

Consultazione del 30 maggio 2013

Revisione del diritto penale fiscale: avamprogetto Legge federale concernente l'unificazione del diritto penale fiscale e rapporto esplicativo.

Presenza di posizione FTAF entro il 30 settembre 2013

Premessa

1. La FTAF raggruppa l'insieme dei professionisti iscritti all'Albo delle professioni di fiduciario commercialista, immobiliare, e finanziario del Cantone Ticino in virtù della legge ticinese sull'esercizio delle professioni di fiduciario. Al 31.12.2012 vi erano 1'367 fiduciari iscritti, per un totale di circa 8'000 persone impiegate in tale settore, uno dei più importanti, in termini occupazionali, di creazione di valore aggiunto, di indotto, e di contributo erariale, dell'economia ticinese.
2. Il 27 febbraio 2013 il Consiglio federale ha messo in consultazione due avamprogetti, il primo relativo al recepimento nel diritto svizzero delle raccomandazioni del GAFI, e segnatamente alla definizione dei reati fiscali gravi quali reati preliminari al riciclaggio di denaro, il secondo concernente l'introduzione di obblighi di diligenza estesi a carico degli intermediari finanziari per impedire l'accettazione di valori patrimoniali non dichiarati. La nostra Federazione ha preso posizione in proposito meditando osservazioni in data 4 giugno 2013. Le strette connessioni tra questi diversi avamprogetti del Consiglio federale sono evidenti. Il nuovo avamprogetto del Consiglio federale del 29 maggio 2013 concernente l'unificazione del diritto penale fiscale prende infatti tali e quali le fattispecie materiali definite dall'avamprogetto GAFI.

Successivamente, il 14 giugno 2013, il Consiglio federale ha dato atto del rapporto del gruppo di esperti "Ulteriore sviluppo della strategia in materia di mercati finanziari" – "Sfida regolamentare per la gestione patrimoniale transfrontaliera in Svizzera e opzioni strategiche", 6 giugno 2013.

Tale rapporto contiene una serie di proposte nell'ambito della cooperazione fiscale internazionale e della repressione, su scala transfrontaliera, dei reati fiscali, tra i quali, in particolare:

- l'accettazione da parte della Svizzera dello scambio automatico di informazioni quale standard globale per garantire la conformità dal profilo fiscale dei clienti esteri degli intermediari finanziari svizzeri;
- la sottoscrizione e ratifica da parte della Svizzera della Convenzione OCSE / Consiglio d'Europa sull'assistenza amministrativa in ambito fiscale;
- l'implementazione nel diritto svizzero delle raccomandazioni scaturite dalla Peer Review del forum mondiale dell'OCSE, mediante in particolare la creazione di clausole d'urgenza in materia di assistenza amministrativa fiscale, che consentano la trasmissione di informazioni senza informazione preventiva della persona oggetto di scambio delle informazioni.

Questo ultimo tema è stato oggetto di una nuova consultazione promossa dal Dipartimento federale delle finanze, con la messa in consultazione in forma abbreviata di un avamprogetto di modifica della Legge sull'assistenza amministrativa 14 agosto 2013, sino al 18 settembre 2013.

La nostra Federazione stigmatizza fortemente il sovrapporsi, in maniera spesso disarticolata, di procedure di consultazione nonché di iniziative da parte del Dipartimento federale delle finanze su tematiche intrecciate. Ad esempio, viene posto in consultazione un avamprogetto per l'introduzione di obblighi di diligenza estesi per gli intermediari finanziari per impedire la accettazione di valori patrimoniali non dichiarati quale tassello per una soluzione speciale svizzera completata dagli accordi sulla ritenuta alla fonte ("Accordi Rubik"), e con la decisione 14 giugno 2013 viene affermare l'adesione da parte del Governo al modello dello scambio automatico delle informazioni anziché a quello della ritenuta alla fonte. Lo scetticismo di fronte a questa frenesia legislativa del Dipartimento federale delle finanze è duplice. In primo luogo, tale frenesia induce a lacune profonde nell'iter legislativo, tali da comportare un deficit rilevante dal profilo dei meccanismi democratici e di separazione dei poteri conosciuti nell'ordinamento svizzero. Prima ancora che le innovazioni di diritto penale fiscale materiale contenute nell'avamprogetto GAFI del Dipartimento federale delle finanze del 27 febbraio 2013 siano state cristallizzate in un messaggio del Consiglio federale, e sottoposte all'iter di approvazione da parte dell'Assemblea nazionale e, in caso di referendum, del popolo sovrano, il Dipartimento federale già da per acquisite tali innovazioni, ponendole alla base del suo avamprogetto concernente l'unificazione del diritto penale fiscale. Tale frenesia legislativa è dannosa anche da un secondo punto di vista: poiché genera, nei cittadini e negli operatori professionali, confusione ed insicurezza giuridica. Ciò che determina, in particolare per la categoria professionale dei fiduciari, incertezza sugli scenari regolamentari di riferimento.

