

Profili di incompatibilità dell'art. 12 D.L. n. 78/2009 con il principio comunitario di libera circolazione dei capitali

Spunti per nuove misure di emersione dei patrimoni ancora illecitamente detenuti all'estero



Pierpaolo Angelucci

Dottore commercialista presso
Scarioni Angelucci,
Studio tributario associato, Milano

All'approssimarsi della manovra fiscale per il 2019 si discute di una misura che possa consentire l'emersione di patrimoni ancora illecitamente detenuti all'estero e che non abbiano beneficiato delle scorse edizioni della voluntary disclosure in quanto caratterizzati da criticità che avrebbero comportato esborsi ritenuti eccessivamente onerosi dai contribuenti interessati. La soluzione potrebbe essere una disposizione che "sterilizzi" la presunzione di reddito prevista dall'art. 12 D.L. n. 78/2009, norma la cui compatibilità con l'ordinamento comunitario è qui oggetto di discussione.

I. Premessa.....	381
II. Inquadramento normativo	382
III. Considerazioni.....	384
A. Sull'applicabilità della libera circolazione dei capitali all'ipotesi di detenzione di attività finanziarie presso un istituto di credito in uno Stato terzo.....	384
B. Sul raddoppio dei termini di accertamento.....	384
C. Sulla presunzione di reddito e sull'onere della prova....	385
D. Sul raddoppio delle sanzioni.....	387

I. Premessa

Successivamente alla chiusura dell'ultima procedura di *voluntary disclosure* (termini per l'adesione scaduti lo scorso 2 ottobre 2017), sembra che vi siano ancora importanti patrimoni finanziari localizzati all'estero e detenuti illecitamente, come anche sottolineato ultimamente dalla cronaca specialistica che pone particolare riferimento alla questione del denaro contante.

La mancata regolarizzazione di patrimoni esteri, in alcuni casi, sarebbe stata indotta dal (fondato) timore di un onere fiscale eccessivo – talvolta anche maggiore rispetto al capitale potenzialmente oggetto di emersione – causato dall'applicazione delle penalizzanti disposizioni contenute nell'art. 12 del Decreto Legge (D.L.) del 1° luglio 2009, n. 78 (convertito,

con modificazioni, dalla Legge [L.] del 3 agosto 2009, n. 102), che solo in parte, nell'ambito della procedura di emersione volontaria, venivano disapplicate.

Come meglio si illustrerà nel prosieguo, sono tre le misure contenute nell'art. 12 D.L. n. 78/2009 che possono rendere assai gravoso un accertamento (o anche una regolarizzazione spontanea tramite un ravvedimento operoso) relativo ad un patrimonio estero localizzato in Stati cd. "black-list". Si tratta, in particolare:

- 1) della presunzione che l'intero patrimonio estero costituisca, salvo prova contraria, reddito da assoggettare a tassazione;
- 2) del raddoppio dei termini di accertamento;
- 3) del raddoppio delle sanzioni amministrative relative alle imposte non dichiarate.

Nell'ambito della procedura di *voluntary disclosure* solo due delle tre misure sopra richiamate venivano in sostanza disapplicate – e cioè quelle indicate ai numeri 2) e 3) – mentre rimaneva operante la presunzione per la quale un patrimonio estero, in assenza di prova contraria del contribuente, si intendeva costituito da redditi sottratti ad imposizione.

Alla luce delle considerazioni che saranno rappresentate nel presente lavoro – che dimostreranno la probabile incompatibilità di alcune disposizioni recate dall'art. 12 D.L. n. 78/2009 con la libera circolazione dei capitali garantita dall'ordinamento comunitario – ma anche per tener conto di una situazione che si riscontra frequentemente nella prassi professionale, e cioè l'obiettiva difficoltà del contribuente, a causa delle più svariate ragioni, nel reperire la documentazione che prova l'origine non reddituale del patrimonio estero, ci si chiede se non siano oramai maturi i tempi per un intervento normativo che modifichi l'art. 12, con il fine di "disattivare" la presunzione sopra descritta (ed anche eventualmente il raddoppio delle sanzioni) per coloro che intendono emergere spontaneamente regolarizzando il proprio patrimonio estero. Proprio per far fronte a queste situazioni, tra le quali riveste

primaria importanza quella del denaro contante, sembra sia allo studio una misura che consenta l'emersione di determinate somme a fronte del pagamento di un'imposta tra il 15 e il 20% (una sorta di "flat voluntary" allineata all'idea della flat tax) che, in sostanza, "sterilizzerebbe" l'art. 12 D.L. n. 78/2009.

Ciò premesso, nel presente scritto si illustrano i possibili profili di incompatibilità con l'ordinamento comunitario delle disposizioni contenute nell'art. 12, commi 2, 2-bis e 2-ter, D.L. n. 78/2009, che potrebbero in effetti giustificare l'introduzione di nuove misure che consentano a condizioni meno gravose l'emersione di somme detenute illecitamente all'estero.

