segreto bancario. Modificare oggi tale prassi significherebbe incentivare il furto dei dati bancari e negare qualsiasi coerenza e stabilità all'azione di Parlamento e Governo, dai quali i cittadini possono legittimamente aspettarsi che si attengano alle decisioni di politica legislativa per almeno qualche anno.

In secondo luogo è sbagliata giuridicamente. Come è stato dimostrato in precedenza, il rifiuto di dare seguito a domande di assistenza amministrativa fondate su dati rubati trova giustificazione in una corretta applicazione del diritto internazionale, ed in particolare del principio del rispetto della sovranità territoriale e del principio della buona fede.

Dal punto di vista del rispetto della sovranità territoriale svizzera, che lo Stato estero abbia avuto un comportamento attivo o passivo per l'acquisizione dei dati rubati non ha alcuna rilevanza. Rilevante è piuttosto l'utilizzo consapevole dei dati rubati per una procedura di assistenza amministrativa internazionale, per rivendicare dalla Svizzera un diritto all'assistenza amministrativa previsto da un trattato: lo Stato richiedente adotta così come proprio anche il comportamento illecito con il quale sono stati raccolti i dati. Un tale utilizzo dei dati rubati è sempre e per definizione un comportamento attivo, e poco importa quindi se l'acquisizione degli stessi è avvenuta tramite una donazione dell'autore del furto, o tramite i media o assistenza amministrativa di uno Stato terzo[188]. Proprio perché la sovranità territoriale violata è quella svizzera, la trasmissione da parte di uno Stato terzo mediante assistenza amministrativa dei dati rubati è ovviamente irrilevante: solo un'eventuale trasmissione dei dati dalla Svizzera mediante assistenza amministrativa ne garantisce la legittimità.

Analoghe considerazioni valgono anche esaminando la questione dal punto di vista del principio della buona fede. Il fatto stesso di accettare (anche passivamente) i dati rubati ed utilizzarli costituisce un'elusione delle CDI, TIEA e della Convenzione sull'assistenza amministrativa[189]. Né può lo Stato richiedente dichiararsi in buona fede per il solo motivo di avere ricevuto i dati tramite assistenza amministrativa da uno Stato terzo. Se tale terzo Stato li avesse ottenuti per leciti canali di assistenza amministrativa dalla Svizzera gli sarebbe comunque vietato dal diritto convenzionale ritrasmetterli ad altri Stati senza il consenso svizzero: lo Stato richiedente che li utilizza senza verificare preventivamente l'esistenza di tale consenso svizzero agisce quindi comunque in mala fede[190].

Visto che il diritto internazionale generale giustifica il rifiuto di dare seguito a domande di assistenza amministrativa fondate su dati rubati, non c'è *standard* OCSE che possa privare la Svizzera di tale diritto: gli *standard* sono solo *soft law* e non possono quindi annichilire il diritto internazionale pubblico vigente.

In terzo luogo, è totalmente inutile. Anche cambiando la legge interna (articolo 7 lettera c LAAF) la prassi svizzera non cambierà. Infatti, come visto, il fondamento del rifiuto di collaborare in caso di dati rubati è ancorato nel diritto internazionale generale. La persona toccata dalla richiesta di assistenza amministrativa potrebbe direttamente invocare in sede giudiziaria la violazione del principio di sovranità e/o quello della buona fede per opporsi alla concessione dell'assistenza[191], anche se l'articolo 7 lettera c LAAF fosse completamente abrogato.

Infine, la proposta di modifica appare sproporzionata. Il fine perseguito dal Consiglio federale è infatti quello di evitare una brutta valutazione da parte del Global Forum nell'ambito della seconda fase della *Peer Review* della Svizzera, ove verrà complessivamente valutato se la prassi svizzera è conforme allo *standard* OCSE. Ma anche il Liechtenstein aveva un simile problema, prevedendo la sua legislazione una disposizione analoga all'articolo 7 lettera c LAAF; disposizione che viene applicata rigorosamente, visto che il 40% delle domande di assistenza a tale Paese è bloccato per tale motivo[192]. Ciononostante il Liechtenstein ha ottenuto una brillante valutazione: "*ampiamente conforme*" allo *standard*[193]. Ciò che è riuscito al Liechtenstein è quindi probabile che riuscirà anche alla Svizzera, senza necessità di modificare alcunché[194].

6. Conclusione

Il rifiuto della Svizzera di concedere assistenza amministrativa fiscale se la domanda estera si fonda su dati rubati trova la sua giustificazione più profonda nel diritto internazionale generale.

Tale rifiuto è innanzitutto la necessaria conseguenza della massima *ex iniuria ius non oritur*, che altro non è che l'espressione del principio di legalità, che è (e deve essere) alla base di ogni ordinamento giuridico (che altrimenti appunto giuridico non è), e quindi vale anche a livello internazionale. Rinunciare a tale principio significa affermare che il diritto internazionale pubblico non esiste e che i rapporti tra Stati si reggono soltanto sulla legge della giungla.

Ma il rifiuto è anche necessaria espressione di un legittimo intento di tutela della sovranità svizzera. Concedere assistenza amministrativa in caso di dati rubati significa rinunciare alla propria sovranità territoriale. E uno Stato privo di sovranità territoriale non corrisponde neanche più alla definizione di Stato.

Se è vero che l'ONU è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi membri, allora nessun altro Stato o gremio di funzionari intergovernativi può imporre alla Svizzera di rinunciare a essere uno Stato e ad applicare il diritto internazionale generale.

Elenco delle fonti fotografiche:

http://www.lapresse.it/sites/default/files/styles/737x415/public/damiel_images/computertastiera1.jpg?itok=_mlDmEhd [30.06.2016]

https://it.wikipedia.org/wiki/Lucio_Sergio_Catilina#/media/File:Maccari-Cicero.jpg [30.06.2016]

http://www.laregione.ch/sites/default/files/uploads/files/2016/04/TiPress_201763-2.jpg [30.06.2016]

<http://www.corrierecaserta.it/wp-content/uploads/2016/04/hacker.jpg> [30.06.2016]

http://th.soldiblog.it/Rf55XqE3tUbhl3tI_vnO9vATjmU=/fit-in/655xorig/
<http://media.soldiblog.it/a/adc/GettyImages-85525806.jpg> [30.06.2016]

<http://www.corriereuniv.it/cms/wp-content/uploads/2014/03/ocse.png> [30.06.2016]

<http://www.vfw-project.com/wp-content/uploads/2015/06/onu.jpg> [30.06.2016]

http://media.tio.ch/files/images/4bhj/l_43gu.jpg?v=1 [30.06.2016]

[1] Scheller Stefano, Manuale sullo scambio di informazioni in materia fiscale, Manno 2015, pagina 173.