Già solo per delle ragioni di ordine e sistematica nell'iter legislativo, si ritiene quindi che l'avamprogetto di Legge federale concernente l'unificazione del diritto penale fiscale andrebbe, almeno sino all'approvazione nelle forme definitive, dell'avamprogetto GAFI nonché dei disegni di legge che scaturiranno dalla delibera 14 giugno 2013 del Consiglio federale, nonché dal rapporto del gruppo di esperti, **accantonato, poiché del tutto intempestivo**. La presente presa di posizione affronta quindi alcuni aspetti dell'avamprogetto del Consiglio federale soltanto in maniera del tutto subordinata, cioè nella denegata ipotesi in cui il Consiglio federale ritenesse di allestire un messaggio in relazione ad una revisione del diritto penale fiscale.

L'opposizione a questo avamprogetto del Consiglio federale nulla toglie al fatto che la nostra Federazione ritenga importante la lotta all'evasione fiscale, nonché la sua prevenzione, nell'ottica di un sistema fiscale equo ed efficiente. Considerando il peso specifico relativamente basso in termini comparati della economia sommersa in Svizzera, tale obiettivo non si realizza tuttavia mediante lo stravolgimento degli attuali strumenti a disposizione dell'amministrazione, ma tutt'al più mediante un loro perfezionamento. La nostra Federazione ritiene peraltro perfettamente compatibili, nel solco della tradizione giuridica svizzera, le esigenze relative ad un sistema fiscale equo ed efficiente, e quelle attinenti alla tutela della sfera privata e al mantenimento di condizioni favorevoli per la concorrenzialità delle attività finanziarie e fiduciarie (con relativo indotto in termini occupazionali ed erariali). Finalità, queste ultime, che verrebbero totalmente disattese mediante l'istituzione di un cittadino / contribuente di vetro, così come conseguirebbe dalla proposta avversata.

Aspetti di diritto materiale

3. Con riferimento agli aspetti di diritto materiale, e meglio alla proposta di introduzione di una nuova fattispecie di frode fiscale nell'ambito della fiscalità diretta (vedi in particolare art. 177 AP – LIFD e art. 55 c AP LAID) si rinvia alle osservazioni e proposte già postulate da questa Federazione in sede di presa di posizione sull'avamprogetto di legge GAFI che vengono qui in parte riprese per facilità di lettura.

“Nella proposta del Consiglio Federale, l’infrazione di base sarà la sottrazione fiscale. Quale elemento qualificante, tale da realizzare la truffa fiscale nell’ambito della fiscalità diretta, sono introdotte due alternative:

- l’uso di documenti falsi, come nel diritto vigente
oppure
- l’inganno astuto, in altra forma, nei confronti del Fisco.

La nuova fattispecie proposta combina quindi il modello dell’uso del documento falso con quello dell’inganno astuto, e qui risiede la novità più importante della riforma proposta. (...), la revisione proposta dal Consiglio Federale non convince. La nozione di inganno astuto è infatti, contrariamente a quella di documento falso, ancorata nella prassi svizzera, una nozione indeterminata, foriera di insicurezza giuridica, tanto per i contribuenti che, a cascata, per gli intermediari finanziari, cui viene esteso, tanto con riferimento alle infrazioni commesse all’estero che in Svizzera, il rischio di punibilità a titolo di riciclaggio di denaro. (...).

