

*può avvalersi della procedura di collaborazione volontaria (...) ecc.». Potranno accedere alla *emersione internazionale* (tutti) i soggetti, od i loro eredi, che abbiano omesso di adempiere l'obbligo della dichiarazione (quado RW) al quale erano tenuti, anche a diverso titolo, in relazione ad uno stesso «*investimento estero*» e/o ad una stessa «*attività estera di natura finanziaria*»; dovendo le due categorie soggettive (dei precedenti obbligati alla presentazione del quadro RW e degli attuali legittimati all'*emersione internazionale*) identificarsi. E ciò vale, tanto nell'ipotesi in cui, in relazione ad uno «*investimento estero*» e/o ad una stessa «*attività estera di natura finanziaria*», l'obbligo per i soggetti tenuti alla dichiarazione derivasse da un diverso titolo (ad es. l'uno possessore diretto, l'altro mandatario, ecc.), come in quella in cui l'obbligo sia derivato da uno stesso titolo (ad es. *compossessori diretti, contitolari effettivi, comandatari, ecc.*). A tal proposito l'Agenzia ha precisato che «*la procedura può riguardare anche attività illecitamente detenute all'estero cointestate a più soggetti o nella disponibilità di più soggetti. In tal caso, l'istanza deve essere presentata da ciascuno dei soggetti interessati per la quota parte di propria competenza. La richiesta di accesso alla procedura di collaborazione volontaria, quindi, deve essere presentata in maniera autonoma e distinta dai cointestatari e produrrà effetti, al perfezionarsi della stessa, solo nei confronti dei singoli richiedenti*»³⁴.*

1.2.1 Soggetti collegati

Più di un cenno è dovuto alla nuova categoria dei «*soggetti collegati*», richiamati nella sez. I, di pag. 2, del modello di «*richiesta di accesso alla procedura di collaborazione volontaria*», che le istruzioni emanate con provvedimento del Direttore 30 gennaio 2015, riferiscono alle norme dell'art. 5-*quinquies*, co. 9, D.L. 167/1990, secondo le quali: «*ai soli fini della procedura di collaborazione volontaria, la **disponibilità** delle attività finanziarie e patrimoniali oggetto di emersione*

34 Cfr. circ. 13 marzo 2015, n. 10, pag. 12.

*si considera, salva prova contraria, ripartita, per ciascun periodo d'imposta, in quote eguali tra tutti coloro che al termine degli stessi ne avevano la **disponibilità***³⁵.

Non è secondario che la norma richiami ben due volte la parola *disponibilità*, giacché essa, come si è avuto modo di riferire nel paragrafo precedente, condensa i requisiti che identificano l'ambito ulteriore dei soggetti tenuti all'obbligo del monitoraggio, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione; la quale ha però avvertito che la disponibilità deve essere stata effettiva e non astratta o soltanto potenziale. La presunzione («*si considera*») trasferisce sul soggetto l'onere di provare il contrario, ossia che egli pur avendo avuto la disponibilità non l'ha esercitata. E l'Agenzia, considerato che le norme del co. 9 richiamano la «*disponibilità*» delle attività estere senza alcuna specificazione «*in merito al titolo giuridico che estrinseca la stessa*», ha ritenuto di precisare che «*la presunzione di cui al richiamato comma 9 sia applicabile, oltre che alle ipotesi di cointestazione delle attività, anche in tutte le altre fattispecie in cui più soggetti abbiano la disponibilità di una attività finanziaria o patrimoniale*», come nel caso «*di soggetti che abbiano **deleghe** di firma ad operare su un conto*»; aggiungendo che qualora il delegato voglia «*far valere modalità di ripartizione **differenti** dovrà **produrre** tutta la **documentazione necessaria***».

Con altre parole, per superare la presunzione di disponibilità, desumibile (ad es.) dall'esistenza di una delega a movimentare le somme esistenti in un conto all'estero, il delegato che non abbia mai esercitato la delega ricevuta (anche perché, probabilmente, non sapeva neppure di averla), dovrebbe provarlo documentalmente.