II. Inquadramento normativo

L'art. 12 D.L. n. 78/2009 contiene tre diversi commi volti a contrastare la detenzione di investimenti e attività finanziarie in Stati *black-list* in violazione degli obblighi dichiarativi. In particolare, l'articolo in commento dispone che:

- art. 12, comma 2: "[i]n deroga ad ogni vigente disposizione di legge, gli investimenti e le attività di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato [...], in violazione degli obblighi di dichiarazione di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 4 del decreto-legge 28 giugno 1990, n. 167, convertito dalla legge 4 agosto 1990, n. 227, ai soli fini fiscali si presumono costituite, salva la prova contraria, mediante redditi sottratti a tassazione. In tale caso, le sanzioni previste dall'articolo 1 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, sono raddoppiate";
- art. 12, comma 2-bis: "[p]er l'accertamento basato sulla presunzione di cui al comma 2, i termini di cui all'articolo 43, primo e secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, e all'articolo 57, primo e secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, sono raddoppiati"^[1];

- art. 12, comma 2-ter: "[p]er le violazioni di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 4 del decreto-legge 28 giugno 1990, n. 167, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 1990, n. 227, e successive modificazioni, riferite agli investimenti e alle attività di natura finanziaria di cui al comma 2, i termini di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, sono raddoppiati"^[2].

Per effetto delle suddette disposizioni, un contribuente che detenga investimenti e attività finanziarie in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, in violazione degli obblighi relativi al monitoraggio fiscale, si trova in una situazione discriminatoria rispetto all'ipotesi in cui i predetti investimenti e attività finanziarie siano detenuti, anch'essi in violazione degli obblighi dichiarativi, in Paesi esteri diversi da quelli a regime fiscale privilegiato. La discriminazione riguarda tre diversi profili:

- 1) il raddoppio dei termini di accertamento, ai fini delle imposte sui redditi e ai fini del monitoraggio fiscale;
- 2) la presunzione che i suddetti investimenti e attività finanziarie siano costituiti, salva la prova contraria, mediante redditi sottratti a tassazione;
- 3) il raddoppio delle sanzioni amministrative per le imposte sui redditi dichiarate in misura inferiore a quella dovuta.

I termini di accertamento sono presentati schematicamente nella Tabella 1 di seguito riportata.

Tabella 1: Termini di accertamento per i Paesi *black-list* e non *black-list*

Periodo imposta	Paesi <i>black-list</i>			Paesi non <i>black-list</i>		
	Scadenza termini accertamento redditi		Scadenza termini accertamento rw	Scadenza termini accertamento redditi		Scadenza termini accertamento rw
	Infedele	Omessa		Infedele	Omessa	
2007	-	2018	2018	-	-	-
2008	-	2019	2019	-	-	-
2009	2018	2020	2020	-	-	-
2010	2019	2021	2021	-	-	-
2011	2020	2022	2022	-	-	-
2012	2021	2023	2023	-	2018	2018
2013	2022	2024	2024	2018	2019	2019
2014	2023	2025	2025	2019	2020	2020
2015	2024	2026	2026	2020	2021	2021
2016	2027	2031	2031	2022	2024	2024

[1] Questo comma è stato inserito dall'art. 1, terzo comma, D.L. del 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla L. del 26 febbraio 2010, n. 25.

[2] Cfr. nota 1.

Le disposizioni in esame, differenziando la situazione del contribuente in funzione del luogo in cui egli ha collocato i propri investimenti, potrebbero costituire una violazione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

In particolare, le disposizioni del TFUE qui di interesse sono quelle relative alla libera circolazione dei capitali e più precisamente:

- art. 63, par. 1: “[n]ell’ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi”;
- art. 64, par. 1: “[l]e disposizioni di cui all’articolo 63 lasciano impregiudicata l’applicazione ai paesi terzi di qualunque restrizione in vigore alla data del 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione dell’Unione per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino [...] la prestazione di servizi finanziari [...]”;
- art. 65, par. 1: “[l]e disposizioni dell’articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale; b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”;
- art. 65, par. 3: “[l]e misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all’articolo 63”.

L’art. 63 TFUE sancisce il divieto di ogni restrizione a movimenti di capitali tra Stati membri e anche tra Stati membri e Paesi terzi. In proposito, occorre rilevare che:

- l’ambito di applicazione di tale disposizione ricomprende tutti i movimenti di capitali, intesi come operazioni finanziarie di investimento effettuate in uno Stato diverso da quello di residenza dell’investitore, ivi inclusi i Paesi terzi;
- la nozione di restrizioni vietate è stata elaborata dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea (CGUE), secondo la cui giurisprudenza una norma nazionale è discriminatoria quando subordina a condizioni restrittive (quali, p. es., la richiesta di un’autorizzazione preventiva o un diverso livello di tassazione) un’operazione che ha carattere di transnazionalità, mentre non prevede tali restrizioni per la medesima operazione (o per un’operazione comparabile) qualora questa sia interamente domestica^[3]. Tale

discriminazione può operare sia “in entrata”, dissuadendo un soggetto non residente dall’effettuare un’operazione finanziaria nello Stato membro, sia “in uscita”, dissuadendo un cittadino di uno Stato membro dall’effettuare investimenti all’estero.

