

LISTA FALCIANI: IL FINE GIUSTIFICA I MEZZI? NOTE A MARGINE DI DUE PROVVEDIMENTI “INNOVATIVI”

*Trib. Novara, ord. 8 giugno 2015, Fidelio
Cass. civ., sez. VI, ord. 13 maggio 2015, n. 9760, Pres. Cicala*

di Paolo De Martino

Abstract. *Il presente lavoro si propone di affrontare, in modo critico, una problematica assai spinosa, quale quella dell'utilizzabilità della c.d. lista Falciani, alla luce di due recenti provvedimenti emessi rispettivamente in sede penale ed in campo tributario che rappresentano una pericolosa inversione di tendenza, volta a far comunque prevalere le esigenze di accertamento delle infrazioni di natura tributaria.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un cambio di rotta sull'utilizzabilità della c.d. lista Falciani – 3. L'ordinanza istruttoria del Tribunale di Novara – 4. L'ordinanza della Cassazione civile – 5. Epilogo

1. Premessa.

Con due recenti ordinanze (Tribunale penale di Novara dell'8 giugno 2015 e Cassazione civile, sez. VI-T, 13 maggio 2015) è stata presa posizione su una tematica di estrema attualità, quale quella del possibile impiego della c.d. lista Falciani¹, ovvero sia quell'insieme di dati ricavati dai conti correnti bancari dei contribuenti italiani detentori di attività finanziarie presso la HSBC PRIVATE BANK di Ginevra.

Si anticipa, sin d'ora, che le due decisioni in narrazione rappresentano un vero e proprio *revirement* rispetto al precedente stato dell'arte sulla *vexata quaestio* dell'utilizzabilità della c.d. lista Falciani.

Occorre, pertanto, interrogarsi sulle ragioni per cui si è pervenuti ad un punto di discontinuità rispetto al precedente contesto giurisprudenziale.

¹ Hervé Falciani, ingegnere italiano naturalizzato francese, noto alle cronache per aver divulgato notizie bancarie riservate e segnatamente circa i titolari di conti correnti svizzeri, presso la banca privata britannica HSBC. Falciani è stato perseguito penalmente dal governo federale svizzero per violazione del segreto bancario e per spionaggio industriale.

Per meglio rispondere a tale quesito, risulta opportuno fare brevi cenni a quello che sino a qualche mese fa costituiva ius receptum nella materia oggetto di trattazione.

Prima di entrare in medias res, preme chiarire come il perimetro espositivo verterà principalmente sulla tematica dell'utilizzo di un dato spurio come quello della c.d. lista Falciani e, non, invece, sulla genuinità del documento in parola dopo che sia stata ritualmente acquisito.

2. Un cambio di rotta sull'utilizzabilità della c.d. lista Falciani

Quanto all'acquisizione della c.d. lista Falciani, in sede penale, era assolutamente prevalente la tesi della non utilizzabilità, anche in forza della pronuncia di legittimità del 2012 che, nel respingere il ricorso di un imputato, "salvava" l'impostazione mantenuta dal Giudice per le Indagini Preliminari di Como, il quale riteneva che la suddetta lista non fosse utilizzabile, ma che non vi fossero gli estremi per procedere alla distruzione dei documenti.

Espressione di questo trend garantista era anche rappresentata dal decisum del decreto di archiviazione del Giudice per le indagini preliminari di Pinerolo del 4 ottobre 2011 emesso nell'ambito di un procedimento penale per i reati previsti e puniti dagli artt. 4 e 5 D.Lgs. 74/2000. Qui era stata dichiarata la patologia della non utilizzabilità della c.d. lista Falciani mediante un chiaro ed espresso riferimento all'art. 240, comma 2, c.p.p., quale norma destinata ad applicarsi anche alle ipotesi di documentazione riconducibile alla suddetta lista.

Per queste ragioni, il G.I.P. disponeva l'archiviazione del procedimento, ordinando al pubblico ministero di distruggere i documenti in questione senza, però, procedere con le forme dell'incidente probatorio in camera di consiglio nel contraddittorio tra le parti previste dai commi due e seguenti dell'art. 240, comma 2, c.p.p.