Nella circolare, del 16 luglio 2015, dopo aver precisato che «*la detenzione consiste nell'aver la disponibilità di una cosa*»³⁶ l'Agenzia delinea due categorie di deleghe: nel paragrafo *sub* 1.1., rubricato «*ac-*

35 Cfr. circ. 13 marzo 2015, n. 10.

36 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 5. 37 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 5. 38 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 7.

cesso alla procedura da parte di procuratori passivi», richiama quelle «ad operare su di un rapporto all'estero senza alcuna limitazione»³⁷; nel paragrafo sub 1.2., rubricato accesso alla procedura da parte di procuratori con mera delega ad operare per conto dell'intestatario», richiama quelle «ad operare su un conto estero per operazioni indicate allo stesso titolare del conto»³⁸. In relazione alle prime deleghe l'Agenzia afferma che esse equivarrebbero «per il delegato, alla detenzione dei valori presenti su detto rapporto, a prescindere dal fatto che questi effettui o meno delle operazioni»; donde la conclusione che «il mancato esercizio della delega non può assurgere a prova circa la materiale indisponibilità del rapporto»³⁹. Quindi, rileva che: «il legislatore ha introdotto all'articolo 5-quinquies, comma 9 del decreto legge, **ai soli fini** della determinazione delle sanzioni relative alle violazioni in materia di monitoraggio fiscale, una presunzione di ripartizione in quote uguali delle attività finanziarie e patrimoniali oggetto di emersione tra tutti coloro che ne potevano disporre»; e quindi che potranno «avvalersi della procedura anche i soggetti delegati ad operare su rapporti indipendentemente dal fatto che questi abbiano o meno posto in essere delle operazioni»⁴⁰.

In relazione alle seconde deleghe l'Agenzia afferma che, «la fattispecie della detenzione ... non si configura qualora una persona sia chiamata ad operare su di un conto estero per operazioni indicate dallo stesso titolare del conto che, **per loro natura, escludono che il delegato detenga** le attività finanziarie allocate sul rapporto oppure quando la delega riguarda un rapporto che è oggettivamente **escluso dal monitoraggio fiscale**». Purtroppo quest'ultimo passo della circolare, che sarebbe stato decisivo per la soluzione dei molti problemi che la figura del *soggetto collegato* pone, non è molto trasparente. Un'operazione delegata che, per sua **natura**, escluda la *detenzione*;

37 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 5.

38 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 7.

39 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 6.

40 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 6.

ed un *rapporto* che **oggettivamente** escluda il *monitoraggio*; sono per legge al di fuori da ogni obbligo dichiarativo e quindi non interessano la procedura della collaborazione volontaria. Solo che il lettore della circolare avrebbe avuto *bisogno* di sapere: quali potrebbero essere le operazioni «*su di un conto estero*» le quali escluderebbero, per loro **natura**, che il delegato abbia avuto la *detenzione* (n.d.A. «*disponibilità*») delle «*attività finanziarie allocate*» sul conto; nonché quale potrebbe essere mai il rapporto, previsto dalla delega e riferito al conto bancario, che sarebbe **oggettivamente escluso dal monitoraggio fiscale**. Con la conseguenza che proprio questa seconda categoria di delegati (occasionalmente), probabilmente la più ricorrente e dunque di maggiore interesse pratico, resta non identificata. Certamente positivo è il chiarimento che «*ai delegati, qualora non risultino essere i reali titolari effettivi delle attività presenti sui rapporti, non può essere attribuito alcun reddito connesso con le stesse*»⁴¹, anche se riesce difficile immaginare un «*reale titolare effettivo*» del conto che si autodeleghi ad operare sul proprio conto. Ma il dato di fatto è che uno dei problemi più ricorrenti è diventato quello dell'identità dei cd. «*soggetti collegati*» e dei rispettivi incombenti; ed è un problema che non dovrebbe neppure sussistere, avendo la Corte attribuito alla parola «*disponibilità*» significati che sarebbero stati fondamentali per assegnare identità al soggetto che l'abbia avuta secondo le norme del comma 9.