L’art. 64 TFUE introduce la cd. clausola di “*stand still*”, che consente agli Stati membri di continuare ad applicare le restrizioni esistenti alla data del 31 dicembre 1993 ai movimenti di capitali che implicino la prestazione di servizi finanziari provenienti da o diretti verso Paesi terzi.

Infine, l’art. 65, primo paragrafo, TFUE statuisce una deroga alla libera circolazione dei capitali, permettendo agli Stati membri di adottare normative restrittive qualora queste siano rese necessarie da motivi imperativi di interesse generale, tra i quali rientra il contrasto all’evasione fiscale. Tuttavia, il successivo terzo paragrafo mitiga la portata di tale deroga, precisando che le restrizioni non possono comunque costituire una “*discriminazione arbitraria*” o una modalità dissimulata di limitare la libera circolazione dei capitali.

L’evoluzione giurisprudenziale della CGUE ha elaborato un percorso logico che viene costantemente utilizzato per verificare se una normativa, che comporta una restrizione alla libera circolazione dei capitali, possa essere giustificata da un motivo imperativo di interesse generale^[4]. In particolare, tale giustificazione viene riconosciuta soltanto se la norma oggetto di analisi:

- 1) è idonea e specificamente finalizzata a perseguire l’obiettivo di interesse generale che intende perseguire;
- 2) non eccede quanto necessario per il conseguimento di tale obiettivo (cd. “principio di proporzionalità”); e
- 3) qualora possa essere disapplicata attraverso la prova contraria, tale incombenza, a carico del contribuente, non deve comportare “*eccessivi oneri amministrativi*”.

Nel prosieguo si adotterà il suddetto iter logico per valutare se le norme italiane sopra riportate possano risultare incompatibili con l’ordinamento comunitario.

SIMONE MUNI, Il “nuovo” regime delle ritenute sui dividendi “in uscita”: decorrenza incompatibile con il diritto comunitario; e sez. I, 5 luglio 2012, causa C-318/10, SIAT, in: Boll. Trib. On-line, in cui, risp., sono state ritenute in contrasto con il diritto comunitario la normativa francese che subordinava a una preventiva autorizzazione l’accesso ai benefici sulle fusioni transfrontaliere, la normativa italiana che sottoponeva i dividendi in uscita a un maggior onere fiscale rispetto a quelli distribuiti a percettori residenti e la normativa belga che invertiva l’onere della prova in riferimento ad effettività e corrispondenza al valore normale dei costi relativi a servizi forniti da soggetti residenti in Stati che prevedevano un livello di tassazione inferiore a quello belga.

[4] Tale iter logico è costantemente adottato dalla CGUE: cfr., p. es., sentenze CGUE, sez. grande, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, in: Boll. Trib. On-line; causa SIAT (nota 3), sez. VI, 7 settembre 2017, causa C-6/16, *Egiom*, in: Boll. Trib. On-line; e causa *Euro Park Service* (nota 3).

[3] Cfr., p. es., sentenze CGUE, sez. I, 8 marzo 2017, causa C-14/16, *Euro Park Service*, in: Boll. Trib. On-line; sez. II, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione vs. Italia*, in: Boll. Trib., 2010, p. 231, con nota di PAOLO SCARIONI/

III. Considerazioni

A. Sull'applicabilità della libera circolazione dei capitali all'ipotesi di detenzione di attività finanziarie presso un istituto di credito in uno Stato terzo

Preliminarmente occorre verificare se l'apertura e la detenzione, da parte di un contribuente italiano, di un conto corrente, deposito o *dossier* titoli in uno Stato terzo (p. es. la Svizzera), presso cui sono depositati investimenti e attività finanziarie che non sono stati dichiarati nella sua dichiarazione annuale dei redditi, rientri oppure no nella nozione di "movimenti di capitali", contenuta nei sopra citati articoli del TFUE.

Tale questione è stata recentemente affrontata dalla CGUE nella sentenza del 15 febbraio 2017, causa C-317/15, X. La situazione sottoposta all'esame dei giudici comunitari, a seguito del rinvio pregiudiziale da parte della Corte Suprema dei Paesi Bassi, ha riguardato l'ipotesi in cui l'autorità fiscale olandese, avvalendosi del termine di accertamento prolungato, da cinque a dodici anni, aveva contestato a un contribuente di non aver indicato nella sua dichiarazione dei redditi la titolarità di un conto presso un istituto bancario svizzero.

Tale sentenza chiarisce che l'apertura di conti correnti, di conti titoli e di altri rapporti con banche e istituzioni finanziarie di Stati terzi rientra tra i movimenti di capitali tutelati dalla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 TFUE, ma può essere soggetta a restrizioni se le normative nazionali rispettano la clausola di *stand still* di cui all'art. 64 TFUE (i.e. restrizione entrata in vigore prima del 31 dicembre 1993).