Invece, sull'impiego della c.d. lista Falciani la giurisprudenza tributaria di merito era sostanzialmente ondivaga. Da un canto, secondo un primo indirizzo minoritario², la lista trasmessa dalle autorità francesi poteva essere impiegata in forza delle direttive emesse nell'ambito della collaborazione internazionale e dei principi sanciti dalla convenzione sulle doppie imposizioni. Dall'altro, esisteva un trend maggioritario di senso opposto che non considerava utilizzabili tali dati: i) sul presupposto della loro illegittima acquisizione³, essendovi a monte un comportamento penalmente rilevante; ii) per ragioni di carattere formale quali, ad esempio, la carenza del logo e della prova che provengano da una banca svizzera⁴.

²Ex plurimis, Ctp, Verbania, 15 gennaio 2013.

³Ex plurimis, Ctr, Lombardia, 28 gennaio 2013.

⁴Cfr., Ctp Varese, sent., 8 marzo 2013.

3. L'ordinanza istruttoria del Tribunale di Novara

Premesso ciò, si tratteggiano le linee caratterizzanti della recente ordinanza istruttoria dell'8 giugno 2015 del Tribunale penale di Novara che da quanto consta è pervenuta a delle conclusioni che rappresentano sul tema un *unicum* in campo penale.

Più nel dettaglio, è stata rigettata l'eccezione avanzata dalla difesa dall'imputato, volta a far dichiarare l'inutilizzabilità della documentazione pervenuta dall'autorità amministrativa francese, relativa a due conti correnti aperti presso la Banca HSBC PRIVATE BANK di Ginevra, in cui, stando all'assunto accusatorio, sarebbero state versate somme di denaro provento di redditi non dichiarati in Italia.

La parte motiva dell'ordinanza novarese, dopo aver aderito alla tesi che riconduce l'inutilizzabilità delle prove *"acquisite in violazione dei divieti stabili dalla legge"* (art. 191, comma 1, c.p.p.) alle sole norme processuali, si interroga se le modifiche intervenute nell'alveo dell'art. 240 c.p.p. (D.L. 22 settembre 2006, n. 159 - convertito con nella legge 20 novembre 2006, n. 81) possano attagliarsi alla fattispecie in esame e se, quindi, si possa trattare di *"documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni"* (art. 240, comma 2, c.p.p.).

A tale quesito, il Tribunale novarese risponde negativamente, giacché la documentazione in parola risulterebbe 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"* (pag. 2 - ord).

Stando all'ordinanza in questione, non va, altresì, trascurato il fatto che la procedura di distruzione prevista dai commi 2 e seguenti dell'art. 240 c.p.p. ha come *mens legis* quella di tutelare la riservatezza delle vittime di attività di spionaggio e dossieraggio illegale.

Non da ultimo, nell'ordinanza *de qua* si rileva come la documentazione in narrazione sia stata trasmessa, in modo spontaneo, dalle autorità francesi a quelle italiane, in forza di accordi di cooperazione tra Stati relativi allo scambio e condivisione di informazioni e, quindi, al di fuori di qualsiasi richiesta di rogatoria.

Dunque, sebbene le condotte di Falciani siano di per sé sussumibili nel delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico (615 *ter* c.p.) - tipologia di reato che se commesso all'estero non è perseguibile nell'ordinamento italiano - la prova sarebbe pienamente utilizzabile alla luce del broccardo latino *male captum bene retentum*.

4. L'ordinanza della Cassazione civile

Come anticipato in premessa, si passa ora in rassegna la vicenda di un avviso di accertamento relativo alla ripresa a tassazione di IRPEF e addizionale comunale e regionale per gli anni 2005 e 2006, emesso sul presupposto che il contribuente avesse sottratto al fisco alcuni capitali rinvenuti su un conto corrente della Banca svizzera HSBC Private Bank di Ginevra risultato dai dati della c.d. lista Falciani.