[2] DTF 141 II 436 consid. 4.4.3; Sentenza TF n. 2C_1174/2014 del 24 settembre 2015 destinata a pubblicazione, consid. 2.1.1; OCSE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune: Version abrégée 2014, Parigi 2014, Commentaires sur l'article 26 (citato: Commentario Art. 26 M-OCSE), n. 5 pagina 449; Naef Francesco/Neuroni Naef Elena, Sur l'inconstitutionnalité de l'échange automatique de renseignements, in: Jusletter 7 dicembre 2015, nm. 50-60.

[3] Sentenza TF n. 2C_963/2014 del 24 settembre 2015 consid. 6.1.1 *a contrario*, non pubblicato alla DTF 141 II 436; Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 8.1 pagina 454; Naef Francesco/Neuroni Naef Elena, op. cit., nm. 52, 58; Scheller Stefano, op. cit., pagina 68; Schoder Charlotte, Praxiskommentar StAhiG, Zurigo 2014, N 63 *ad* Art. 6 LAAF.

[4] Articolo 6 capoverso 2 LAAF; Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 5.1 pagina 450; Scheller Stefano, op. cit., pagina 70.

[5] Articolo 2 capoverso 1 OAAF; Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 5.2 pagina 450; Naef Francesco/Neuroni Naef Elena, op. cit., nm. 61-72; Scheller Stefano, op. cit., pagina 71.

[6] Foglio federale 2015 7949.

[7] Cfr. l'elencazione esemplificativa fatta da Scheller Stefano, op. cit., pagina 184 nota 1084.

[8] Cfr. il seguente link: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/nordrhein-westfalen-kauf-steuer-cd-fuer-fuenf-millionen-euro-a-1060391.html> [30.06.2016].

[9] Tirelli Ludovic, Le vol de données bancaires, in: Expert Focus 2015, pagina 1009; Eicker Andreas, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, in: Jusletter 30. August 2010, nm. 5.

[10] Tirelli Ludovic, op. cit., pagina 1010; Eicker Andreas, op. cit., nm. 7.

[11] Sentenza TPF n. SK.2014.46 del 27 novembre 2015 consid. 2; Tirelli Ludovic, op. cit., pagina 1010; Eicker Andreas, op. cit., nm. 12.

[12] Sentenze TPF n. SK.2011.21 dell'11 dicembre 2011 consid. 9 e n. SK.2014.46 del 27 novembre 2015 consid. 3; Eicker Andreas, op. cit., nm. 12.

[13] DTF 141 IV 155 consid. 4.3.1.

[14] DTF 141 IV 155 consid. 4.3.1; Delnon Vera/Niggli Marcel Alexander, Verkaufen und Kaufen von strafbar erlangten Bankkundendaten durch ausländische Behörden als schweizerisch-deutsches

Tatgeschehen, in: Jusletter 8. November 2010, nm. 4.

[15] Messaggio del Consiglio federale n. 11.044 a sostegno di una legge sull'assistenza amministrativa fiscale del 6 luglio 2011 (citato: Messaggio n. 11.044), in: Foglio federale 2011 5587, pagina 5602.

[16] Wyss Rudolf, Illegal beschaffte Daten – eine Grundlage für internationale Amts- und Strafrechtshilfe in Fiskalsachen?, in: AJP/PJA 2011, pagine 734-735; cfr. anche il dibattito al Consiglio nazionale sulle susseguenti modifiche della LAAF del 2013, Votum Darbelley Christophe, Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2013, pagina 2189: "[...] *Wir sind einfach dagegen, dass gestohlene Daten, ganz gleich, ob sie direkt oder indirekt gestohlen worden sind, für die Amtshilfe verwendet werden. Das ist für uns und für einen Rechtsstaat nicht akzeptabel. Das ist die klare Meinung der Kommissionsmehrheit.*"

[17] Messaggio n. 11.044, pagina 5602: "[...] *li trasmette o vende a uno Stato [...]*"; Wyss Rudolf, op. cit., pagina 734.

[18] Holenstein Daniel, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Matteotti René (a cura di), Internationales Steuerrecht, Basilea 2015, N 302-303 *ad* Art. 26 M-OCSE.

[19] Rapporto esplicativo sull'Avamprogetto di modifica della legge sull'assistenza amministrativa

fiscale del 14 agosto 2013, pagina 5; Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di modifica della legge sull'assistenza amministrativa fiscale (dati rubati) del 2 settembre 2015, pagina 3.

[20] Ad esempio, sentenze TAF n. A-6843/2014 del 15 settembre 2015 consid. 7.6 e n. A-6849/2014 del 22 ottobre 2015 consid. 6, impugnate davanti al Tribunale federale.

[21] Il chiaro testo dell'articolo 1 capoverso 1 LAAF ed i lavori preparatori (Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2012, pagine 87-89) dimostrano che la LAAF è una semplice legge di applicazione di trattati e che non può quindi valere quale base legale per concedere assistenza amministrativa in assenza di un trattato, Schoder Charlotte, op. cit., N 2 ad Art. 1 LAAF; Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Berna 2015 (citato: Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik), pagina 267.

[22] Che preveda una clausola conforme all'articolo 26 paragrafo 1 M-OCSE: "Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention".

[23] Che preveda una clausola conforme all'articolo 1 M-TIEA: "Les autorités compétentes des parties contractantes s'accordent une assistance par l'échange de renseignements vraisemblablement pertinents pour l'administration et l'application de la législation interne des parties contractantes relative aux impôts visés par le présent Accord. Ces renseignements sont ceux vraisemblablement pertinents pour la détermination, l'établissement et la perception de ces impôts, pour le recouvrement et l'exécution des créances fiscales ou pour les enquêtes ou poursuites en matière fiscale".