In particolare, la CGUE afferma che "[l]'apertura di un conto titoli da parte di un residente di uno Stato membro presso un istituto bancario ubicato al di fuori dell'Unione, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, rientra nella nozione di movimenti di capitali che implicano la prestazione di servizi finanziari, ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE" (cfr. par. 31) e che "[...] la circostanza che una misura nazionale riguardi innanzitutto l'investitore e non il prestatore di un servizio finanziario non impedisce che tale misura rientri nell'art. 64, paragrafo 1, TFUE [...]" (cfr. par. 34).

Tali principi sono evidentemente applicabili anche alla normativa italiana, posto che le disposizioni di cui all'art. 12, commi 2, 2-bis e 2-ter, D.L. n. 78/2009, disciplinano una situazione del tutto analoga a quella esaminata dalla CGUE nella citata causa C-317/15, ossia la detenzione di investimenti e attività finanziarie presso istituzioni creditizie domiciliate in Stati *black-list*, e cioè in Paesi terzi rispetto all'Unione europea (UE).

Le suddette disposizioni devono, quindi, essere vagliate rispetto alla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 TFUE, dovendo rispettarne limiti e principi. Va subito detto, al riguardo, che tutte le disposizioni contenute nell'art. 12 D.L. n. 78/2009 non possono beneficiare della clausola di *stand still* di cui all'art. 64 TFUE (nel senso che non possono essere giustificate da tale clausola), poiché sono state emanate nel 2009, ossia successivamente al 31 dicembre 1993.

B. Sul raddoppio dei termini di accertamento

Premesso quanto sopra si procede, innanzitutto, con il valutare la compatibilità con l'ordinamento comunitario della disposizione relativa al raddoppio dei termini di accertamento contenuta nell'art. 12, comma 2-bis, D.L. n. 78/2009.

Tale norma presenta delle analogie con la norma olandese che è stata oggetto di esame da parte della CGUE nella sentenza dell'11 giugno 2009, cause riunite C-155/08 e C-157/08, *Passenheim-van Schoot*[5]. Ai sensi della normativa olandese vigente all'epoca dei fatti, nel caso in cui i redditi derivanti da investimenti finanziari non fossero stati dichiarati alle autorità olandesi, il termine ordinario di accertamento, pari a cinque anni, si estendeva a dodici anni se le attività finanziarie, produttive di redditi tassabili, erano detenute al di fuori dei Paesi Bassi, e ciò a compensazione dell'assenza di effettive possibilità di controllo sui predetti investimenti esteri.

La CGUE accerta, in primo luogo, la natura restrittiva di tale norma, constatando come la stessa, prolungando i termini di accertamento, è atta a dissuadere i contribuenti olandesi dall'esercizio del loro diritto alla libera circolazione dei capitali e dal ricorso ai servizi finanziari forniti da prestatori non residenti.

I giudici comunitari si chiedono, quindi, se tale restrizione possa essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale, quali la necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali e la lotta all'evasione, e concludono in senso affermativo rilevando che "se l'estensione di un termine di rettifica fiscale non rafforza, in quanto tale, i poteri di indagine di cui dispongono le autorità tributarie di uno Stato membro, essa consente nondimeno a queste ultime, in caso di scoperta di elementi imponibili detenuti in un altro Stato membro e di cui esse non erano a conoscenza, di avviare un'indagine e, qualora risulti che tali elementi non sono stati assoggettati all'imposta, o vi sono stati assoggettati in maniera eccessivamente ridotta, di emanare un avviso di rettifica fiscale"[6].

La CGUE, ripercorrendo il consueto iter logico, valuta, poi, se la suddetta misura restrittiva, nel garantire la realizzazione dell'obiettivo che essa persegue, non vada oltre quanto è necessario per conseguirlo (principio di proporzionalità), e conclude che, nell'ipotesi in cui non vi siano elementi che consentano di avviare un'indagine e sia, quindi, escluso il ricorso alle autorità fiscali di uno Stato membro tramite un meccanismo di scambio di informazioni, una normativa come quella olandese non è sproporzionata rispetto agli obiettivi che intende perseguire.

Applicando il principio elaborato dalla CGUE nella sentenza sopra richiamata se ne deduce che il raddoppio dei termini

[5] Cfr. sentenza CGUE, sez. IV, 11 giugno 2009, cause riunite C-155/08 e C-157/08, *Passenheim-van Schoot*, in: Boll. Trib. On-line; la norma in questione, ossia l'art. 16 del Codice tributario olandese, è la stessa oggetto della sentenza CGUE, 15 febbraio 2017, causa C-317/15, X, citata. Tuttavia in tale sentenza è stata analizzata l'applicabilità alla predetta norma della clausola *stand still* e non la sua compatibilità con il principio della libera circolazione dei capitali.