La disciplina di tale comma persegue la finalità eminentemente conoscitiva di completare l'identificazione dei soggetti che hanno violato il monitoraggio sollecitando la collaborazione volontaria di chi, pur non avendo avuto la materiale detenzione, abbiano avuto anche soltanto una delega a disporre (ad es.) per conto altrui delle somme depositate sul conto, consentendo loro di dimostrare di non averne disposto. E la norma del comma 9, secondo cui: «*ai soli fini della procedura di collaborazione volontaria, la **disponibilità** (...) si considera, salva prova contraria, ripartita (...) tra tutti coloro che (...) ne avevano la **disponibilità***», ne è la prova eloquente. Donde l'evidenza che la ra-

41 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pagg. 6-7.

zio della norma, in armonia peraltro con l'orientamento della Corte, gravita sull'esercizio effettivo e non su quello potenziale, ancorché desumibile dall'esistenza della delega.

Non a caso la stessa Agenzia precisa che: «i soggetti **collegati** si identificano in coloro che hanno una **posizione rilevante** ai fini del monitoraggio fiscale rispetto alle attività finanziarie e patrimoniali oggetto di emersione o che presentino un **collegamento** con il reddito **sottratto** ad imposizione **evidenziato**»⁴²; e, più avanti, «in caso di deleghe o procure, dovrà esserne evidenziato il **sostanziale utilizzo**, al fine di meglio definire la presunzione di possesso (ndA. *rectius* «disponibilità») in quote parti uguali tra i soggetti aventi la disponibilità dell'attività estera ex articolo 5-quinquies, comma 9, del decreto legge»⁴³. Lasciando così intendere, in armonia peraltro con l'orientamento predetto, che, in tanto il delegato può aver assunto una «posizione rilevante», in quanto abbia fatto della delega un «sostanziale utilizzo», ma non quando l'abbia utilizzata occasionalmente o non l'abbia utilizzata affatto.

A questo punto occorre affrontare l'argomento deleghe, anticipando che, dal quadro qui di seguito proposto, sono state del tutto escluse, per esigenze di sintesi, quelle conferite, in via cautelare e non di rado provvisoria, a figli, parenti stretti, persone di fiducia perché si sostituiscano al delegante solo quando risulti necessario e delle quali «la prova dell'indisponibilità del rapporto risulta estremamente gravosa, se non, talvolta, addirittura impossibile»⁴⁴. E dalla ricognizione

42 Cfr. circ. 13 marzo 2015, n. 10, pag. 36.

43 Cfr. circ. 13 marzo 2015, n. 10, pag. 37.

44 Osserva anche l'Agenzia che, «nella pratica, accade sovente che l'intestatario di un rapporto deleghi un proprio familiare o persona di fiducia ad operare sul proprio conto corrente condizionando però l'effettuazione di eventuali operazioni ai soli casi di infermità momentanea o permanente del delegante o per regolare la successione nel rapporto mortis causa. In tali ipotesi, ed in quelle similari, in mancanza di elementi documentali che possano provare i limiti rappresentati dalle predette condizioni, l'obbligo del delegato di astenersi dal compiere qualsiasi operazione rimane nella sfera delle obbligazioni morali e pertanto la prova dell'indisponibilità del rapporto risulta estremamente gravosa, se non, talvolta, addirittura impossibile».

condotta con la collaborazione di avvocati iscritti agli Ordini dei Paesi le cui banche hanno accolto in passato i capitali italiani esportati illegalmente, è stato possibile costruire il quadro seguente.

