

Da Kieber a Falciani: i dati bancari trafugati e il diritto penal-tributario italiano



Giacomo Lunghini

Professore a contratto di diritto penale dell'economia presso l'Università degli studi di Brescia
Avvocato, Socio dello studio legale associato Lunghini Sangiorgio, Milano
g.lunghini@lunghinisangiorgio.com

Tra distruzione delle liste e inutilizzabilità dei loro dati, i diritti del cittadino italiano di fronte al procedimento penale e tributario

All'inizio fu Heinrich Kieber, poi Hervé Falciani. Questi i nomi di coloro che hanno dato avvio a due delle vicende, per molti versi analoghe pur nelle loro sostanziali differenze, che per anni hanno riempito le pagine dei giornali europei e hanno interessato, oltre agli addetti ai lavori (in particolare, penalisti e tributaristi), soprattutto le migliaia di correntisti di due noti e importanti istituti di credito i cui dati e le informazioni riservate, relativi alle loro disponibilità finanziarie all'estero, sono stati trafugati a loro insaputa da due dipendenti infedeli e successivamente utilizzati nei loro confronti dalle competenti autorità nazionali di settore.

Heinrich Kieber, ex dipendente della fondazione LGT di Vaduz nel Principato del Liechtenstein, ha catalogato e rielaborato in un unico file i dati di centinaia di correntisti di varie nazionalità e li ha in seguito venduti ai servizi segreti tedeschi. La cosiddetta "Lista di Vaduz" ha avuto in seguito ulteriore diffusione in tutta Europa nonché in altri Paesi, dando avvio ad una vastissima campagna di accertamenti fiscali e penali a carico dei correntisti medesimi da parte dei rispettivi Paesi d'origine.

Hervé Falciani, autore dell'omonima Lista, era alle dipendenze della filiale ginevrina della HSBC quando, approfittando del suo ruolo di archivista informatico, ha copiato su un CD i dati di decine di migliaia di correntisti (per ciascuno dei quali venne compilata un'apposita "fiche" riassuntiva dei dati anagrafici, spesso incompleti, dei titolari delle disponibilità e dei soggetti che a vario titolo potevano operare o beneficiare delle medesime, dell'ammontare dei capitali detenuti in un determinato periodo e delle operazioni finanziarie su di essi effettuate) dell'istituto di credito presso cui lavorava, per consegnarli poi alle autorità finanziarie francesi.

In entrambi i casi i dati, coperti da segreto in base alle specifiche normative di settore, sono finiti nelle mani delle amministrazioni finanziarie prima e delle Procure poi di tutta Europa. Anche se attraverso canali parzialmente diversi che

Come avvocato ha assistito numerosi cittadini italiani attinti da indagini originate dalle liste Kieber/Falciani. In seguito ad una sua istanza il Giudice per le Indagini Preliminari di Pinerolo ne ha disposto la distruzione.

ne hanno condizionato successivamente il regime di utilizzabilità nelle competenti sedi (cfr. *infra*).

Per quanto riguarda, in particolare, l'Italia, la cosiddetta "Lista di Vaduz" è stata trasmessa dapprima dalle autorità inglesi e poi da quelle australiane attraverso il canale della Direttiva n. 77/799/CEE (ovviamente, solo per quanto riguarda le autorità del Regno Unito), relativa alla reciproca assistenza fra le autorità del settore, in particolare, delle imposte indirette, nonché delle convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore tra i rispettivi Paesi. La Lista è entrata nelle mani del Ministero del Tesoro che, successivamente, l'ha messa a disposizione sia dell'amministrazione finanziaria sia della Procura della Repubblica di Roma. La Lista è infine giunta sui tavoli dell'Agenzia delle Entrate e delle Procure competenti territorialmente a procedere, nei rispettivi piani, nei confronti dei contribuenti italiani possessori di capitali non dichiarati al Fisco in Liechtenstein.

Tale documento, di formazione chiaramente illecita (tanto che Kieber è stato condannato nel suo Paese per la sottrazione dei dati), ha dato avvio a numerose verifiche fiscali da parte della Guardia di Finanza e, nella maggior parte dei casi, in altrettanti avvisi di accertamento in relazione al mancato pagamento delle imposte dovute sui redditi prodotti dai capitali detenuti all'estero in violazione della normativa sul monitoraggio fiscale. Parallelamente, i contribuenti presunti evasori sono stati iscritti nel registro degli indagati per ipotesi di reato che, nella maggior parte dei casi, riguardavano l'infedele ovvero l'omessa dichiarazione dei redditi ai sensi degli articoli 4 e 5 del Decreto Legislativo (di seguito D.Lgs.) n. 74/2000.