[6] Cfr. par. 49 della sentenza CGUE, cause riunite C-155/08 e C-157/08 (nota 5).

di accertamento stabilito dall'art. 12, comma 2-bis, D.L. n. 78/2009, non è incompatibile con l'ordinamento comunitario. Infatti:

- costituisce certamente una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata dal TFUE, poiché statuisce un termine di accertamento più lungo per i contribuenti italiani che detengono in Stati esteri *black-list* investimenti e attività finanziarie non dichiarati all'autorità fiscale italiana, rispetto al termine ordinario applicabile ai contribuenti italiani che detengono analoghi investimenti e attività finanziarie nel territorio dello Stato, o in Paesi esteri non *black-list*;
- purtuttavia tale restrizione, ove fosse posta all'esame di un giudice comunitario, apparirebbe una misura giustificata dall'esigenza di garantire l'efficacia dei controlli fiscali e la lotta all'evasione. A maggior ragione ove si osservi che, a differenza della norma olandese, quella italiana limita la restrizione agli investimenti e attività finanziarie detenuti nei soli Stati *black-list*, con i quali non sono tipicamente previsti accordi relativi allo scambio di informazioni o alla cooperazione amministrativa^[7].

C. Sulla presunzione di reddito e sull'onere della prova

È ora necessario valutare se la "proporzionalità" della normativa italiana possa essere confermata o meno, in considerazione del fatto che al raddoppio dei termini di accertamento si affianca anche la presunzione di reddito di cui all'art. 12, comma 2, D.L. n. 78/2009. Tale norma, infatti, reca una presunzione relativa secondo la quale gli investimenti e le attività finanziarie detenute nei Paesi *black-list*, in violazione degli obblighi di monitoraggio fiscale, "si presumono costituite, salva la prova contraria, mediante redditi sottratti a tassazione".

La disposizione da ultimo citata, ponendo in capo al contribuente l'onere di dovere dimostrare che i predetti investimenti e attività finanziarie non rappresentano redditi da assoggettare a tassazione, permette all'amministrazione finanziaria italiana di non svolgere alcuna attività di verifica finalizzata a riscontrare fatti, circostanze, indizi o elementi che possano provare o far argomentare che tali attività estere siano costituite da redditi sottratti a tassazione in periodi d'imposta ancora accertabili.

[7] Fa parziale eccezione il caso della Svizzera con cui a partire dal 2018, con riferimento alle informazioni relative al 2017, è operante lo scambio automatico di informazioni previsto dal *Common Reporting Standard*. Tale accordo non riguarda però, ad oggi, gli anni sottoposti al potere di verifica in virtù del raddoppio dei termini di accertamento, ossia, nel caso di dichiarazione infedele, gli anni che vanno dal 2009 al 2012. Sulla base, invece, delle modifiche recate – con la sottoscrizione del nuovo Protocollo avvenuta in data 23 febbraio 2015 – alla Convenzione bilaterale tra Italia e Svizzera per evitare le doppie imposizioni, sono possibili richieste di informazioni su un determinato contribuente nei confronti del quale vi siano ragionevoli dubbi o indizi di evasione fiscale connessa alla detenzione di un patrimonio localizzato in Svizzera. Le nuove regole sono, tuttavia, applicabili alle sole richieste di informazioni che si riferiscono al periodo successivo alla data del 23 febbraio 2015. La possibilità, quindi, di ottenere informazioni relative a situazioni precedenti al 2015 è sostanzialmente legata alla presentazione di rogatorie da parte della Procura della Repubblica in caso di indagini di natura penale; sul punto cfr. PIERPAOLO ANGELUCCI/ROSSELLA MANGIERI, Lo scambio di informazioni individuale e di gruppo sulla base del nuovo art. 27 della Convenzione tra Italia e Svizzera, in: *Boll. Trib.*, 2017, p. 917.

Deve, in proposito, rilevarsi che l'onere di provare un maggior reddito rispetto a quello dichiarato dal contribuente grava ordinariamente sull'amministrazione finanziaria, la quale può assolvere tale onere anche avvalendosi di presunzioni semplici (*i.e.* fatti noti da cui desumere in via di ragionevole consequenzialità un fatto ignoto), purché queste siano "gravi, precise e concordanti tra loro". La prova per presunzioni richiede, pertanto, un alto grado di attendibilità del rapporto di consequenzialità tra fatto noto e fatto ignoto ("*gravità*"), chiarezza e linearità del processo logico di inferenza ("*precisione*") e univocità e coerenza delle conclusioni che possono trarsi da tale procedimento presuntivo ("*concordanza*"). A tal fine l'amministrazione finanziaria non può esimersi dallo svolgere un'accurata attività istruttoria con l'intento di individuare più elementi indiziari che dimostrino il conseguimento di un maggior reddito da parte del contribuente, oppure che anche dall'unico elemento indiziario riscontrato sia desumibile in maniera assolutamente inequivocabile il fatto ignoto, ossia l'esistenza di un maggior reddito sottratto a tassazione.

La presunzione sancita dall'art. 12, comma 2, D.L. n. 78/2009 rende, dunque, la situazione dei contribuenti italiani, che detengono investimenti e attività finanziarie in Paesi *black-list*, discriminata (*i.e.* penalizzata) rispetto a quella degli altri contribuenti italiani che detengono, invece, i medesimi investimenti e attività finanziarie presso intermediari italiani, o presso intermediari esteri localizzati in Stati collaborativi, in quanto autorizza l'amministrazione finanziaria ad accertare maggiori redditi sulla base di un'unica circostanza, ossia la localizzazione del patrimonio estero in Paesi *black-list*. In realtà, un patrimonio (non dichiarato) detenuto in un Paese *black-list* non può, *sic et simpliciter*, presumersi originato da evasione fiscale perpetrata entro il termine prolungato di accertamento, in quanto non può escludersi che sia pervenuto nella disponibilità del contribuente in virtù di accadimenti non reddituali (come donazioni, successioni, vincite, ecc.), o essersi anche originato da redditi non dichiarati, ma oramai non più accertabili.