Con recente ordinanza del 13 maggio 2015 (sez. VI - civile), in accoglimento del ricorso dell'Agenzia delle Entrate avverso la pronuncia della Commissione Tributaria

Regionale – Veneto – reiettiva dell’appello proposto contro la sentenza di prime cure di annullamento, è stato cassato il provvedimento impugnato con rinvio ad altra sede.

A valle di una c.d. doppia conforme, in sede di legittimità si è avuto il ribaltamento con rinvio ad altra sezione della Commissione Tributaria Regionale – Veneto – affinché possa superare l’errore di diritto in punto di presunzioni che si riporta testualmente: *“l’aver proceduto ad una parcellizzazione della valutazione del materiale indiziario offerto dall’Amministrazione tralasciando ogni ponderazione sull’acquisizione della lista e del suo contenuto –pag.6 1^a cpv. sent. impugnata- già oggetto di contestazione in sede di appello ha dunque condotto il giudicante ad un’analisi frazionata del materiale indiziario offerto dall’Ufficio che integra la violazione dell’art. 2729 del codice civile”* (pag. 4).

Si segnala che la presente ordinanza della Corte di Cassazione segue altri due recenti provvedimenti di legittimità⁵, anch’essi favorevoli all’utilizzo nel processo tributario dei dati contenuti nella c.d. lista Falciani.

Dunque, stando a questo nuovo arrê giurisprudenziale sono utilizzabili, nel contraddittorio tra le parti, anche le informazioni acquisite dal Fisco da Hervé Falciani, benché costui sia un dipendente bancario infedele ed abbia posto in essere condotte penalmente rilevanti.

Il concordato disposto tra il fattore della progressiva lesione del segreto bancario e la sempre più stringente collaborazione degli stati ai fini della lotta all’evasione fiscale hanno avuto come risultato che l’orientamento maggioritario volto a negare l’impiego della c.d. lista Falciani stia progressivamente perdendo quota avanti al Giudice tributario.

Per un interesse “superiore”, la Pubblica Amministrazione pare disposta a rinunciare ai principi di legalità, facendo uso di dati spuri come quelli racchiusi nella c.d. lista Falciani.⁶

Chiusa questa rapida parentesi, si entra ora nel cuore delle conclusioni del presente lavoro.

5. Epilogo

In definitiva, sia consentito provare a trarre, seppur brevemente, alcune considerazioni a margine dei recenti provvedimenti in *subiecta materia*.

Non ci si può nascondere, come, giustamente, rileva il Tribunale di Novara, dietro al fatto che la novella introdotta nell’art. 240 c.p.p. dal D.L. 22 settembre 2006, n. 256 - convertito con nella legge 20 novembre 2006, n. 81 - sia stata concepita

⁵Cfr. Cass. civ., sez. VI-T, ord. n. 8605, 28 aprile 2015, n. 8605; Cass. civ., sez. VI-T, ord. 28 aprile 2015, n. 8606.

⁶In questo senso, si veda C. SANTORIELLO, *Lista Falciani: limiti alla utilizzabilità e scarsa valenza probatoria*, in *Il Fisco*, n. 26/2013, p. 4010 ss.

eminentemente per le ipotesi di attività di documenti frutto di attività di dossieraggio o spionaggio.

Tuttavia, pare innegabile che il riferimento ai “documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni” (art. 240, comma 2, c.p.p.) ben si attaglia anche ad altre ipotesi di prove illecite come per i dati racchiusi nella c.d. lista Falciani.

Del resto, autorevole dottrina⁷ ha ricondotto nell’ambito della disciplina contemplata dall’art. 240 c.p.p. proprio l’utilizzo di documenti oggetto di attività di accesso abusivo ad un sistema informatico (615 *ter* c.p.).

Non essendo, però, la nozione di documenti formati “attraverso la raccolta illegale di informazioni” di facile definizione, pare da scongiurarsi ogni forma d’interpretazione estensiva volta a ricondurre nel dettato dell’art. 240, comma 2, c.p.p. ogni tipologia di prova illecita. Per questa ragione, facendo il dato normativo espresso riferimento ai soli documenti, deve certamente escludersi dal suo ambito applicativo la documentazione⁸, vale a dire quelle informazioni formate nell’ambito del procedimento.