L’elemento qualificante, tale da determinare una punibilità sino a cinque anni, così da rientrare nel novero dei reati a monte del riciclaggio di denaro, della truffa fiscale, è l’esistenza di elementi imponibili per almeno CHF 600'000.00. Si configura, così, la sottrazione fiscale qualificata, ovvero la truffa fiscale qualificata. L’elemento qualificante relativo ad una soglia quantitativa pari a CHF 600'000.00 di elementi patrimoniali non dichiarati è **del tutto infelice** da un profilo di tecnica legislativa.

Anzitutto, si tratta di una condizione incerta nella sua applicazione concreta, foriera quindi di confusione e d’insicurezza giuridica. Trasponendo il requisito degli elementi imponibili, anziché quello dell’imposta sottratta, nel diritto penale fiscale svizzero, non è chiaro se il riferimento sia ai redditi, essi solo imponibili sulla base della LIFD, oppure anche alla sostanza, anch’essa imponibile in tutti i cantoni, come previsto anche dalla LAID. L’incertezza aumenta se dalla Svizzera ci si sposta in altre giurisdizioni, dalle quali pure discende egualmente un rischio di punibilità per riciclaggio per l’intermediario finanziario. Egli dovrà, in questo caso, considerare quali elementi imponibili gli elementi di reddito o quelli di sostanza? Probabilmente dovrà riferirsi in proposito al diritto fiscale applicabile al suo cliente: dovrà quindi, in primo luogo, stabilire quale sia il diritto fiscale applicabile, e, in secondo luogo, i termini esatti di applicazione nel caso concreto. Ordinamenti a noi vicini quali quello italiano non conoscono ad esempio in maniera generalizzata un’imposizione della sostanza, ricorrono tuttavia sovente delle imposte patrimoniali o speciali su determinati cespiti di sostanza: in questo caso, farà stato, secondo la norma svizzera, per stabilire la natura criminale del reato a monte, il reddito o la sostanza? Tutta una serie di dubbi interpretativi, che non dipendono esclusivamente solo né dall’applicazione del diritto del paese estero, né da quella del diritto svizzero: ma da **un’incerta combinazione delle due norme**.

Incerto è anche il riferimento temporale nella definizione degli elementi patrimoniali (reddito o sostanza) non dichiarati: fanno stato gli elementi patrimoniali non dichiarati in un periodo fiscale o quelli accumulati nel tempo? Nel primo caso, il periodo fiscale si definisce secondo il diritto svizzero o secondo quello cui è soggetto il cliente/contribuente? Nel secondo caso, invece, come si calcola il periodo di riferimento? E’ determinante il periodo di prescrizione? Se sì, secondo quale diritto, il diritto svizzero o quello cui è illimitatamente assoggettato il cliente/contribuente?

Ecco, le molte, incerte domande, da cui dipenderà non solo e non tanto la punibilità del contribuente svizzero, ma, soprattutto, quella dell’intermediario finanziario svizzero.

La soglia di CHF 600'000.00, infine, mal si concilia con il requisito di particolare gravità che dovrebbe caratterizzare la qualificazione. Si rileva, infatti, che applicando un'aliquota dello 0.25% su una sostanza evasa di CHF 600'000.00, si giunge ad **un'imposta sottratta pari soltanto a CHF 1'500.00. In applicazione della soglia relativa alla "somma rilevante" richiesta dall'infrazione di base della truffa fiscale in materia di fiscalità indiretta ai sensi dell'art. 14 cpv. 2 DPA, si tratterebbe di un caso bagatellare.** Si appalesa, quindi, **una sproporzione manifesta con la definizione della truffa fiscale in materia di fiscalità indiretta – che pure l'avamprogetto si proponeva di unificare!** Tale evidente disparità risulta anche dall'assenza, oltre al criterio quantitativo, di altri elementi qualificanti nell'ambito della fiscalità diretta, allorché, nell'ambito di quella indiretta, vengono richiesti il mestierie, o, alternativamente, il concorso di terzi.

Alla luce delle incoerenze evidenti dell'avamprogetto di legge proposto, **appare assai più saggio, (...) basarsi quindi sull'attuale fattispecie di frode fiscale secondo il solo modello della falsità in documento, aggiungendo, come elementi qualificanti tali da determinare una punibilità sino a 5 anni, gli stessi previsti dal vigente art. 14 cpv. 4 DPA, e meglio:**

- il requisito dell'indebito profitto particolarmente considerevole
- e quello della banda, formata per agire in maniera sistematica per conseguire ricavi importanti.