- a) Di solito i conti bancari all'estero sono «*movimentati*» da un funzionario della banca esperto nella gestione di patrimoni, espressamente autorizzato dal cd. «*beneficial owner*», oppure sono movimentati da quest'ultimo (di solito) su consiglio dello stesso funzionario della banca. Possono essere state inoltre attribuite deleghe a persone residenti in Italia che: sanno oppure no di aver ricevuto una delega (quasi sempre familiari) e normalmente (ma non sempre) lo sanno, anche perché prima o poi dovrebbero accettarla; oppure possono aver ricevuto la delega, averla accettata, ma averla esercitata solo occasionalmente e non di rado solo per alcuni prelievi; oppure non averla esercitata affatto⁴⁵. E questi ultimi sono quelli che la circ. 27 definisce «*procuratori passivi*»⁴⁶. Poi vi sono procuratori (quasi sempre dipendenti, o professionisti, anche residenti in Italia) che hanno avuto la delega solo per un determinato periodo di tempo, corrispondente a quello del rapporto di lavoro o dell'incarico professionale, durante il quale possono averla esercitata effettivamente, oppure solo occasionalmente o non averla esercitata del tutto; ma che ora possono anche non averla più, essendo cessato il rapporto di lavoro o quello professionale.
- b) La documentazione (ovviamente cartacea) dei movimenti di un conto corrente «*illegale*» è per sua natura compromettente, anche per l'uso soltanto maldestro che possa esserne fatto, sicché, soprattutto dopo la vicenda Falciani, le banche interpellate hanno dichiarato di essere estremamente prudenti nel rilasciarla.

45 E la ragione è soprattutto nel fatto che la effettiva movimentazione del conto è quasi sempre affidata al funzionario di banca, sotto il controllo diretto e personale del *beneficial owner*.

46 Cfr. circ. 16 luglio 2014, n. 27, a pag. 5, «1.1. Accesso alla procedura da parte di *procuratori passivi*» (volendo forse dire «*inattivi*»).

Di norma, per ottenere la consegna di tale documentazione od anche solo di quella relativa ad alcune operazioni non basta la *delega generica* ad operare sul conto, ma occorre un ulteriore *specifico mandato*, che autorizzi la banca a consegnare la documentazione, manlevandola espressamente da qualsiasi responsabilità, in relazione ad ogni eventuale uso che, di tale documentazione possa essere fatto da chiunque. Lo stesso mandato è richiesto per rilasciare una dichiarazione dalle quale risultino le operazioni, poche o tante che siano, compiute dal delegato oppure la sua inattività, ritenendosi che da tale dichiarazione possa sempre risalirsi al beneficiario del conto. E la banca non rilascia più alcuna documentazione al delegato portatore anche di un *mandato specifico* quando questo sia cessato; e men che meno al portatore di una cessata *delega generica*. In taluni Paesi il mandato si considera a tal punto espressione di reciproca fiducia, da ammetterne sempre la risoluzione quando questa sia venuta meno per qualsiasi ragione, salvo beninteso il risarcimento del danno; in altri termini il mandato può sempre essere revocato o disdetto, per norma imperativa, sicché ogni pattuizione contraria è nulla⁴⁷. Il che ovviamente porta la banca, presso la quale è acceso il conto, ad un atteggiamento di ulteriore prudenza; con la conseguenza che anche quando il mandatario sia legittimato a chiedere ed ottenere la documentazione in base ad un *mandato specifico*, difficilmente ne ottiene il rilascio prima che il mandante sia stato interpellato ed abbia confermato per iscritto la persistente validità del mandato.

47 A differenza dell'ordinamento italiano che prevede la irrevocabilità del mandato (art. 1723, co. 2, c.c.), altri ordinamenti europei prescrivono, con norma imperativa non derogabile dalle parti, che il mandato è sempre revocabile. Questo è ad esempio il caso dell'art. 404 del Codice civile svizzero (in particolare Legge federale di complemento del Codice civile svizzero - Libro quinto: Diritto delle obbligazioni - del 30 marzo 1911) il quale stabilisce: «Il mandato può essere sempre revocato o disdetto da entrambe le parti» (cfr. la giurisprudenza riferita sub. 4.5.2 Riduzioni delle sanzioni per le violazioni del monitoraggio relative ad attività, ovunque collocate, per le quali è rilasciato il *Waiver*, ex comma 4, lett. c). Il *Waiver*).

Ancora più severo è l'atteggiamento di talune banche di Paesi di *common law* (ad es. Bahamas) dove tutt'ora vige il segreto bancario, giacché a questo si accompagna l'esigenza di adottare ogni misura, anche molto restrittiva, pur di esaltarne valore ed importanza nei confronti della clientela.