Inoltre, il richiamo “alla raccolta illegale di informazioni” va correlato al concetto di trattamento illecito di dati personali in violazione del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196⁹ e, quindi, la nozione di documento ai fini dell’art. 240, comma 2, c.p.p. pare compatibile con le prove illecite violative dei diritti di *privacy*.

Mentre l’inutilizzabilità prevista dall’art. 191 del codice di rito è, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente¹⁰, limitata alle sole ipotesi di violazione della norma processual-penalistica, la particolare forma di non utilizzabilità disciplinata all’art. 240 c.p.p. concerne, dunque, anche le prove prive di liceità¹¹.

⁷G. TABASCO, *Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti*, 2013, p. 73 ss.

⁸Sul tema, cfr. F. FOCARDI, sub. art. 240, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA - G. SPANGHER, Milano, p. 2403.

⁹G. TABASCO, *Documenti illegali, op. cit.*, p. 74.

¹⁰Sulla problematica definitoria dei confini dell’art. 191 c.p.p. la giurisprudenza si è occupata di rado (Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. 30 ottobre 2002, Carnevale, in CP, 2005, 921, in tema di segreto d’ufficio), essendosi limitata, il più delle volte, a fornire formule condensate a livello di *obiter dicta* (Cass. pen., sez. IV, sent., 16 marzo 2000, n. 7063; Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36737; Cass. pen, sez. III, sent. 5 maggio 2004, Gullello, n. 37074). Nel senso di ricondurre alle ipotesi di inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p. anche quelle derivanti dalla violazione di norma penale sostanziale 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). Ad esempio, in una pronuncia di legittimità del 2000 con un *obiter dictum* s’è chiarito come “anche la violazione di norme sostanziali possa provocare la nullità di un atto e l’inutilizzabilità” (Cass. pen., n. 7063).

¹¹Sulla distinzione tra prova illecita e prova illegittima, si veda: A. CISTERNA, *Sull’irrelevanza probatoria dei nastri illeciti una lettura di merito che non convince*, in *Guid. Dir.*, 2006, 38, 72, p. 73 ss.; C. CONTI, *Le intercettazioni “illegali”: lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 158, 2007, p. 151; L. FILIPPI, *Distruzione di documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già vecchia*, p. 153 ss.; N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 701 ss.

Pertanto, non si concorda con il provvedimento del Tribunale di Novara, proprio laddove non riconduce nel disposto dell'art. 240 del codice di rito il tema dell'utilizzabilità della c.d. lista Falciani.

Per il futuro, si auspica che, nel processo penale, ove a differenza che in sede tributaria esiste un istituto precipuo quale quello dell'inutilizzabilità delle prove, sia scongiurato ogni ulteriore provvedimento che si attesti nel senso di ritenere pienamente utilizzabili i dati contenuti nella c.d. lista Falciani.

Si condividono, invece, le motivazioni del decreto di archiviazione del G.I.P. di Pinerolo che hanno il pregio di fornire certamente una lettura più garantista dell'art. 240, comma 2, c.p.p.

Ciò nondimeno, nella fattispecie affrontata dal G.I.P. di Pinerolo i dati non utilizzabili, in quanto riferibili alla c.d. lista Falciani, avrebbero dovuto essere distrutti con le forme dell'incidente probatorio secondo le modalità previste dall'art. 240 c.p.p.

In questo modo, si scongiurerebbe ogni forma velata di impiego postumo, in sede tributaria, del documento dichiarato inutilizzabile *ex art. 240 c.p.p.* e non distrutto nell'ambito del procedimento penale.

Il canone del doppio binario tra processo penale e processo tributario appalesa in simili contesti la propria debolezza a danno del contribuente che si trova in balia dell'Amministrazione finanziaria¹²; è ormai innegabile che *"contenzioso tributario e processo penale si muovono lungo binari differenti"*¹³ con regole probatorie ben diverse.