Tale norma può, quindi, rappresentare una restrizione alla libera circolazione dei capitali, vietata dall'art. 63 TFUE, essendo idonea a dissuadere il contribuente italiano dall'effettuare investimenti in Stati terzi.

Inoltre, tale presunzione potrebbe rappresentare anche una discriminazione "*in entrata*", poiché ostacola un contribuente che intende regolarizzare la propria posizione nei confronti dell'Erario italiano e trasferire gli investimenti e le attività finanziarie dall'estero all'Italia. Si pensi al caso di un contribuente che voglia avvalersi del "*ravvedimento operoso*" di cui all'art. 13 del Decreto Legislativo (D.Lgs.) del 18 dicembre 1997, n. 472, e che sia impossibilitato, per vari motivi, a fornire la prova che i propri investimenti esteri non sono frutto di evasione fiscale realizzata nei periodi d'imposta ancora aperti.

Va sottolineato, in proposito, che la normativa italiana è decisamente più sfavorevole di quella olandese, esaminata dalla CGUE nella sentenza relativa alle cause riunite C-155/08 e C-157/08 del 2009, *Passenheim-van Schoot*. Infatti, sebbene entrambe penalizzano i contribuenti che non hanno dichiarato i loro investimenti esteri, nel caso della normativa olandese il termine di accertamento prolungato si correla soltanto alla tassazione dei redditi derivanti dalle attività estere non dichiarate, ossia dei proventi generati dal patrimonio estero, limitandosi – la normativa olandese – ad ampliare il numero di anni che possono essere accertati dall'autorità fiscale. Nel caso della normativa italiana, invece, al termine di accertamento prolungato si correla anche la presunzione che l'intero ammontare del patrimonio estero non dichiarato sia costituito da "redditi sottratti a tassazione", presunzione che può essere superata soltanto se il contribuente fornisce la prova contraria.

Come ricordato in premessa, una normativa che introduce una disparità di trattamento può essere giustificata solo se rispetta il principio di proporzionalità, ossia se ha uno scopo specifico, quale il contrasto all'evasione fiscale, e non eccede quanto necessario per ostacolare i comportamenti elusivi o evasivi. Più esattamente, non sono giustificabili normative nazionali che prevedono l'applicazione di criteri presuntivi generali e predeterminati e che sollevano l'autorità fiscale competente dal compito di svolgere anche la benché minima indagine sulla situazione concreta del contribuente.

Tale principio è un tratto costante della giurisprudenza comunitaria ed è stato ribadito anche nella recente sentenza del 7 settembre 2017, causa C-6/16, *Eqiom*[8], ove la CGUE ha affermato che "[p]er verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode e di abuso, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame complessivo dell'operazione interessata. L'introduzione di un provvedimento fiscale di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di contribuenti dall'agevolazione fiscale, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso, eccederebbe quanto necessario per evitare le frodi e gli abusi"[9].

La presunzione legale secondo cui un patrimonio estero localizzato in un Paese *black-list* è da intendersi costituito "mediante redditi sottratti a tassazione" sembra stabilire, in effetti, un "criterio generale predeterminato", che esclude la necessità di "procedere, caso per caso, ad un esame complessivo dell'operazione interessata", esonerando l'amministrazione finanziaria dal

dovere di "fornire [anche] il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso".

Si evidenzia, infine, come dalla giurisprudenza della CGUE emerga l'ulteriore principio secondo cui, nei casi in cui il contribuente sia tenuto a fornire la prova contraria, tale incombenza non può comportare "eccessivi oneri amministrativi".

Al riguardo è utile richiamare la sentenza del 5 luglio 2012, causa C-318/10, *SIAT*, ove la CGUE ha censurato la normativa fiscale belga che contemplava l'inversione dell'onere della prova[10], affermando che "può essere considerata come non eccedente quanto necessario per prevenire pratiche abusive una normativa nazionale che si fonda su un esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se una transazione consista in una costruzione di puro artificio a soli fini fiscali e che, in tutti i casi in cui l'esistenza di una tale costruzione non può essere esclusa, consente al contribuente, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa"[11].

Orbene, non v'è dubbio che l'art. 12, comma 2, D.L. n. 78/2009, permette al contribuente di fornire la prova contraria, ossia che il suo patrimonio estero non si è originato da "redditi sottratti a tassazione", ma è altrettanto evidente che l'espletamento di tale incombenza presuppone il sostenimento di "eccessivi oneri amministrativi", posto che il termine prolungato entro cui l'autorità fiscale può esercitare il proprio potere di tassazione impone al contribuente, per i patrimoni esteri di remota formazione, di dimostrare che il detto patrimonio estero era nella sua disponibilità già dieci anni or sono.

