

Sull'utilizzabilità ai fini penali dei dati contenuti nella Lista Dubai: il lascito giurisprudenziale della Lista Falciani e spunti di riflessione su prospettive inedite.

di ***Davide Colombo***

1. Negli ultimi anni, il contrasto all'evasione fiscale ha trovato una nuova e potente arma nella circolazione transfrontaliera – mediante i canali di cooperazione internazionale e, in particolare, tramite le procedure di scambio previste dalla normativa eurounitaria – di elenchi di nominativi (le cc.dd. “liste”) di soggetti titolari di attività finanziarie depositate, al fine di beneficiare di regimi fiscali favorevoli e – auspicio poi tradito – della garanzia dell'anonimato, in Paesi stranieri.

Particolarmente nota – benché non inedita, trovando propri precursori nella Lista Vaduz, nella Lista Pessina e nella Lista San Marino – è stata, qualche anno fa, la vicenda legata alla c.d. Lista Falciani, dapprima sottratta alla banca HSBC da un proprio *ex* dipendente tramite una introduzione illecita nel sistema informativo dell'istituto bancario, e poi venduta allo Stato francese, il quale la condivise – ai sensi della Direttiva 77/799/CEE del 19 dicembre 1977 – con altri Paesi, Italia inclusa.

A tale vicenda seguirono il caso dei cc.dd. *Panama Papers*, nonché quello dei *Paradise Papers*.

Da ultimo, quest'estate si è appreso che la Germania ha acquistato da fonte anonima, al prezzo di circa 2 milioni di euro, un ulteriore elenco di nominativi, appartenenti a soggetti titolari di patrimoni depositati negli Emirati Arabi Uniti (da cui il nome di Lista Dubai). Il ministero delle finanze tedesco ha reso noto che tutte le informazioni acquisite verranno messe a disposizione anche degli Stati che ne faranno richiesta; richiesta che l'Italia – attraverso l'Agenzia delle Entrate – ha prontamente provveduto a far pervenire.

2. Il tema che si pone con riferimento al proliferare di siffatte liste di nominativi è quello dell'utilizzabilità – nell'ambito di procedimenti sia amministrativi sia, per quel che più rileva in questa sede, penali – di dati ricavati da documenti estratti, spesso illecitamente, dai sistemi informativi degli istituti di credito di Paesi stranieri.

3. In ambito tributario, la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere “*utilizzabili, nel contraddittorio con il contribuente, i dati bancari acquisiti dal dipendente infedele di un istituto bancario, senza che assuma rilievo l'eventuale reato commesso dal dipendente stesso e la violazione del diritto*”

alla riservatezza dei dati bancari (che non gode di tutela nei confronti del fisco)".¹ Infatti, secondo l'opinione – ribadita a più riprese² – della Suprema Corte, l'Amministrazione finanziaria, nella propria attività di contrasto e accertamento dell'evasione fiscale, ben può avvalersi, in linea di principio, di qualsiasi elemento con valore indiziario, anche unico, con la sola esclusione di quelli la cui inutilizzabilità discenda da una specifica disposizione della legge tributaria o dal fatto di essere stati acquisiti in violazione di diritti fondamentali di rango costituzionale, come quelli attinenti all'inviolabilità della libertà personale o del domicilio.³ *Rebus sic stantibus*, la Corte ha affermato – con riferimento alla Lista Falciani – l'utilizzabilità dei dati bancari ivi contenuti e ottenuti mediante gli strumenti di cooperazione eurounitaria, in quanto privi di copertura costituzionale e tutela legale nei confronti del fisco italiano.⁴