[24] Che nel suo articolo 4 paragrafo 1 dispone: "Le Parti scambiano, in particolare come previsto dalla presente sezione, le informazioni che sono verosimilmente rilevanti per l'amministrazione o l'applicazione delle loro legislazioni interne relative alle imposte considerate nella presente Convenzione".

[25] Come appunto sostiene il Messaggio n. 11.044, pagina 5602.

[26] Messaggio n. 11.044, pagina 5590.

[27] Corte internazionale di Giustizia, Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, Parere del 26 aprile 1988, C.I.J. Recueil 1988, pagine 34-35; Dailler Patrick/ Forteau Mathias/Pellet Alain, Droit international public, Parigi 2009, n. 49 pagina 109, n. 178 pagina 304; Peters Anne, Völkerrecht, Zurigo 2012, nm. 29 pagina 209; Besson Samantha, Droit international public, Berna 2013, pagina 260; Grisanti Luca, Il

conflitto tra diritto interno e diritto internazionale pubblico con particolare attenzione all'ambito applicativo dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone, in: RtiD II-2007, pagine 249-250.

[28] DTF 139 I 16 consid. 5.1 con riferimenti; DTF 125 II 417 consid. 4d.

[29] Cfr. in ambito di estradizione DTF 122 II 485 consid. 3.

[30] DTF 99 Ib 39.

[31] Uno Stato può sì emanare leggi che a livello interno prevalgono sul diritto internazionale anche se non sono conformi a quest'ultimo, ma in tal caso incorre in una violazione del diritto internazionale che fonda la responsabilità internazionale dello Stato e il suo obbligo di ristabilire una situazione conforme al diritto internazionale, cfr. Consiglio federale, Rapporto "La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale" del 5 marzo 2010, in: Foglio federale 2010, pagina 2038; Grisanti Luca, op. cit., pagina 252.

[32] Sentenza TF n. 2C_716/2014 del 26 novembre 2015 consid. 3.2 destinato a pubblicazione; DTF 133 V 367 consid. 11.4, 125 II 417 consid. 4d; Grisanti Luca, op. cit., pagine 253-271.

[33] Così esplicitamente il Messaggio n. 11.044, pagina 5602.

[34] Alla medesima conclusione, ma con diversa motivazione, giunge Opel Andrea, Wider die Amtshilfe bei Datenklau: Gestohlene Daten sind gestohlene Daten (citato: Gestohlene Daten), in: Jusletter 23. November 2015, nm. 21.

[35] Analogamente a quanto stabilito dalla giurisprudenza in ambito di assistenza giudiziaria in materia penale, DTF 112 Ib 576 consid. 11b; Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 31.

[36] Scheller Stefano, op. cit., pagine 85-86.

[37] Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 17 pagina 463; OCSE/Consiglio d'Europa, La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale: Amendée par le Protocole de 2010, Parigi 2011, Commentaires sur l'article 21, n. 182 pagina 82; OCSE, Modèle d'accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale, Commentaires sur l'article 7, n. 71; Scheller Stefano, op. cit., pagina 81; Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik, pagina 428.

[38] Sentenza TAF n. A-6843/2014 del 15 settembre 2015 consid. 7.4.1, oggetto di impugnazione pendente al Tribunale federale.

[39] Micheli François Roger, Assistance administrative internationale en matière fiscale et données volées, in: The IFA's Wealth Gram, vol. II, n. 20 - settembre 2013, n. 12 pagina 4; cfr. anche sul tema dell'uso di dati rubati nella procedura amministrativa svizzera, Micheli François Roger/Robert Christian-Nils, Documents volés et dénonciations fiscales, in: Jusletter 19 novembre 2012, nm. 6-54.

[40] Parere del Consiglio federale del 16 maggio 2012 sull'interpellanza n. 12.3302 Luzi Stamm "Impiego nelle procedure fiscali di dati bancari rubati" che chiedeva tra l'altro: "È garantito che sul nostro

territorio nazionale le autorità fiscali svizzere non possono basarsi su informazioni o dati acquisiti in modo illegale secondo il diritto svizzero nelle procedure di imposizione o di sottrazione d'imposta?".

[41] Sentenza TF n. 2C_514/2007 del 2 ottobre 2007, consid. 3.

[42] In tal senso Scheller Stefano, op. cit., pagine 85-86.

[43] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 22.

[44] Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 14.1 pagina 461.

[45] Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 15.2 pagina 462.

[46] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 22.

[47] Scheller Stefano, op. cit., pagine 82-83.

[48] Sentenza TAF n. A-6843/2014 del 15 settembre 2015 consid. 7.4.2, oggetto di impugnazione pendente al Tribunale federale.

[49] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 22.

[50] Ad esempio in Italia, cfr. Armella Sara, Liste Falciani e Vaduz: la Corte di Cassazione italiana conferma gli accertamenti, in: NF 3/2016, pagina 25 e seguenti; per una panoramica delle soluzioni giurisprudenziali vigenti in alcuni Paesi europei cfr. Micheli François Roger/Robert Christian-Nils, op. cit., nm. 89-136.

[51] Corte internazionale di Giustizia, Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), sentenza del 4 giugno 2008, C.I.J. Recueil 2008, pagina 229.

[52] Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 19.5 pagina 465; cfr. anche OCSE/Consiglio d'Europa, La Convention multilatérale, op. cit., Commentaires sur l'article 21, n. 196 pagina 86, e OCSE, Modèle d'accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale, Commentaires sur l'article 7, n. 91.

[53] Commentario Art. 26 M-OCSE, Introduction, n. 29 pagina 15; Scheller Stefano, op. cit., pagina 38; Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik, pagina 20; Matteotti René/Krenger Nicole Elischa, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Matteotti René (a cura di), Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, Basilea 2015, N 159 ad Einleitung.

[54] Sentenza TF n. 2C_1174/2014 del 24 settembre 2015 destinata a pubblicazione consid. 2.1, sentenza TF n. 2C_750/2013 del 9 ottobre 2014 consid. 2.2.4.