A prescindere dal merito delle contestazioni, in entrambe le sedi (sia amministrativa sia penale) si è immediatamente posta la questione dell'utilizzabilità di quel materiale raccolto in maniera illecita e all'insaputa dei soggetti cui le informazioni si riferivano, sulla cui autenticità e rappresentatività non era possibile svolgere alcun accertamento.

Se, in sede tributaria, l'utilizzabilità sembrava garantita dalle specifiche disposizioni contenute nella Direttiva n. 77/799/CEE e nelle convenzioni contro le doppie imposizioni (come

si vedrà in seguito, tuttavia, per quanto trasmessa attraverso canali ufficiali e sulla base di specifiche normative, l'origine intrinsecamente illecita della documentazione non può in alcun modo considerarsi sanata), in sede penale nulla consentiva di estendere il discusso regime apparentemente assicurato dalla normativa internazionale in materia fiscale che, anzi, espressamente ne circoscriveva l'utilizzabilità a quello specifico settore. Risultato: mentre sul piano fiscale, nonostante le eccezioni di inutilizzabilità e grazie ad un atteggiamento di ostentata chiusura degli organi tributari verso le (corrette, a mio avviso) istanze dei contribuenti, è stato possibile riscuotere una parte considerevole delle imposte evase (pur a scapito delle garanzie e dei valori fondamentali riconosciuti al contribuente); sul piano penale tutti i procedimenti originati dai dati contenuti nella "Lista di Vaduz" hanno subito (per quanto è a mia conoscenza, cioè per i correntisti da me assistiti) la medesima sorte: archiviazione per inutilizzabilità – nella specifica sede penale – del materiale ricavato dalla lista (che, nella maggior parte dei casi, esauriva l'intero contenuto del fascicolo d'indagine) ovvero per intervenuta prescrizione delle relative ipotesi di reato (si noti infatti che nonostante la "Lista di Vaduz" sia stata resa nota nel marzo del 2008, i dati in essa contenuti si riferivano a periodi fiscali relativi al 2000-2002).

Analogo percorso hanno compiuto i procedimenti (amministrativi e penali) avviati sulla scorta dei dati contenuti nella "Lista Falciani", per quanto caratterizzati da differenze sostanziali.

Si osservi, infatti, che uno dei problemi fondamentali che i Pubblici Ministeri assegnatari dei fascicoli originati dai dati contenuti nella "Lista di Vaduz" hanno dovuto affrontare concerneva il regime di utilizzabilità che – sulla base della citata normativa internazionale in materia di cooperazione nel settore delle imposte indirette – era espressamente circoscritto al solo versante fiscale. Tutte le informazioni contenute nella "Lista di Vaduz", acquisite esclusivamente attraverso i canali della cooperazione internazionale in materia fiscale e non tramite gli opportuni strumenti giudiziari (rogatorie), non erano pertanto utilizzabili in sede penale.

Questione che si ritenne di poter superare allorquando, pochi anni dopo, venne resa nota la "Lista Falciani": la Procura di Torino – aggirando (o credendo di aggirare) l'ostacolo che si era presentato in precedenza in occasione della "Lista di Vaduz" – ottenne la famigerata lista attraverso una rogatoria chiesta e concessa dalle competenti autorità francesi.

La "Lista Falciani" faceva dunque il suo ingresso in Italia attraverso un duplice canale informativo: quello azionato attraverso la già nota Direttiva n. 77/799/CEE e la Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra Italia e Francia, per quanto attiene il versante fiscale; nonché attraverso la rogatoria internazionale per quanto riguarda il settore penale.

Tale duplice canale, tuttavia, non poteva in alcun modo sanare l'origine irrimediabilmente illecita della documentazione. Il mezzo di trasporto non può certamente mutare la natura del suo contenuto che se era illecita resta tale nonostante il suo ingresso sia stato accompagnato in Italia con tutti i crismi di ufficialità e legalità.

Nonostante le (apparenti) differenze che hanno caratterizzato l'ingresso delle due liste in Italia, è possibile affermare una comunanza di esiti quanto meno sul fronte penale: nessun procedimento originato dalla "Lista Falciani", per quanto è noto, ha portato alla condanna del presunto evasore. Anzi, anche sul fronte amministrativo, devono segnalarsi le prime pronunce di annullamento degli avvisi di accertamento redatti sulla base dei dati contenuti nella "Lista Falciani".