In molti casi, più che di eccessiva onerosità dell'onere della prova potrebbe concretizzarsi addirittura l'impossibilità di fornire la prova contraria. Si pensi, p. es., ai casi in cui gli investimenti e le attività finanziarie estere sono stati trasferiti, nel corso degli anni, tra più banche e istituzioni finanziarie che non sono più disposte, né tanto meno obbligate, a fornire informazioni e documentazione afferenti le relazioni precedentemente in essere presso di loro, soprattutto se sono trascorsi diversi anni dalla conclusione del rapporto con il cliente; ancora, potrebbe essere il caso di ordinamenti che non abbiano un obbligo di conservazione della documentazione per un periodo così lungo da consentire di dimostrare l'effettiva provenienza del patrimonio estero; si pensi anche al caso – molto più frequente di quello che si potrebbe immaginare – in cui la documentazione relativa al patrimonio estero

[10] L'esame della CGUE ha riguardato la normativa belga che dispone che i compensi per prestazioni di servizi, versati da contribuenti belgi a prestatori residenti in altri Stati membri con regime impositivo più vantaggioso di quello belga, sono indeducibili dal reddito d'impresa, lasciando purtuttavia al contribuente la facoltà di dimostrare che detti corrispettivi fanno riferimento a un'operazione effettiva e veritiera e che non oltrepassano il relativo valore normale.

[11] Cfr. par. 50 della sentenza *SIAT* (nota 3). Nei successivi paragrafi la CGUE chiarisce che il ragionamento svolto con riferimento alla libera prestazione di servizi vale anche con riferimento alla libera circolazione dei capitali. In tal senso cfr. anche sentenze CGUE, causa C-196/04 (nota 4) e sez. grande, 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, in: Boll. Trib. On-line.

[8] Cfr. sentenza CGUE, causa C-6/16 (nota 4), nella quale oggetto di esame da parte della CGUE è la compatibilità con il diritto comunitario della clausola antiabuso contenuta nella normativa francese che ha recepito la Direttiva cd. "Madre-Figlia". In particolare, in base a tale clausola viene negata l'applicabilità dell'esenzione della ritenuta alla fonte nell'ipotesi in cui i dividendi siano distribuiti a beneficio di una persona giuridica controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati non membri dell'UE. Anche in questo caso il contribuente può dimostrare che la catena di partecipazioni non ha come fine principale, o fra i propri fini principali, quello di trarre vantaggio dall'esenzione.

[9] Cfr. sentenza CGUE, causa C-6/16 (nota 8), par. 32.

si trova nella disponibilità di intestatari fiduciari che, sapendo che il contribuente ha intenzione di regolarizzare la propria posizione, rifiutano di fornirla per le più svariate ragioni, ostacolando così la regolarizzazione del patrimonio estero. Può ricordarsi, infine, anche l'ipotesi di patrimoni ricevuti in eredità in relazione ai quali gli eredi non sono in grado di dimostrare le cause sottostanti i flussi evidenziati negli estratti conto, che possono non avere natura reddituale, ma essere, p. es., riconducibili a rimborsi di prestiti (erogati in vita dal *de cuius*) o a *tranches* di pagamenti per operazioni avvenute anni prima.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, riteniamo che la disposizione contenuta nell'art. 12, comma 2, D.L. n. 78/2009, non rispetti il principio di proporzionalità e costituisca, quindi, una violazione non giustificata alla libera circolazione dei capitali. Volendo riepilgarne le ragioni, tale norma:

- 1) non ha lo "scopo specifico" di garantire l'efficacia dei controlli fiscali e contrastare l'evasione, in quanto sancisce una presunzione generale di evasione fiscale che pregiudica l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal TFUE, ostacolando i movimenti di capitali verso Paesi terzi o da essi provenienti;
- 2) non prevede "un'analisi caso per caso" e produce i suoi effetti senza che l'amministrazione finanziaria "sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso", come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, con ciò violando il "principio di proporzionalità";
- 3) permette al contribuente di fornire la prova contraria, ma tale onere probatorio può essere soddisfatto dal contribuente stesso solo con il sostenimento di "eccessivi oneri amministrativi", dato che il raddoppio dei termini di accertamento impone, per i patrimoni esteri di remota formazione, la loro ricostruzione sin dal 31 dicembre 2008 (infatti, solo dimostrando che il possesso del patrimonio estero sussisteva già al 31 dicembre 2008 il contribuente è in grado di vincere la presunzione legale di evasione fiscale). In molti casi più che di eccessiva onerosità dell'onere della prova si tratta dell'impossibilità di fornire la prova contraria.

D. Sul raddoppio delle sanzioni

La disposizione contenuta nell'art. 12, comma 2, ultimo periodo, D.L. n. 78/2009, prevede il raddoppio della misura delle sanzioni ordinariamente previste in ipotesi di violazioni relative alle imposte sui redditi. Anche tale disposizione può costituire una restrizione alla libera circolazione dei capitali sancita dal TFUE in ragione del trattamento discriminatorio ivi previsto.