Per completare il quadro è necessario ricordare che lo stesso *fac-simile* del *Waiver*, pubblicato sul sito internet dell'Agenzia delle Entrate, mentre prevede che vi siano inseriti:

- «*i dati dei delegati e dei procuratori ad operare sul rapporto e, se cessati, a fianco dei dati di ciascuno di essi inserire anche il periodo di validità della delega o della procura*»⁴⁸;
- «*nel campo 10, i dati identificativi dei procuratori o dei soggetti delegati ad operare specificando se si tratta di deleghe o procure a termine*»;

non prevede che venga fornita dalla Banca all'Agenzia, men che meno al delegato, alcuna informazione sul contenuto delle deleghe conferite né sull'esercizio, abituale (nel senso di effettiva «*movimentazione*» del conto) od occasionale, che di esse abbia fatto il delegato.

Emerge da quanto precede che, salvo il caso (a detta di tutti assai raro anche quando il delegato sia un familiare) del procuratore autorizzato a chiedere e ricevere la documentazione del conto, in base ad un mandato specifico tutt'ora in vigore, in tutti gli altri casi diventa pressoché impossibile per il delegato fornire una qualsiasi documentazione all'Agenzia della propria attività od inattività.

Ed è con questa situazione che occorre confrontarsi; giacché, non potendo documentare di essere stato inattivo o solo episodicamente attivo, il delegato si guarderà bene dall'accedere alla procedura o dal farlo nel modo «*spontaneo, completo e veritiero*», fondamentale per ricostituire quel rinnovato rapporto di collaborazione auspicato dal Direttore dell'Agenzia⁴⁹.

48 Cfr. *fac-simile*, del *Waiver*, pubblicato sul sito internet dell'Agenzia delle Entrate, al n. 6 delle note.

49 Provvedimento n. 2015/13193, del 30 gennaio 2013.

Nella prospettiva di un funzionamento della procedura che incoraggi la partecipazione, l'Amministrazione finanziaria, proprio perché consapevole che la prova dell'inattività spesso «*risulta estremamente gravosa, se non, talvolta, addirittura impossibile*»⁵⁰, potrebbe limitarsi a prevedere, per il delegato inattivo o solo episodicamente attivo⁵¹, un'autocertificazione, sotto forma di «*dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà*»⁵², nella quale egli attesti di aver ricevuto la delega, ma di non averla esercitata o di averla esercitata solo occasionalmente e di non essere in grado di fornire altre informazioni. In fin dei conti è sempre meglio avere un'informazione limitata, di una situazione di illegalità pur sempre meritevole di essere conosciuta, piuttosto di non averla affatto e continuare ad ignorarla.

1.2.3 Soggetti interposti

Nei rapporti di diritto privato le varie figure negoziali riconducibili all'interposizione di persona si assumono in linea di principio preordinate alla realizzazione d'interessi meritevoli di tutela; se così non fosse, esse sarebbero radiate dal novero di quelle legali, come è avvenuto, ad esempio, per la «*sostituzione di persona*», la quale è punita, ex art. 494 c.p., con la reclusione fino ad un anno. Molteplici sono le forme che possono realizzare l'interposizione ed è difficile stabilire criteri certi per definirne l'identità; tant'è che, specialmente in passato, sono stati condotti all'alveo di essa, oltre alla simulazione soggettiva relativa ed alla rappresentanza indiretta, anche il negozio fiduciario, non di rado legando queste figure con il comune denominatore della titolarità apparente. L'interposizione considerata ai fini dell'emersione internazionale è innanzi tutto strumentale all'occultamento della titolarità delle attività e degli investimenti collocati all'e-

50 Circ. 16 luglio 2015, n. 27, pag. 6.

51 Cfr., *infra*, sub 4.5.5, *Riduzioni delle sanzioni applicabili nei confronti dei cd. «soggetti collegati»*.

52 Prevista dall'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (*infra*, sub 3.2.5.)