Sotto quest'ultimo profilo le argomentazioni utilizzate sono essenzialmente le seguenti (da ultimo, Commissione Tributaria Provinciale di Verbania con la sentenza n. 47/2/12): l'incerta riconducibilità dei documenti (la cosiddetta "fiche") alla persona interessata e ad un preciso istituto di credito in quanto il materiale su cui si basava l'accertamento non era documentazione ufficiale proveniente dalla banca bensì la rielaborazione, contenuta appunto in una "fiche", di dati di incerta provenienza e autore; l'impossibilità di stabilire se i capitali fotografati nella "Lista Falciani" (che si riferiva al periodo compreso tra la fine del 2005 e i primi mesi del 2007) fossero detenuti dal contribuente anche per i periodi successivi oggetto dell'accertamento del Fisco, accertamento che spesso si estendeva fino all'anno precedente a quello in corso; ma, soprattutto, l'inutilizzabilità di dati e prove acquisite illegalmente e la conseguente irrilevanza della successiva trasmissione in Italia attraverso i canali ufficiali di dati comunque illecitamente raccolti.

Se sul piano fiscale, dunque, l'utilizzabilità dei dati contenuti nelle liste di Vaduz e Falciani era e resta discussa (come testimonia l'evoluzione dell'atteggiamento degli organi tributari nel tempo, di completa chiusura inizialmente verso le istanze difensive fino ai recenti annullamenti da parte di alcune Commissioni Tributarie Provinciali degli accertamenti per inutilizzabilità della documentazione), sul fronte penale l'inutilizzabilità di tale documentazione avrebbe dovuto essere certa. Questo perchè il sistema processual-penalistico italiano prevede una norma che sanziona con l'inutilizzabilità patologica il materiale illegalmente acquisito, prevedendone, anzi, l'obbligo di distruzione laddove ne siano stati accertati i presupposti.

Si tratta dell'articolo 240, comma 2, del Codice di procedura penale (di seguito c.p.p.), il quale prevede che il Pubblico Ministero deve disporre l'immediata secretazione e la custodia in un luogo protetto dei "documenti, supporti e atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni relativi a traffico telefonico o telematico illegalmente formati o acquisiti" nonché dei "documenti formati attraverso la raccolta illegale delle informazioni", dei quali è comunque vietato estrarre copia in qualsiasi fase

del procedimento così come parimenti vietato è l'utilizzo del loro contenuto in qualunque forma.

Ai sensi della medesima disposizione, entro quarantotto ore il Pubblico Ministero deve chiedere al Giudice per le Indagini Preliminari (di seguito GIP) di disporre la distruzione. Costui, deve fissare un'udienza da celebrarsi secondo le forme del rito camerale ma (alla luce delle puntualizzazioni fornite dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 173/2009) con la presenza necessaria del Pubblico Ministero e delle parti interessate.

Sentite le parti, il Giudice che ritenga sussistenti i presupposti (in sostanza, l'esistenza di un'attività di spionaggio ovvero di dossieraggio abusivo, cfr. *infra*) deve disporre la distruzione, cui deve dare esecuzione immediatamente alla presenza di tutte le parti.

Delle operazioni così compiute deve essere redatto un verbale nel quale si dà atto dell'intervenuta attività di captazione ovvero di raccolta illegale delle informazioni, nonché delle modalità utilizzate e dei soggetti interessati senza alcun riferimento al contenuto dei documenti distrutti. Tale verbale diventa la prova in dibattimento dell'attività di spionaggio o di dossieraggio abusivo, ma non del contenuto del materiale distrutto.

Anzi, ai sensi dell'articolo 3 del D.L. n. 259/2006 che ha introdotto la norma, la detenzione consapevole del materiale di cui è stata ordinata la distruzione ai sensi dell'articolo 240 del c.p.p. costituisce un'apposita fattispecie di reato, per il quale – a riprova della volontà di impedire e punire qualsiasi utilizzo processuale del materiale illegalmente acquisito o formato – è prevista una specifica aggravante nel caso autore del reato sia un pubblico ufficiale (come ad esempio un funzionario dell'Agenzia delle Entrate ovvero un Pubblico Ministero).

La norma, che costituisce un inedito nell'intero ordinamento italiano, è stata in realtà elaborata e approvata in tempi da record per far fronte al cosiddetto scandalo Telecom, ovvero per impedire la divulgazione di dati e informazioni riservate e sensibili illecitamente acquisite tramite una vastissima campagna di intercettazioni illegali.