Su un tema simile si è pronunciata la CGUE nella terza questione pregiudiziale della già citata sentenza delle cause riunite C-155/08 e C-157/08 del 2009, *Passenheim-van Schoot*. Il giudice del rinvio chiedeva se le disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento e sulla libera circolazione dei capitali non fossero ostative all'applicazione, in caso di termini di accertamento più lunghi, di una sanzione calcolata proporzionalmente all'importo rettificato. Più precisamente, era stato avanzato il dubbio che la semplice applicazione delle sanzioni ai redditi accertati nelle annualità oggetto dei termini prolungati – e non il raddoppio della misura delle stesse

– fosse una norma discriminatoria incompatibile con il diritto comunitario.

Sul punto la CGUE ha affermato che l'applicazione di sanzioni proporzionali sugli importi rettificati dall'amministrazione finanziaria non costituisce un "regime sanzionatorio più severo" rispetto a quello ordinariamente applicato^[12]. Il maggior carico sanzionatorio, in ipotesi di prolungamento dei termini di accertamento, è semplice conseguenza del fatto che la sanzione, sempre calcolata nella stessa misura proporzionale, viene applicata su più periodi d'imposta rispetto a quelli ordinariamente previsti.

Ciò posto, si deve osservare che, a differenza del caso esaminato dalla CGUE, la normativa italiana prevede un carico sanzionatorio decisamente più severo, in quanto esso deriva non solo dall'applicazione delle sanzioni amministrative a un maggior numero di periodi d'imposta rispetto a quelli ordinariamente accertabili ma anche dal raddoppio della misura delle predette sanzioni. Più precisamente, il regime sanzionatorio italiano, a fronte di una pena pecuniaria minima per l'infedele dichiarazione pari al 90% della maggiore imposta dovuta, incrementata di un terzo qualora si tratti di redditi prodotti all'estero^[13], in ipotesi di redditi non dichiarati rivenienti da patrimoni finanziari localizzati in Stati *black-list* arriva a comminare una sanzione minima del 240%^[14].

La sopra citata sentenza della CGUE, quindi, non può essere letta come un precedente sufficiente, di per sé, a giustificare la compatibilità con l'ordinamento comunitario della norma italiana. Molto più utili risultano, concettualmente, le citate sentenze della causa C-299/86 del 1988, *Drexel*, e della causa C-276/91 del 1993, *Repubblica Francese*, in cui sono stati enunciati i principi cardine della CGUE in tema di proporzionalità dei regimi sanzionatori. Da esse si evince che:

- "gli Stati membri non sono obbligati a istituire regimi identici per due categorie d'infrazioni, poiché queste non possono essere scoperte con la stessa facilità in entrambi i casi"^[15];
- tuttavia, "la maggiore o minore difficoltà con la quale un'infrazione può essere scoperta non può giustificare un divario manifestamente sproporzionato nella severità delle sanzioni comminate per le due categorie di infrazioni"^[16].

[12] Cfr. par. 83 della sentenza CGUE, cause riunite C-155/08 e C-157/08 (nota 5); in merito alla nozione di "regime sanzionatorio più severo" si segnalano, altresì, sentenze CGUE, 25 febbraio 1988, causa C-299/86, *Drexel*, in: Boll. Trib., 1988, p. 1557; e 2 agosto 1993, causa C-276/91, *Repubblica Francese*, in: Boll. Trib. On-line.

[13] Cfr. art. 1, secondo e ottavo comma, D.Lgs. del 18 dicembre 1997, n. 471.

[14] Va segnalata, per completezza, una pronuncia dell'amministrazione finanziaria italiana da cui sembra desumersi che l'incremento di un terzo della sanzione, per le imposte relative a redditi esteri, e il raddoppio della sanzione, per i redditi relativi ad attività finanziarie e investimenti in Stati *black-list*, non si sommano ma sono fra loro alternative: cfr. circ. 12 marzo 2010, n. 11/E (in: Boll. Trib., 2010, p. 450). Il raddoppio delle sanzioni andrebbe comunque dal 90% al 180% e rimarrebbe un divario sproporzionato rispetto alle sanzioni base.

[15] Cfr. sentenza CGUE, causa C-276/91 (nota 12), par. 14.

[16] Cfr. sentenza CGUE, causa C-276/91 (nota 12), par. 15.

In conclusione, va evidenziato che, se è vero che la mancata dichiarazione dei redditi rivenienti dagli investimenti e dalle attività finanziarie detenute in Stati *black-list* è una violazione più difficile da scoprire rispetto a un illecito puramente interno, o commesso in riferimento a un patrimonio localizzato in Paesi collaborativi, è altrettanto intuitivo che difficilmente potrebbe apparire rispettoso del principio di proporzionalità un regime sanzionatorio, come quello previsto dalla normativa italiana, che, nel caso in esame, arriva ad applicare una sanzione amministrativa addirittura doppia rispetto a quella ordinaria.

Si rimarca, infine, che tale regime sanzionatorio, decisamente più severo di quello ordinario, si applica anche al reddito accertato in capo al contribuente per il tramite della presunzione legale commentata al paragrafo precedente.