[55] Scheller Stefano, op. cit., pagine 38-39; Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik, pagina 79; Matteotti René/Krenger Nicole Elischa, op. cit., N 161 ad Einleitung; Lang Michael, in: Danon Robert/Gutmann Daniel/Oberson Xavier/Pistone Pasquale (a cura di), Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, Commentaire, Basilea 2014, N 1 ad Art. 3 M-OCSE; Schönfeld Jens/Häck Nils, in: Schönfeld Jens/Ditz Xaver (a cura di), Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar, Colonia 2013, Systematik der Doppelbesteuerungsabkommen, n.97.

[56] UFG, Demande d'assistance administrative fondées sur des données volées, avis de droit du 23 février 2010, in: GAAC 2010.8, pagina 84.

[57] Parere del Consiglio federale del 16 maggio

2012 sull'interpellanza n. 12.3302 Luzi Stamm, risposta 3: "Sin dalla primavera del 2010, nell'ambito dei negoziati per la conclusione degli accordi per evitare la doppia imposizione, la Svizzera sottolinea che non intende procedere a scambi di informazioni in caso di domande fondate su dati acquisiti illegalmente".

[58] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 23.

[59] Articolo 31 paragrafo 2 lettera a CV; Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, in: Rapport de la Commission du droit international, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Soixante-sixième session, Supplement n. 10 (A/66/10/Add.1), New York 2012, Commentaire sur la directive 1.6.3 n. 2; Gardiner Richard, Treaty Interpretation, Oxford 2015, pagina 107; Villiger Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden 2009, N 16 ad Art. 31 CV; Dailler Patrick/Forteau Mathias/Pellet Alain, op. cit., n. 163, 165; Cottier Thomas/Pannatier Serge, Traités internationaux, IV, FJS 385, Ginevra 1995, pagina 9.

[60] Cfr. ad esempio il Decreto federale del 18 giugno 2010 autorizzante la ratifica dell'accordo di modifica della CDI con la Francia, Raccolta ufficiale 2010 5681: "Articolo 3: Il Consiglio federale dichiara nei confronti del Governo della Repubblica Francese che la Svizzera non concede l'assistenza amministrativa in materia fiscale se la domanda si basa su dati acquisiti illegalmente e che in tal caso chiederà l'assistenza giudiziaria. Il Consiglio federale si adopera per ottenere una dichiarazione equivalente da parte del Governo della Repubblica Francese"; David Eugen, relatore della Commissione del Consiglio degli Stati, in: Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati 2010, pagina 273: "Nun komme ich zu Artikel 1^{er}, bei dem es um die Frage des Ordre public geht. Ich habe vorhin ausgeführt, dass wir ausdrücklich verankert haben wollen, dass wir auf der Basis gestohlener Daten keine Amtshilfe erteilen. Wir wollen, dass der Bundesrat das den Vertragsstaaten mitteilt, und wir laden ihn auch ein, diesbezüglich Konsens mit den Vertragsstaaten herbeizuführen, sei es durch Briefwechsel oder mit anderen Mitteln. Ich verweise insbesondere auf den Fall Frankreich".

[61] Sorel Jean-Marc/Bore-Eveno Valerie, in: Corten Olivier/Klein Pierre (a cura di), The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A commentary, Oxford 2011, N 38 ad Art. 31 CV, pagina 823; Benatar Marco, From probative value to authentic interpretation: the legal effects of interpretative declarations, in: Revue belge de droit international 2011, pagina 193.

[62] Non essendone noto il contenuto preciso non si può escludere che si possa trattare di una dichiarazione unilaterale di altro tipo – di natura politica o interna – come talvolta si riscontra nella prassi internazionale, cfr. Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit., Commentaire sur la directive 1.5; Gardiner Richard, op. cit., pagina 101.

[63] Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit.,

Commentaire sur la directive 2.4.4, n. 6: "il va de soi que seul peut être interprété un instrument existant et que, dès lors, il n'est pas nécessaire de préciser que la déclaration ne peut intervenir qu'une fois le texte de la disposition du traité en cause définitivement adopté"; Gardiner Richard, op. cit., pagina 95; Schönfeld Jens/Häck Nils, op. cit., n. 91.

[64] Corte europea dei diritti dell'uomo, Belilos c. Svizzera del 29 aprile 1988, serie A, vol. 132, § 49 pagina 24; Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit., Commentaire sur la directive 1.4 n. 13; Pellet Alain/Schabas William, in: Corten Olivier/Klein Pierre (a cura di), op. cit., N 26 ad Art. 23 CV, pagina 601.

[65] Articolo 23 paragrafo 2 CV; Pellet Alain/Schabas William, op. cit., N 19 ad Art. 23 CV, pagina 600; Villiger Mark E., op. cit., N 4 ad Art. 23 CV.

[66] Schenker Claude, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, Berna 2015, nm. 140 n. 95; Besson Samantha, op. cit., pagina 209; Villiger Mark E., op. cit., N 6 ad Art. 19 CV; Perrin Georges J., Droit international public, Zurich 1999, pagina 161.

[67] Messaggio del Consiglio federale n. 15.056 del 12 agosto 2015 concernente l'approvazione di un Protocollo che modifica la Convenzione tra la Svizzera e l'Italia per evitare le doppie imposizioni, in: Foglio federale 2015 5631, pagina 5636: "La Svizzera non concederà assistenza amministrativa in materia fiscale all'Italia se la domanda di assistenza si basa su dati ottenuti illegalmente. La delegazione svizzera lo ha comunicato durante i negoziati".

[68] Widmer-Schlumpf Evelyne, Consigliera federale, in: Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2011, pagina 714: "[...] es war ja schon letztes Jahr Gegenstand der Diskussionen um die Änderung oder die Anpassung dieser Doppelbesteuerungsabkommen, und es gilt auch für die neuen Doppelbesteuerungsabkommen, dass man immer darauf hinweisen soll und muss, dass die Schweiz – nicht zuletzt auch in Befolgung des Anliegens des Bundesparlamentes – nicht Amtshilfe leistet, wenn Daten gestohlen wurden. Das wird in jeder Verhandlung festgehalten, und es wird auch entsprechend protokolliert".

[69] Gardiner Richard, op. cit., pagina 105; Villiger Mark E., op. cit., N 5 ad Art. 32 CV.

[70] Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit., Commentaire sur la directive 4.7.1 n. 31; Benatar Marco, op. cit., pagina 192; Dailler Patrick/Forteau Mathias/Pellet Alain, op. cit., n. 164 pagina 278; Sapienza Rosario, Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Milano 1996, pagine 253-254.