Tali elementi costitutivi potranno essere applicati anche alla fattispecie di base della frode fiscale nell'ambito della fiscalità diretta secondo il modello della falsità in documenti."

Aspetti di diritto procedurale

4. Secondo il nuovo articolo 180 capoverso 1 AP-LIFD, rispettivamente l'articolo 58 capoverso 1 AP-LAID, è applicabile al perseguimento e al giudizio dei reati fiscali – tutti i reati fiscali (inclusa, quindi, la sottrazione fiscale) – la Legge federale sul diritto penale amministrativo (di seguito DPA). Ne consegue una significativa estensione delle facoltà di acquisire mezzi di prova e dei provvedimenti coercitivi. Per le testimonianze così come per le richieste di informazioni presso terzi, si rileva che, quali detentori di informazioni, possono entrare in considerazione anche le banche, ciò che equivale a un cambiamento importante rispetto al diritto vigente. Inoltre, sarà possibile il sequestro di beni soggetti a confisca. Tale facoltà viene estesa dal progetto di revisione, posto come il nuovo articolo 46 capoverso 3 dell'avamprogetto del DPA prevede che all'imputato possono inoltre essere sequestrati valori patrimoniali se questi saranno presumibilmente utilizzati per garantire le spese procedurali, le pene pecuniarie, le multe e le indennità. Addirittura, saranno possibili misure preventive di privazione della libertà.
5. La nostra Federazione ritiene che il sistema penale e di accertamento / riscossione fiscale svizzero odierno abbia dimostrato un buon equilibrio tra efficienza e tutela della sfera privata dei contribuenti, e debba quindi essere preservato, senza necessità di stravolgimenti in ragione di adeguamenti indotti da modifiche nella politica svizzera di cooperazione fiscale internazionale.
6. La criminalizzazione delle procedure contravvenzionali in ambito fiscale (per titolo, quindi, di sottrazione fiscale) è inoltre in contraddizione rispetto alla politica sin qui perseguita dalla Svizzera.

Nel 2004 il Rapporto all'attenzione del Dipartimento federale delle finanze della Commissione d'esperti per una legge federale sul diritto penale fiscale e sull'assistenza amministrativa internazionale indica, tra le altre cose, che il sistema non necessita di una riforma penale fiscale e si consiglia di mantenere intatta la distinzione tra frode fiscale e sottrazione d'imposta. Nel Rapporto è stato esaminato anche il ruolo delle imposte indirette e non si è ritenuto necessario, data la specificità di ogni genere di imposta, un'uniformazione di procedure e sanzioni. Riportiamo a questo riguardo le seguenti considerazioni della commissione (capitolo 2.1.3.6. Conclusions): *“Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission pense qu'il n'y a pas un besoin impératif de modifier dans ses fondements le système actuel de droit fiscal pénal, mais que les problèmes qui se posent (CEDH, coopération internationale), doivent être traités et résolus à l'intérieur de la conception actuelle. Le fédéralisme helvétique est inévitablement source de quelque complexité, mais les procédures actuelles reposent toutes sur des fondements valables et une harmonisation ne parviendrait pas nécessairement à les améliorer. De l'avis de la Commission, les différences qui existent entre la DPA et la LIFD/LHID peuvent être maintenues [...]”*.

Inoltre, in occasione della conclusione degli accordi bilaterali bis, ed in particolare dell'adesione agli accordi di Schengen, per escludere l'applicazione degli strumenti di cooperazione in materia penale previsti dagli accordi di Schengen nell'ambito delle sottrazioni fiscali in materia di imposte dirette, era stata precisata l'esclusione della competenza di corti penali in procedimenti per sottrazione fiscale. Quegli stessi procedimenti, che erano stati rigorosamente sottratti ad ogni possibile competenza, in tutti i Cantoni, delle corti penali, vengono quindi ora ricollocati, in tutti i Cantoni sotto quella stessa competenza. Tale passo avrebbe quale implicazione quello di rendere applicabili, anche nei procedimenti per sottrazione fiscale, gli strumenti di cooperazione, inclusi quelli di assistenza giudiziaria, previsti dall'accordo di adesione allo spazio di Schengen.