Ma l'indirizzo ermeneutico della Cassazione, sempre nell'ambito dei dati contenuti nella Lista Falciani, non si è arrestato qui, giungendo infatti in seguito a ritenere anche che, riconosciuta l'attendibilità complessiva dei dati bancari tratti dalla Lista,⁵ non solo tali dati siano utilizzabili, ma anche sufficienti di per sé a fondare la pretesa dell'Amministrazione finanziaria, "in quanto anche un solo indizio può giustificare la rettifica, purché lo stesso sia grave e preciso, ovvero caratterizzato dall'alta valenza probabilistica connessa alla provenienza interna dei dati bancari".⁶ Conseguentemente, secondo la Suprema Corte, l'omessa denuncia del deposito presso il Paese estero, evinto dalla Lista Falciani, può costituire *ex se* un indizio di evasione fiscale bastevole – se non adeguatamente contrastato e smentito dal contribuente – a provare la sussistenza di somme dolosamente sottratte a tassazione.⁷

¹ Cass. civ., sez. VI, 28 aprile 2015, nn. 8605 e 8606.

² Cfr. le sentenze cc.dd. 'gemelle' Cass. civ., sez. V, 19 agosto 2015, nn. 16950 e 16951.

³ In termini simili, in precedenza, si era espressa anche Cass. civ., sez. trib., 25 novembre 2011, n. 24923.

⁴ Per un approfondimento sul tema, si segnalano, nella vasta produzione dottrina, S. Muleo, *Acquisizioni probatorie illegittime e vizi nell'atto: il caso della Lista Falciani*, in *Rass. trib.*, 2016, 1, p. 148; C. Besso, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, 7, p. 1610; P. Mastellone, *Tutela dei contribuenti nei confronti delle prove illecitamente acquisite all'estero*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, p. 791; S. Armella –L. Ugolini, *Il regolare scambio di informazioni tra Stati può sanare l'illegittimità originaria della Lista Falciani?*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 1995; M. Miscali, *Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, p. 759.

⁵ Cass. civ., sez. VI, 13 maggio 2015, n. 9760.

⁶ Cass. civ., sez. VI, 12 febbraio 2018, n. 3276.

⁷ Cass. civ., sez. trib., 28 novembre 2019, n. 31085.

4. La soluzione adottata dalla Corte di cassazione – invero criticata da autorevole dottrina,⁸ che richiama quell’orientamento giurisprudenziale (ormai superato) secondo cui la prova irritalmente acquisita sarebbe inutilizzabile⁹ – si fonda sostanzialmente sulla considerazione che, nell’ordinamento tributario, non è rinvenibile una norma analoga a quella contenuta nell’art. 191 c.p.p., in accordo al quale *“le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”*. Tale disposizione, infatti, sarebbe norma peculiare del procedimento penale e non potrebbe essere assunta a precetto generale dell’ordinamento giuridico.¹⁰

5. Per quanto concerne la sfera penale, in tema di utilizzabilità dei dati contenuti nella Lista Falciani, l’orientamento di volta in volta espresso dalla Suprema Corte è stato in verità ondivago.

6. In un primissimo momento, il Giudice per le indagini preliminari di Pinerolo si è pronunciato¹¹ nel senso dell’inutilizzabilità dei dati, conseguentemente disponendo l’archiviazione del procedimento e la distruzione dei documenti acquisiti illecitamente. Secondo il giudice, infatti, la Lista Falciani è stata indubbiamente formata attraverso la raccolta illegale di informazioni, giacché i *files* sono stati prelevati in modo del tutto abusivo dal sistema informatico riservato, integrando il reato di cui all’art. 615-ter c.p. Pertanto, l’illecita provenienza dei documenti ne ha, sempre secondo il GIP di Pinerolo, escluso l’utilizzabilità ai sensi dell’art. 240, comma 2 c.p.p.