[71] Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit., Commentaire sur la directive 4.7.1 n. 17-20; Müller Philipp, relatore della Commissione del Consiglio nazionale, in: Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2010, pagina 886: "Man muss sich aber bewusst sein, dass es sich um einseitige Bestimmungen handelt. Man könnte sie auch als rein deklaratorisch bezeichnen";

Sommaruga Simonetta, Consigliera agli Stati, in: Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati del 2010, pagina 278: "Artikel 1^{er} ist eine Absichtserklärung, nicht mehr und nicht weniger. Das hat keinen verbindlichen Charakter [...]. Es ist nett, es ist eine rhetorische Angelegenheit – aber es ist nicht mehr als das".

[72] Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit., Commentaire sur la directive 4.7.1 n. 33.

[73] Commissione di diritto internazionale, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, op. cit., Commentaire sur la directive 2.9.9 n. 2; Gardiner Richard, op. cit., pagine 105-106; Benatar Marco, op. cit., pagine 189-191; Sapienza Rosario, op. cit., pagina 241.

[74] Cfr. ad esempio la CDI con la Germania, Messaggio del Consiglio federale n. 10.102 del 3 dicembre 2010 che approva un Protocollo che modifica la Convenzione tra la Svizzera e la Germania per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito e sulla sostanza, in: Foglio federale 2010 453, pagina 463: "La Svizzera non concederà tuttavia assistenza amministrativa in materia fiscale alla Germania se la domanda di assistenza si basa su dati ottenuti illegalmente. Il consigliere federale Hans-Rudolf Merz ha già consegnato una corrispondente dichiarazione al ministro delle finanze tedesco Wolfgang Schäuble in occasione del loro incontro del 26 marzo 2010. La Germania ha preso conoscenza della posizione della Svizzera. Con detta dichiarazione il Consiglio federale ritiene di aver adempiuto al mandato formulato nella mozione 10.3013 Future convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Nessuna assistenza amministrativa in caso di dati ottenuti illegalmente".

[75] Articolo 31 paragrafo 3 lettera b CV; Gardiner Richard, op. cit., pagine 264-266; Villiger Mark E., op. cit., N 22 ad Art. 31 CV; Naef Francesco, Segreto bancario e accordo di Schengen ovvero L'inutil precuzione, in: NRCP 2005, pagina 37; cfr. più in generale sull'acquiescenza, Kolb Robert, La bonne foi en droit international public, Parigi 2000, pagine 347-352.

[76] Consiglio federale, Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di modifica della legge sull'assistenza amministrativa fiscale (dati rubati) del 2 settembre 2015, pagina 3.

[77] Come invece, ad un certo momento, era sembrato al Parlamento, cfr. David Eugen, relatore della Commissione al Consiglio degli Stati, in: Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati 2010, pagina 272: "Dem Ordre public widersprechen – Sie finden das nachher auch im Genehmigungsbeschluss – nach Auffassung der Kommission insbesondere Gesuche um Informationsbeschaffung, die auf gestohlenen Daten beruhen. Wir berufen uns ausdrücklich auf den OECD-Standard, auf Artikel 26 Absatz 3 Buchstabe c, wenn wir diesen Ordre public als Schweiz geltend machen und es ablehnen, Auskünfte zu erteilen, wenn sich die auskunftersuchenden Steuerverwaltungen anderer Staaten mit gestohlenen CD ausrüsten und aufgrund dieser gestohlenen CD bei uns Amtshilfe verlangen. Das ist nach unserer Überzeugung auch unser gutes Recht – nach Artikel 26 Absatz 3 des Abkommens".

[78] Sentenza TF n. 2C_514/2007 del 2 ottobre 2007.

[79] Scheller Stefano, op. cit., pagina 46.

[80] Solo Holenstein Daniel, Schweiz: Sind gestohlene Daten eine tragfähige Basis für ein Rechtshilfe- bzw. Amtshilfeersuchen?, in: Praxis Steuerstrafrecht 2008, pagina 91, affronta la questione e vi risponde affermativamente; cfr. anche, più in generale sul principio di sovranità, l'acquisto di dati rubati e la derivante inutilizzabilità quale prova nel diritto interno tedesco, Heine Günther, Entwendete und staatlich angekaufte Bankdaten – Viel Lärm um nichts?, in: ASA 2010/11, pagine 538-539, e *idem*, Beweisverbote und Völkerrecht. Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht HRRS 2009, pagine 541-544.

[81] DTF 130 II 217 consid. 5.2; Dailler Patrick/For-teau Mathias/Pellet Alain, op. cit., n. 265.

[82] Corte permanente di arbitrato, The Island of Palmas Case (or Miangas), lodo dell'arbitro unico Max Huber del 4 aprile 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, pagina 838.

[83] Besson Samantha, Sovereignty, in: Wolfrum Rüdiger (a cura di), The Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2012, n. 118-119; Fassbender Bardo, in: Simma Bruno/Khan Daniel-Erasmus/Nolte Georg/Paulus Andreas (a cura di), The Charter of the United Nations – A commentary, Oxford 2012, N 57 ad Art. 2 paragrafo 1 Statuto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (di seguito ONU); Dailler Patrick/For-teau Mathias/Pellet Alain, op. cit., n. 265; Cassese Antonio, International Law, Oxford 2005, pagina 49; Ziegler Andreas R., Introduction au droit international public, Berna 2015, nm. 593; Peters Anne, op. cit., pagina 146; Müller Jörg Paul/Wildhaber Luzius, Praxis des Völkerrechts, Berna 2001, pagina 373.

[84] Corte permanente di giustizia internazionale, Affaire du Lotus, sentenza del 7 settembre 1927, CPJI Recueil des arrêts, série A, n. 10, pagine 18-19.

[85] Corte internazionale di Giustizia, Affaire du Détroit de Corfou, sentenza del 9 aprile 1949, C.I.J. Recueil 1949, pagina 35.