Nonostante sia stata emanata per un fenomeno diverso, il "settore delle liste" rappresenta astrattamente uno dei campi d'elezione per l'applicazione della norma in commento ed è in questa prospettiva che ho ripetutamente avanzato istanza affinché si svolgesse questa procedura. Astrattamente, in quanto, sia per la complessità della norma, la cui formulazione ha suscitato fin da subito aspre critiche dottrinali, sia per gli effetti che dalla sua applicazione ne scaturirebbero (la distruzione della lista o di una sua parte determinerebbe l'obbligo di distruzione di tutte le copie esistenti e la realizzazione degli estremi del reato specifico a carico di tutti coloro che, consapevoli dell'esistenza di un provvedimento di distruzione, ne detengono una copia), gli organi giudiziari appaiono decisamente restii ad ammetterne l'applicabilità al caso specifico.

Nessun dubbio, infatti, che sia la "Lista di Vaduz" sia la "Lista Falciani" costituiscano un documento formato "attraverso la raccolta illegale delle informazioni", come previsto dall'articolo 240, comma 2, del c.p.p. Accedendo abusivamente ad un

sistema informatico al fine di trafugare dati e informazioni, senza il consenso delle persone cui essi si riferiscono, ovvero degli organi competenti dei rispettivi istituti di credito presso cui lavoravano, sia Kieber sia Falciani hanno realizzato la condotta di dossieraggio abusivo che costituisce il presupposto di applicazione della norma. Tali dati e informazioni sono stati successivamente rielaborati in un documento di sintesi che successivamente è entrato nelle mani delle diverse amministrazioni finanziarie.

Questa condotta imporrebbe l'applicazione della norma prevista dall'articolo 240 del c.p.p. Il Pubblico Ministero deve immediatamente disporre la secretazione e inviare gli atti al GIP affinché fissi l'udienza destinata all'accertamento, nel contraddittorio tra le parti, dei presupposti per la sua applicazione ed, infine, alla distruzione del documento medesimo.

Come accennato, la norma, apparentemente cristallina, è caratterizzata da una tecnica legislativa particolarmente difettosa.



In primo luogo non è chiaro se l'aggettivo "illegale" in essa impiegato, che costituisce un *unicum* nell'ordinamento italiano (che parla semmai di illiceità, per indicare la contrarietà di un dato comportamento ad una norma di diritto penale sostanziale, ovvero di illegittimità, a significare la violazione di una norma di diritto processuale, ma mai di illegalità), debba considerarsi una mera svista oppure una (incomprensibile) scelta linguistica.

Nel primo caso saremmo portati ad affermare che la condotta di dossieraggio debba integrare una specifica condotta illecita codificata nel diritto penale sostanziale, come ad esempio l'accesso abusivo al sistema informatico ovvero l'appropriazione indebita ovvero la violazione della normativa posta a tutela della *privacy*.

Nel secondo caso, l'atipicità del termine protrebbe significare che il legislatore abbia consapevolmente scelto di non tipizzare le condotte di dossieraggio, ricomprendendo sia comportamenti di rilevanza penale, sia, ad esempio, comportamenti di mero rilievo civilistico. In assenza di una qualsiasi presa di posizione da parte del legislatore, è impossibile optare per l'una o l'altra soluzione, anche se gli organi giudiziari sembrano propendere per la coincidenza con condotte di rilievo penale.

Altro aspetto discusso. La norma stabilisce termini perentori per la procedura; il Pubblico Ministero deve disporre la secretazione e trasmettere gli atti al GIP entro 48 ore (non è

chiaro da quale momento debba decorrere questo termine); nelle successive 48 ore il GIP deve fissare l'udienza e decidere entro dieci giorni.

Nonostante l'apparente perentorietà dei termini descritti, non è prevista alcuna espressa sanzione processuale e, nella pratica, tali termini vengono costantemente superati, tanto che spesso la documentazione estrapolata dalle liste resta per mesi nel fascicolo del Pubblico Ministero senza che questi si attivi in alcun modo e, laddove lo faccia (volontariamente o sollecitato dalle difese dei contribuenti), trascorrono altrettanti mesi prima che il GIP prenda la sua decisione.

Neppure è prevista alcuna forma di controllo sull'inattività del Pubblico Ministero che, nonostante l'esistenza del materiale di formazione "illegale", si astiene dal dare avvio alla procedura. Questo nella pratica determina l'impossibilità per la vittima del dossieraggio (nel nostro caso, il contribuente presunto evasore, iscritto nel registro degli indagati solo in virtù della documentazione contenuta nelle liste) di veder tutelate le proprie ragioni di riservatezza e, di fatto, vanifica la *ratio* stessa della norma.