7. Senonché, già poco tempo dopo, l’impostazione assunta dal GIP di Pinerolo non venne condivisa dalla Corte di cassazione, la quale, sempre nell’ambito di un procedimento penale avente ad oggetto dati estratti dalla Lista Falciani, statuiva che *“l’illecita provenienza della c.d. Lista Falciani è un giudizio che deve essere dato alla luce degli atti processuali, per cui se tra di essi non vi sono prove di illiceità nulla osta al suo utilizzo”*.¹² Nel dettaglio, la Suprema Corte constatava l’assenza in atti di elementi tali da provare con certezza che le autorità dello Stato francese avessero acquisito illecitamente la Lista Falciani, nonché la liceità procedurale dell’acquisizione della Lista da parte delle autorità italiane, le quali infatti si erano attenute alle prescrizioni normative, avvalendosi in particolare tanto delle forme di cooperazioni internazionale previste dalla Direttiva 77/799 CEE del 19/12/1977, quanto della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Francia

⁸ P. Valente - I. Caraccioli - S. Mattia, *L’orientamento della giurisprudenza italiana sull’utilizzabilità della c.d. “Lista Falciani”*, in *Il Fisco*, 46/2013, fasc. 1, pp. 7132 ss.

⁹ Cass., SS. UU. civ., 21 novembre 2002, n. 16424.

¹⁰ Cass. civ., sez. trib., 20 gennaio 2010, n. 857.

¹¹ Tribunale di Pinerolo, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 4 ottobre 2011.

¹² Cass. pen., sez. III, 17 marzo 2012, n. 38753.

il 5/10/1989 e ratificata con la legge n. 20/1992. Conseguentemente, secondo la Cassazione, non poteva essere ritenuto illogico l'iter argomentativo del giudice di merito, atteso che lo stesso si fondava *"esclusivamente sulla documentazione presente negli atti del fascicolo, tralasciando sia gli articoli di stampa sia decisioni di altri giudicanti, osservando sotto quest'ultimo profilo che detti provvedimenti danno per scontata l'illiceità della acquisizione di documenti sulla base di atti che non risultano confluiti nel presente procedimento"*.

8. Successivamente, la Suprema Corte¹³ – ritenendo inammissibile un ricorso proposto avverso un provvedimento del Giudice delle indagini preliminari che aveva respinto l'istanza di distruzione della Lista Falciani, in quanto, a tenore del disposto di cui all'art. 240, comma 3 c.p.p., il GIP può procedere alla distruzione di atti e documenti formati illegalmente, in contraddittorio tra le parti, esclusivamente allorché la relativa istanza provenga dal Pubblico Ministero, entro 48 ore dalla secretazione e custodia degli stessi¹⁴ – ha affermato che le informazioni sottratte dal sistema informativo dell'istituto di credito elvetico possono costituire solo una fonte di avvio di ulteriori indagini.

9. Un'ulteriore tappa è stata in seguito segnata da una pronuncia del Tribunale di Novara, il quale rigettava l'eccezione avanzata dalla difesa dell'imputato volta a far dichiarare l'inutilizzabilità dei dati contenuti nella Lista Falciani.¹⁵

Secondo i giudici novaresi, atteso che l'inutilizzabilità delle prove *"acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge"* (art. 191, comma 1, c.p.p.) sia riconducibile alle sole norme processuali,¹⁶ la fattispecie in esame non configurerebbe nemmeno una ipotesi di *"documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni"* (art. 240, comma 2 c.p.p.), in quanto la documentazione relativa alla Lista Falciani sarebbe risultata formata in modo legittimo *"da un istituto di credito sulla base delle informazioni fornite dai correntisti, nello svolgimento di una regolare attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito"*.

Pertanto, benché la condotta posta in essere dal dipendente dell'istituto di credito svizzero sia suscumbibile nel delitto di accesso abusivo ad un sistema

¹³ Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2013, n. 29433.

¹⁴ Per un approfondimento sul punto, cfr. G. Tabasco, *Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti*, Cedam, Padova, 2014.

¹⁵ Trib. Novara, ord. 8 giugno 2015.