7. Anche dal profilo dell'ente pubblico, si stigmatizzano i costi rilevanti di implementazione e di formazione per i funzionari che saranno incaricati dei procedimenti penali che il rinvio al DPA previsto dall'avamprogetto comporterebbe.

La commistione di competenze tra l'autorità cantonale e quella federale nell'ambito dei procedimenti penali preconizzata dal progetto determinerebbe inoltre una situazione di incertezza giuridica e di potenziale disparità di trattamento. L'intreccio tra competenze attribuite all'Amministrazione cantonale delle contribuzioni ed all'AFC instaurato dagli articoli 185 e 187 AP-LIFD determinerebbe inoltre una lesione del diritto fondamentale, sancito dall'articolo 30 Cost. e dall'articolo 6 CEDU, che le autorità siano composte in maniera certa secondo quanto previsto dalla legge. Infatti, la competenza dell'autorità di perseguimento non sarebbe determinata dalla legge, ma dalla discrezionalità dell'autorità federale, che può scegliere di partecipare attivamente ad un procedimento, e dell'Amministrazione cantonale delle contribuzioni, che può, laddove i reati fiscali sono stati commessi in più Cantoni, chiedere all'AFC di assumersi l'inchiesta secondo l'articolo 189 AP-LIFD, oppure che può, se l'AFC le richiede l'apertura di un procedimento, non aprirlo, con la conseguenza che la relativa competenza può passare all'AFC. Ne discende, per i contribuenti, un quadro di disparità di trattamento: per fattispecie analoghe, essi potranno infatti essere perseguiti e giudicati da amministrazioni cantonali, o federali, senza che la competenza dell'una, piuttosto che dell'altra, sia delimitabile in base a criteri giuridici definiti, discendendo per contro dal solo apprezzamento delle autorità.

La commistione di competenze tra autorità federale e cantonale, così come lo svuotamento di ogni attribuzione procedurale alla legislazione cantonale per effetto del rinvio al DPA, lede inoltre il federalismo quale pilastro dell'ordinamento giuridico e democratico svizzero.

Per tutti questi motivi è avversato il rinvio al DPA previsto dall'avamprogetto per il perseguimento dei reati fiscali nell'ambito delle imposte dirette.

Assenza di un provvedimento di amnistia fiscale generale

8. La nostra Federazione stigmatizza il fatto che il Dipartimento federale delle finanze non abbia colto l'occasione per accompagnare la riflessione sulla revisione del diritto penale fiscale a un provvedimento di amnistia federale fiscale generale, nonostante gli appelli che sono provenuti in questo senso da più parti, e in particolare anche dal Canton Ticino.

Tale assenza manifesta le contraddizioni di taluni recenti indirizzi del Dipartimento federale delle finanze. Nella strategia del denaro pulito, la Svizzera invoca a gran voce la necessità che altri stati attuino provvedimenti di amnistia pro tempore atti a facilitare la regolarizzazione di averi non dichiarati, nel contempo rifiuta tuttavia di elaborare in proposito un proprio regime straordinario di amnistia.

Introduzione di un obbligo di assistenza amministrativa spontanea

9. Infine, la trasformazione in virtù dell'articolo 112 capoverso 2 AP-LIFD da una facoltà ad un obbligo dell'assistenza amministrativa spontanea dall'autorità in possesso delle informazioni da trasmettere all'Amministrazione fiscale, appare inopportuna. Vi sono infatti situazioni nelle quali le funzioni pubbliche perseguite da un'autorità possono essere in conflitto con quelle imposte da una comunicazione all'autorità fiscale, si pensi ad esempio alla reticenza che potrebbe essere indotta nelle vittime di reati penali contro gli interessi alla ricerca della verità materiale nell'azione penale. È quindi più opportuno che l'autorità pubblica in possesso delle informazioni possa, caso per caso, contemperare i diversi interessi pubblici e privati in gioco e scegliere se eseguire, o meno, una segnalazione all'autorità fiscale in caso di sospetto. **Si propone quindi, anche su questo punto, di mantenere il diritto vigente.**