[86] Besson Samantha, Sovereignty, op. cit., n. 123, 126; Fassbender Bardo, op. cit., N 57 ad Art. 2 paragrafo 1 Statuto ONU; Dailler Patrick/For-teau Mathias/Pellet Alain, op. cit., n. 309, 336; Cassese Antonio, op. cit., pagine 51 e 53; Ziegler Andreas R., op. cit., nm. 617, 633-634; Peters Anne, op. cit., pagine 146-147; von Arnould Andreas, Völkerrecht, Heidelberg 2014, nm. 363-364.

[87] Verdross Alfred/Simma Bruno, Universelles Völkerrecht, Berlino 1984, § 456.

[88] Besson Samantha, Sovereignty, op. cit., n. 118, 119, 126; Cassese Antonio, op. cit., pagina 53; von Arnould Andreas, op. cit., nm. 349.

[89] Shen Janming, The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions Under International Law, International Legal Theory, vol. 7 (2001), pagine 1-32; Schultz Hans, Male captus bene deditus, in: ASDI 1984, pagina 107.

[90] Besson Samantha, Sovereignty, op. cit., n. 89; *contra*: Fassbender Bardo, op. cit., N 65 ad Art. 2 paragrafo 1 Statuto ONU.

[91] DTF 140 IV 86 consid. 2.4, 133 I 234 consid. 2.5.1, 121 I 181 consid. 2c/aa; Sentenza TF n. 6P.64/2000 del 5 dicembre 2000, consid. 3a; Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: EuGRZ 1983, pagina 435 e seguenti consid. 3a.

[92] Caso citato da Müller Jörg Paul/Wildhaber Luzius, op. cit., pagina 415.

[93] Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: EuGRZ 1983, pagina 435 e seguenti.

[94] DTF 133 I 234.

[95] DTF 122 I 181.

[96] DTF 114 IV 128.

[97] Caso citato da Cassese Antonio, op. cit., pagina 51.

[98] Sentenza TF n. 9X.1/1999 del 7 luglio 2000.

[99] Sentenza TPF n. RR.2011.176 del 21 novembre 2011 consid. 2.2; che tale tecnica non leda la sovranità svizzera è peraltro contestato in dottrina, sul tema Ruggieri Francesca, Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo, in: Rep. 1998, pagina 15 e seguenti.

[100] Cfr. risposta n. 1-3 del Consiglio federale del 13 febbraio 2013 all'interpellanza n. 12.4043 di Quadri Lorenzo "Legge e sovranità svizzera sistematicamente violate da Paesi confinanti. E noi stiamo a guardare?".

[101] DTF 131 III 448.

[102] DTF 140 IV 86.

[103] Direzione del diritto internazionale pubblico, Parere del 14 luglio 1994, GAAC 59.156.

[104] Commissione di diritto internazionale, Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, in: Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II (2e partie), pagina 20 e seguenti.

[105] Con la Risoluzione A/RES/56/83.

[106] Ad esempio sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Kotov c. Russia del 3 aprile 2012, paragrafo 30.

[107] Crawford James, State Responsibility - The General Part, Cambridge 2013, pagina 181; De Frouville Olivier, Attribution of Conduct to the State: Private Individuals, in: Crawford James/Pellet Alain/Olleson Simon (a cura di), The Law of International Responsibility, Oxford 2010, pagina 273.

[108] de Vattel Emer, Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Leida 1758, vol. I, cap. VI, paragrafi 72-73, pagina 132.

[109] Corte internazionale di Giustizia, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, sentenza del 24 maggio 1980, C.I.J. Recueil 1980, pagina 29 paragrafo 58.

[110] Corte internazionale di Giustizia, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, op. cit., pagina 35 paragrafo 74.

[111] Commissione di diritto internazionale, Projet

d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, op. cit., pagina 56 paragrafo 6.

[112] Crawford James, op. cit., pagina 187.

[113] Müller Jörg Paul/Wildhaber Luzius, op. cit., pagina 419.

[114] Commissione di diritto internazionale, Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, op. cit., pagine 55-56 paragrafo 5; Crawford James, op. cit., pagina 183; Mann Frederick Alexander, Reflections on the prosecution of persons abducted in breach of international law, in: Dinsteiner Yoram/Taborly Mala (a cura di), International law at a time of perplexity. Essays in honour of Shabtai Rosenne, Dordrecht 1989, pagina 408.

[115] Commissione di diritto internazionale, Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, op. cit., pagina 56 paragrafo 9.

[116] Direzione del diritto internazionale pubblico, op. cit., GAAC 59.156.

[117] DTF 114 IV 128.

[118] Cassese Antonio, op. cit., pagina 51.

[119] Sentenza TF n. 9X.1/1999 del 7 luglio 2000.

[120] DTF 141 IV 155 consid. 4.3.1; Sentenza TPF n. SK.2014.46 del 27 novembre 2015 consid. 3.3-3.11.

[121] DTF 141 IV 155 consid. 4.3.2; Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: EuGRZ 1983, pagina 437 consid. 3a.

[122] DTF 74 IV 102; Sentenza TPF n. SK.2014.46 del 27 novembre 2015 consid. 3.1.2.

[123] Holenstein Daniel, Schweiz: Sind gestohlene Daten, op. cit., pagina 91; il principio è stato affermato dal Tribunale federale nell'ambito dell'extradizione di una persona attirata con l'inganno in Svizzera, Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: EuGRZ 1983, pagina 435 e seguenti.

[124] DTF 133 I 234 consid. 2.6; Lagodny Otto, in: Schomburg Wolfgang/Lagodny Otto/Gless Sabine/Hackner Thomas (a cura di), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Monaco 2012, n. 32 ad § 3 IRG; *contra*: Mann Frederick Alexander, op. cit., pagina 409; Schubarth Martin, Faustrecht statt Auslieferungrecht?, in: Der Strafverteidiger 1987, pagina 174; Vogler Theo, Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Entführungen von Straftätern aus dem Ausland, in: Herzberg Rolf Dietrich (a cura di), Festschrift für Dietrich Oehler, Colonia 1985, pagina 385.

[125] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 29; Commissione di diritto internazionale, Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, op. cit., pagina 49 paragrafo 2: "L'attribution à l'État d'un comportement qu'il a en fait autorisé est légitime admise par la jurisprudence internationale. Peu importe en pareil cas que la ou les personnes en question soient des personnes privées, ou que leur comportement relève ou non d'une «activité publique». La plupart du temps il s'agit de situations où les organes de l'État complètent leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre «d'auxiliaires», ou les incitent

à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'État".