¹⁶ Nel senso invece di ricondurre alle ipotesi di inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. anche i casi di violazione di norme sostanziali, si veda M. Nobili, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 412.

informatico di cui all'art. 615-ter c.p., cionondimeno la prova sarebbe comunque pienamente utilizzabile, in accordo al broccardo *male captum bene retentum*.¹⁷

10. Così ricostruita l'evoluzione giurisprudenziale, si può ora annotare qualche breve riflessione con riferimento alla Lista Dubai, in particolare per quanto concerne quei punti della vicenda dissimili da quelli che hanno connotato la storia della Lista Falciani.

11. L'aspetto più delicato relativo alla Lista Dubai risiede nel fatto che, allo stato attuale, al contrario di quanto avvenuto per la Lista Falciani, l'identità di colui che ha trafugato l'elenco di nominativi e l'ha trasmesso alle autorità tedesche è tutt'ora sconosciuta. Tale circostanza potrebbe indurre a ritenere i dati contenuti nella Lista, in forza dell'art. 240, comma 1, c.p.p., inutilizzabili, poiché non ne sarebbe rintracciabile la sostanziale paternità; ciò, ben inteso, solo ove si considerasse la norma citata espressione di un principio assoluto, ossia non applicabile unicamente ai documenti aventi contenuto dichiarativo.¹⁸

Qualora l'impostazione così come testé delineata fosse ritenuta fondata, andrebbe allora altresì considerato il principio espresso dalla Suprema Corte, secondo cui *"il documento anonimo non soltanto non costituisce elemento di prova, ma neppure integra notitia criminis, e pertanto del suo contenuto non può essere fatta alcuna utilizzazione in sede processuale. L'unico effetto degli elementi contenuti nella denuncia anonima, infatti, può essere quello di stimolare l'attività di iniziativa del pubblico ministero e della polizia giudiziaria al fine di assumere dati conoscitivi, diretti a verificare se dall'anonimo possono ricavarsi gli estremi utili per l'individuazione di una notitia criminis"*.¹⁹

In ogni caso, naturalmente, l'eventuale divieto probatorio verrebbe meno qualora cadesse l'anonimato attorno all'identità di colui che ha formato la Lista Dubai.

12. Non pare poi pleonastico ricordare come coloro i cui nomi compaiono nella Lista Dubai possano intentare la procedura di c.d. *voluntary disclosure*, introdotta nel nostro ordinamento con la l. 186/2014, purché non abbiano già avuto formale conoscenza *"di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali,*

¹⁷ Per una nota critica alla pronuncia del Tribunale di Novara, si veda P. De Martino, *Lista Falciani: il fine giustifica i mezzi? Note a margine di due provvedimenti "innovativi"*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

¹⁸ Come invece pare ritenere certa parte della giurisprudenza. Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 novembre 2003, n. 44868.

¹⁹ *Ex plurimis* Cass. pen., sez. IV, 10 agosto 2005, n. 30313; Cass. pen., sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 36003.

per violazione di norme tributarie, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della procedura di collaborazione volontaria [...] anche nelle ipotesi in cui la formale conoscenza delle circostanze [...] è stata acquisita da soggetti solidalmente obbligati in via tributaria o da soggetti concorrenti nel reato", con ciò integrandosi infatti le cause ostative alla collaborazione volontaria di cui all'art. 5-quater, comma 2 l. 167/1990.

13. In conclusione, non si può non sottolineare, con un certo rammarico, come dall'esame delle pronunce giurisprudenziali emesse negli ultimi anni emerga una pluralità di posizioni e vedute da parte dei giudici, pluralità che mina quella certezza del diritto che invece dovrebbe contrassegnare ogni ordinamento giuridico moderno.

Solo con il tempo – solo, cioè, quando la vicenda legata alla Lista Dubai raggiungerà, come pare inevitabile, le aule della giustizia – potrà esservi occasione per delineare un indirizzo questa volta coerente e condiviso, con l'auspicio che, perlomeno in ambito penale, venga finalmente scongiurato ogni ulteriore provvedimento teso a ritenere pienamente utilizzabili informazioni illecitamente acquisite.