Basti riflettere sul fatto che teoricamente l'Agenzia delle Entrate potrebbe far leva sul recente *case law* di stampo "inquisitorio" per propinare quale prova *ab extra* la c.d. lista Falciani anche quando in sede penale sia già stata dichiarata non utilizzabile ai sensi dell'art. 240, comma 2, c.p.p.

Si consideri che dall'ipotetica distruzione dei dati privi di utilizzabilità non sarebbe derivato alcun documento per l'accertamento dei fatti di reato per cui si procede¹⁴, anche perché il verbale di distruzione formalizzato dall'autorità giudiziale rischia di essere un vero e proprio succedaneo probatorio. Infatti, non si può escludere che, sulla base della predetta documentazione, il giudice possa fondare un giudizio di responsabilità penale.

Vero è che all'ufficio requirente resta sempre la possibilità di percorrere una strada diversa, nel senso di procedere con le forme della rogatoria internazionale, chiedendo all'Istituto bancario in questione l'ordine di esibizione dei documenti riferibili ad un soggetto che è stato attenzionato dall'Agenzia delle Entrate sul

¹²Sul punto, si veda G. TABET, *Collegamento tra fattispecie tributaria e fattispecie penale: riflessi di diritto processuale*, in *Rass. Trib.*, n. 2/2015, p. 303 ss.; per approfondimenti si veda, altresì, F. TESAURO, *Ammissibilità nel processo tributario delle prove acquisite in sede penale*, in *Rass. Trib.*, n. 2/2015, p. 324 ss.

¹³Cfr. Cass. civ. sez. T., 27 febbraio 2013, n. 4924.

¹⁴Evidenzia il ruolo delle parti, che conclude nei seguenti termini: *"ove le parti contestino i presupposti della distruzione e chiedano di poter articolare prove a sostegno dei loro argomenti difensivi, il giudice non potrà che rigettare l'istanza di distruzione, la quale potrà invece essere accolta nei confronti di atti e documenti la cui origine illecita appaia certa ed evidente (come nel caso di e-mail illecitamente intercettate), e rispetto alle quali non si pongano problemi di sovrapposizione necessaria tra contenuto distrutto e prova dei reati per cui si procede"*.

presupposto che il suo nome è riportato nella c.d. lista Falciani. Allorché nell'ordinamento elvetico non vi fosse disponibilità a collaborare - ipotesi non remota - all'organo inquirente resterebbe sempre la possibilità di formalizzare nuove rogatorie internazionali, fondate non sulla c.d. lista Falciani ma sui risultati delle indagini autonomamente svolte in Italia.

In questo senso, si supererebbero anche le criticità conseguenti all'utilizzo della c.d. lista Falciani in tema di valutazione del dato probatorio. Si tratta, invero, di un documento la cui genesi è, quantomeno, sospetta e che, una volta acquisito, necessita di una rigorosa ponderazione, giacché, come si è riferito in premessa, a volte viene propinato senza la benché minima formalità (carenza del logo della HSBC, firme), ingenerando più di un sospetto sulla affidabilità ad imputarla ad un determinato operatore.

Da ultimo, si impone un ragionamento sui rapporti tra l'utilizzabilità della c.d. lista Falciani e la c.d. *voluntary disclosure*¹⁵ introdotta con Legge 15 dicembre 2014, n. 186, norma che permette al contribuente di aderirvi regolando la propria posizione.

E' innegabile che i detentori di attività finanziarie o patrimoniali all'estero non dichiarate al Fisco e che hanno visto comparire il proprio nominativo nella c.d. lista Falciani saranno inevitabilmente consigliati di intentare la procedura di *voluntary disclosure*, a patto che costoro non abbiano già avuto formale conoscenza di "accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della procedura di collaborazione volontaria" e, quindi, non rientrino nelle cause ostative alla collaborazione volontaria (art. 5 *quater*, comma 2, Legge 4 agosto 1990, n. 227).

¹⁵Legge 15 dicembre 2014, n. 186 (in Gazz. Uff., 17 dicembre 2014, n. 292) - Disposizioni in materia di emersione e di rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione in fiscale. Disposizione in materiale di autoriciclaggio.