[126] Ziegler Andreas R., op. cit., pagina 276 nm. 622; Peters Anne, op. cit., pagina 370.

[127] Verdross Alfred/Simma Bruno, op. cit., pagina 278.

[128] Curiosamente, una parte minoritaria della dottrina tedesca è invece dell'opinione che tale pubblico incitamento non sia ancora una violazione dell'obbligo di vigilanza ma solo una scortesia internazionale (Pawlik Michael, Zur strafprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, in: JZ 2010, pagina 695).

[129] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 29, 43; Heine Günther, Beweisverbote und Völkerrecht, op. cit., pagina 543; Holenstein Daniel, Schweiz: Sind gestohlene Daten, op. cit., pagina 91; che l'acquisto da parte dello Stato estero di dati rubati sia contrario al diritto internazionale è del resto sempre stato affermato dal Consiglio federale, cfr. ad esempio la risposta del 26 maggio 2010 all'interpellanza Fiala Doris n. 10.3023 "Diritto internazionale pubblico anziché legge della giungla. Azione contro la Germania".

[130] Come nel caso Eichmann, il suo arresto, processo ed esecuzione della pena da parte di Israele andavano considerati adozione a posteriori del comportamento dei privati volontari che lo avevano precedentemente rapito in violazione della sovranità territoriale argentina, cfr. Commissione di diritto internazionale, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, op. cit., pagine 55 e 56 paragrafo 5; Crawford James, op. cit., pagina 183; Mann Frederick Alexander, op. cit., pagina 408.

[131] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 44.

[132] Al contrario, se lo Stato estero disponeva dei dati già grazie a proprie precedenti attività istruttorie (lecite), la domanda non può essere ritenuta fondarsi sui dati rubati, e perciò non costituisce atto di adozione del comportamento del ladro di dati; in tal senso la giurisprudenza che ammette la ricevibilità della domanda di assistenza che non si fondi esclusivamente sui dati rubati, cfr. Sentenza TF n. 1C_430/2014 del 19 settembre 2014, sentenza TF n. 1C_260/2013 del 19 marzo 2013; cfr. anche Schoder Charlotte, op. cit., N 82 ad Art. 7 LAAF, e Holenstein Daniel, Schweiz: Sind gestohlene Daten, op. cit., pagina 91.

[133] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 44.

[134] Commentario Art. 26 M-OCSE, n. 12.2 pagina 459; articolo 22 paragrafo 4 Convenzione sull'assistenza amministrativa.

[135] Oswald Diana, *Verfahrensrechtliche Aspekte der internationalen Amtshilfe in Steuersachen*, Zurigo 2015, nm. 920.

[136] Corte internazionale di Giustizia, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, sentenza del 25 settembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, pagina 76: "Cela ne signifie pas que le faits – en l'occurrence des faits qui découlent de comportements illicites – déterminent le droit. La Cour fait droit au principe ex

injuria jus non oritur lorsqu'elle conclut que les relations juridiques créés par le traité de 1977 subsistent et ne sauraient en l'espèce être considérées comme annulées par un comportement illicite".

[137] Lagerwall Anne, *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Bruxelles 2016, pagine 179-180.

[138] Lagerwall Anne, op. cit., pagine 133-136; Kolb Robert, op. cit., pagine 487-488; Cheng Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 2006, pagine 149-158.

[139] Lagerwall Anne, op. cit., pagine 136-140.

[140] Lagerwall Anne, op. cit., pagine 273-274; Kolb Robert, op. cit., pagina 488.

[141] Lagerwall Anne, op. cit., pagina 116; Schultz Hans, op. cit., pagine 105-106.

[142] Schünemann Bernd, *Die Liechtensteiner Steueraffaire als Menetekel des Rechtsstaats*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2008, pagina 207.

[143] Mann Frederick Alexander, op. cit., pagina 415.

[144] DTF 133 I 234 consid. 2.6; Noto Flavio, *Male captus bene detentus bei Völkerrechtsverbrechen?*, in: RPS 2013, pagine 106-107; Ziegler Andreas R./Bergmann Camille, *Völkerrechtliche Grundsätze bei "atypischen Auslieferung"* – zugleich Besprechung von BGE 133 I 234, *Forum poenale* 2008, pagina 53.

[145] Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: *EuGRZ* 1983, pagina 435 e seguenti consid. 3d.

[146] Lagerwall Anne, op. cit., pagine 209-218; Paulussen Christophe, *Male captus bene detentus? – Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Anversa 2010, pagine 181 e seguenti; Ziegler Andreas R./Bergmann Camille, op. cit., pagina 54.

[147] Popp Peter, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Basilea 2001, nm. 61.

[148] Opel Andrea, *Gestohlene Daten*, nm. 19; Wyss Rudolf, op. cit., pagina 734.

[149] Nell'ambito dell'assistenza giudiziaria in materia penale per gravissimi crimini la Svizzera potrebbe invece comunque scegliere di dare assistenza o concedere l'estradizione anche senza esservi obbligata, visto che l'articolo 1 della Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (AIMP) le lascia tale facoltà, al contrario dell'articolo 1 LAAF.

[150] Così come fatto dal Tribunale federale in materia di estradizione, Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: *EuGRZ* 1983, pagina 438 consid. 3d.

[151] Come in materia di estradizione, Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: *EuGRZ* 1983, pagina 436 consid. 1c; Schultz Hans, op. cit., pagina 102-103.

[152] Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: *EuGRZ* 1983, pagina 437 consid. 3b; articolo 16 ARSIWA.

[153] Commissione di diritto internazionale, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, op. cit., pagina 103 paragrafo 3.

[154] Commissione di diritto internazionale, *Projet*

d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, op. cit., pagina 103 paragrafo 5.

[155] Commissione di diritto internazionale, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, op. cit., pagina 104 paragrafo 5.

[156] Corte internazionale di Giustizia, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, sentenza del 14 febbraio 2001, C.I.J. Recueil 2002, pagina 32.

[157] Corte internazionale di Giustizia, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, sentenza del 3 febbraio 2012, C.I.J. Recueil 2012, pagine 153-154.