Altro problema concerne il momento in cui la procedura può essere attivata. La norma, infatti, facendo riferimento al GIP quale organo deputato a decidere sulla distruzione della documentazione di origine illecita, sembra circoscrivere l'applicabilità dell'articolo 240 del c.p.p. alla sola fase delle indagini preliminari escludendo qualsiasi competenza in capo al Giudice del merito. Tale interpretazione preclude qualsiasi possibilità di tutela nella fase successiva a quella delle indagini, con evidenti disparità di trattamento.

Ma anche prescindendo da descritti problemi interpretativi e di applicazione della norma, ciò che maggiormente ha convinto i Pubblici Ministeri a non attivare la procedura nei procedimenti originati dalle Liste, sono gli effetti che deriverebbero da una possibile distruzione.

In primo luogo, la distruzione della prova della sussistenza dei reati ascritti agli indagati. La Lista costituisce infatti l'unica fonte di conoscenza dell'esistenza di disponibilità patrimoniali all'estero e non dichiarate in capo ai contribuenti indagati, eliminata la quale spesso non è possibile sostenere l'accusa. È evidente allora che la sua distruzione determinerebbe inevitabilmente la caducazione dei procedimenti così attivati posto che, eliminato il materiale raccolto illegalmente, spesso i fascicoli di questi particolari procedimenti restano vuoti.

In secondo luogo, e travalicando i confini del procedimento penale, è evidente che una pronuncia che sancisca l'origine illecita della documentazione e ne disponga la distruzione, comprometterebbe inevitabilmente anche le sorti del procedimento tributario avviato a carico del medesimo contribuente e sulla scorta della medesima documentazione. Al di là, infatti, della materiale inutilizzabilità della copia distrutta, ciò che sarebbe punito sarebbe l'utilizzo di qualsiasi altra copia della medesima documentazione, pena l'integrazione della fattispecie di reato pensata *ad hoc* dal legislatore.

Nei numerosi procedimenti penali avviati a seguito della "Lista Falciani", solo in un caso, per quanto noto, è stata ordinata la distruzione della documentazione (decisione adottata dal GIP del Tribunale di Pinerolo). Negli altri casi, le motivazioni addotte per non dar corso alla procedura riguardavano essenzialmente l'impossibilità (stante la carenza di giurisdizione del Giudice italiano su fatti commessi interamente all'estero dai cittadini stranieri) di accertare con i canoni propri del giudizio di merito l'origine illecita della documentazione.

Come si accennava, comunque, in ambito penale i numerosi procedimenti avviati si sono conclusi con pronunce di archiviazione per inutilizzabilità della documentazione che, a prescindere dall'applicabilità della disposizione specifica di cui all'articolo 240 del c.p.p., resta di origine incerta, priva di rappresentatività e autenticità, di fatto un anonimo, dunque inidonea a costituire anche solo un principio di prova.

Sul versante amministrativo, inizialmente impermeabile alle istanze del contribuente rispetto all'esigenza di non ricorrere a materiale di origine illecita, devono registrarsi le prime aperture verso l'annullamento di accertamenti basati esclusivamente su tale documentazione.

Deve infine segnalarsi che, pur non ammettendo la ricorrenza dei presupposti di attivazione della procedura di cui all'articolo 240 del c.p.p., la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata affermando il principio di non utilizzabilità nel settore penale di dati bancari ottenuti illecitamente (cfr. Cassazione del 4 ottobre 2012 n. 38753), implicitamente affermando altresì l'ulteriore principio sulla base del quale l'inutilizzabilità non è sanata dalla regolarità della procedura di trasmissione del documento di formazione illecita in Italia. Come accennato in precedenza, tali principi, per quanto affermati in sede penale, sono stati impiegati anche in ambito amministrativo per annullare un accertamento tributario fondato sulle risultanze della "Lista Falciani" (cfr. Commissione Tributaria Provinciale di Verbania n. 47/2/12).

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.blitzquotidiano.it/wp/wp/wp-content/uploads/2010/02/Herve-Falciani-300x164.jpg> [27.05.2013]

http://img.tio.ch/tio_common/multimedia/27/638/_TFMF_eesiav45ftuawln4dxguy045_3cfff8d6-acb4-4201-8c14-3cfb8ac0204f_0.jpg [27.05.2013]