[158] Cfr. risposta n. 3 del Consiglio federale del 24 febbraio 2010 all'interpellanza n. 09.4204 Brunschwig Graf Martine "La Francia viola lo Stato di diritto in tutta impunità".

[159] Crawford James, op. cit., pagina 682-684.

[160] Simma Bruno/Tams Christian J., *Reacting Against Treaty Breaches*, in: Hollis Duncan B. (a cura di), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford 2012, pagine 581-582, 596-598; Villiger Mark E., op. cit., N 26 ad Art. 60 CV.

[161] Corte internazionale di Giustizia, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, sentenza del 20 dicembre 1974, C.I.J. Recueil 1974, pagina 268 n. 46.

[162] Naef Francesco, *Divagazioni sul potere cognitivo del giudice delle rogatorie internazionali*, in: *AJP/PJA* 1997, pagine 291-292 con riferimenti.

[163] Sentenza TF n. 2C_1174/2014 del 24 settembre 2015 destinata a pubblicazione, consid. 2.1.3-2.1.4.

[164] Kolb Robert, op. cit., pagine 279-280; Naef Francesco, op. cit., pagina 292 con riferimenti.

[165] DTF 121 I 181 consid. 2c/aa; Sentenza TF n. 2C_1174/2014 del 24 settembre 2015 destinata a pubblicazione, consid. 2.1.3; Kolb Robert, op. cit., pagine 283-291; Villiger Mark E., op. cit., N 7 ad Art. 31 CV; Naef Francesco, op. cit., pagina 291; Müller Jörg Paul, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Colonia 1971, pagina 127; Cheng Bin, op. cit., pagina 123.

[166] Kolb Robert, op. cit., pagina 159 con riferimenti.

[167] Naef Francesco, op. cit., pagina 291.

[168] DTF 117 Ib 337 consid. 2a.

[169] Cfr. ad esempio la risposta del Consiglio federale del 12 maggio 2010 alla mozione n. 10.3190 Fehr Hans "Fiscalità del risparmio. Trattenere la quota che spetta alla Germania".

[170] Cfr. ad esempio la risposta del Consiglio federale del 12 maggio 2010 alla mozione n. 10.3189 del Gruppo UDC "Nessuna assistenza amministrativa nei casi di dati ottenuti illegalmente".

[171] Opel Andrea, *Gestohlene Daten*, nm. 27; Oberson Xavier, in: Danon Robert/Gutmann Daniel/Oberson Xavier/Pistone Pasquale (a cura di), *Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune*, Commentaire, Basilea 2014, N 119 ad Art. 26 M-OCSE; Wyss Rudolf, op. cit., pagina 737; Molo Giovanni, *Die neue Trennungslinie bei der Amtshilfe in Steuersachen: Das Verbot der fishing expeditions und die formellen*

Anforderungen an das Gesuch, in: ASA 2011/12, pagina 152.

[172] Conférence de La Haye de droit international privé, Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention preuves, L'Aja 2016, pagine 10-11, nm. 20 nota 35; incoerente con tali valutazioni è perciò quella parte della dottrina tedesca - Pawlik Michael, op. cit., pagina 694 - che nega un obbligo per la Germania di astenersi dall'utilizzare dati rubati.

[173] Conférence de La Haye de droit international privé, op. cit., pagina 11, nm. 20 nota 36.

[174] DTF 141 II 436 consid. 4.4.3; Sentenza TF n. 2C_1174/2014 del 24 settembre 2015 destinata a pubblicazione, consid. 2.1.1.

[175] DTF 117 Ib 337 consid. 2a; Zimmermann Robert, La cooperation judiciaire internationale en matière pénale, Berna 2014, n. 198; Popp Peter, op. cit., nm. 56.

[176] Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 28.

[177] Messaggio del Consiglio federale n. 16.050 concernente la modifica della legge sull'assistenza amministrativa fiscale del 10 giugno 2016 (citato: Messaggio dati rubati), in: Foglio federale 2016

4561, cifra 2; Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di modifica della legge sull'assistenza amministrativa fiscale (dati rubati), del 2 settembre 2015, pagina 8.

[178] Messaggio dati rubati, cifra 2; Rapporto esplicativo, op. cit., pagina 8.

[179] Messaggio dati rubati, cifra 2; Rapporto esplicativo, op. cit., pagina 8.

[180] Messaggio dati rubati, cifra 1.2.3; Rapporto esplicativo, op. cit., pagine 3 e 4.

[181] Rapporto esplicativo, op. cit., pagina 3.

[182] Messaggio dati rubati, cifra 1.2.4; Rapporto esplicativo, op. cit., pagina 6.

[183] Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2012, pagina 102.

[184] Messaggio del Consiglio federale n. 13.083 concernente la modifica della legge sull'assistenza amministrativa fiscale del 16 ottobre 2013, in: Foglio federale 2013 7203, pagina 7208.

[185] Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale 2013, pagina 2189.

[186] Foglio federale 2014 1535.

[187] Rapporto della Commissione dell'economia

e dei tributi del Consiglio nazionale del 19 maggio 2014 sull'iniziativa parlamentare n. 10.450 "Punire severamente la vendita di dati bancari", in: Foglio federale 2014 5347, pagina 5349; lo scopo è stato condiviso anche dal Governo, cfr. Parere del Consiglio federale del 13 agosto 2014 *ad* n. 10.450, in: Foglio federale 2014 5357.

[188] Cfr. *supra* cap. 4.5.4.

[189] Cfr. *supra* cap. 4.6; Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 44.

[190] Oswald Diana, op. cit., nm. 920.

[191] DTF 121 I 181 consid. 2c/bb, 117 Ib 337 consid. 2a; Sentenza TF n. P.1201/81 del 15 luglio 1982, pubblicata in: EuGRZ 1983, pagina 436 consid. 1c; Zimmermann Robert, op. cit., n. 198; Popp Peter, op. cit., nm. 56; Schultz Hans, op. cit., pagine 102-103.

[192] Global Forum, Peer Reviews: Liechtenstein 2015 - Phase 2: Implementation of the Standard in Practice, Parigi 2015, pagina 99 n. 325.

[193] Global Forum, op. cit., pagina 139.

[194] In tal senso anche Opel Andrea, Gestohlene Daten, nm. 41.