



CIRCOLARE N. 39/IR DEL 4 AGOSTO 2014

**I PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DELL'APPLICAZIONE RETROATTIVA
DELLE PRESUNZIONI BANCARIE A CARICO DEI PROFESSIONISTI**

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione dell'oggetto dell'indagine: il rinvio alla Corte costituzionale da parte della CTR del Lazio (ord. n. 27/29/2013). – 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 3. L'applicazione retroattiva delle presunzioni bancarie come prassi consolidata dell'Amministrazione finanziaria che viola il diritto di difesa contenuto nell'art. 24 cost. – 4. Applicazione retroattiva della norma presuntiva e violazione del principio di effettività della capacità contributiva. – 5. Conclusioni.



1. Premessa e delimitazione dell'oggetto dell'indagine: il rinvio alla Corte costituzionale da parte della CTR del Lazio (ord. n. 27/29/2013).

Una recente ordinanza emessa dalla Commissione tributaria regionale del Lazio lo scorso 10 giugno 2013 consente di tornare a riflettere sul delicato tema dell'applicazione retroattiva nei confronti dei professionisti della doppia presunzione bancaria (prelevamenti = costi e costi = compensi) di cui all'art. 32, co. 1, n. 2 del DPR n. 600/1973, così come modificato dalla L. n. 311/2004.

La questione, che finora ha irrimediabilmente diviso la dottrina dalla giurisprudenza dominante, è, quindi, tornata di stretta attualità, in quanto oggetto di una nuova ordinanza che - a poco più di due anni dalle ultime ordinanze di rimessione - ha ritenuto nuovamente *rilevante e non manifestamente infondata* la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 citato, nel testo in vigore dal 2005, in relazione agli artt. 3, 24, 53 e 111 cost.¹.

La Corte costituzionale, infatti, chiamata a valutare con riferimento agli artt. 3 e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui stabilisce che "... sono posti come ricavi o compensi a base delle rettifiche ed accertamenti, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e sempreché non risultino dalle scritture contabili, i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni" di natura finanziaria, con l'ordinanza n. 318/2011², ha affermato che, già prima del 1° gennaio 2005, la presunzione in esame era operante ed applicabile sia agli imprenditori sia ai professionisti, in quanto, per consolidata giurisprudenza di legittimità³, il legislatore, nel prevedere che le movimentazioni finanziarie (in entrata e in uscita) non giustificate e non contabilizzate integrano "ricavi", "ha inteso designare con tale ultimo termine non solo i redditi di impresa, ma anche i "compensi" professionali e di lavoratore autonomo".

Le questioni di legittimità proposte venivano, pertanto, in quell'occasione dichiarate manifestamente inammissibili.

La citata ordinanza dei giudici romani torna di nuovo a ritenere rilevante, ai fini della risoluzione del caso concreto, l'indagine circa la legittimità dell'art. 32, nella versione risultante dalle modifiche operate dalla L. n. 311/2004, per violazione in questo caso:

1. dell'art. 24 cost., in quanto i professionisti-contribuenti sulla base della normativa vigente nell'anno in cui sono avvenuti i prelevamenti (anno 2004), non erano tenuti a sapere o a prevedere che quel comportamento dagli stessi tenuto avrebbe automaticamente dato luogo l'anno successivo (anno 2005) ad una presunzione di compensi "in nero" e, quindi, a un comportamento fiscalmente censurabile. Da qui l'impossibilità per gli stessi di procurarsi, al momento della notifica dell'accertamento (effettuata, nella specie, nel 2010), la prova della giustificazione causale di quei prelevamenti in quanto non preconstituita, né necessaria all'epoca dei fatti (nel corso del 2004) con conseguente grave menomazione

¹ La questione di legittimità era già stata sollevata con due ordinanze del 14 dicembre 2010 dalla Commissione tributaria provinciale di Pescara.

² Corte cost., ord. n. 318 del 23 novembre 2011.

³ *Ex plurimis*, Cass., n. 2868/2013; Cass., n. 14026/2012; Cass., n. 19692/2011; Cass., n. 14041/2011; Cass., n. 10577/2011; Cass., n. 10574/2011; Cass., n. 802/2011; Cass., n. 4560/2010; Cass., n. 23852/2009; Cass., n. 6618/2009; Cass., n. 11750/2008; Cass., n. 430/2008.



- delle loro prerogative di difesa e tutela processuale (art. 24 cost.) e violazione del principio della tutela dell'affidamento nella legge in vigore al tempo dei fatti (art. 3, co. 2, L. n. 212/2000)⁴;
2. dell'art. 3 cost., in termini di irrazionalità della norma, in quanto viene *a posteriori* richiesto ai contribuenti un *quid pluris* rispetto al dato normativo, ovverosia, oltre all'indicazione del beneficiario (di per sé insufficiente ai fini dell'accertamento di maggiori redditi), anche la giustificazione causale dei prelevamenti, obbligo probatorio aggiuntivo, non espressamente previsto nella formulazione normativa;
 3. dell'art. 111 cost., in quanto l'avvicendamento normativo, con effetti *ex tunc*, si ripercuote sul giudizio, in particolare sulle prerogative di difesa del contribuente e sulla posizione paritaria delle parti nel processo, laddove l'una, per affidamento nella normativa previgente, si trova in una posizione peggiore rispetto all'altra, avvantaggiata, invece, dalla modifica normativa con effetti retroattivi sul diritto di difesa del contribuente in relazione a fatti passati;
 4. dell'art. 53 cost., laddove l'applicazione della doppia presunzione "prelevamenti = costi e costi = compensi professionali" risulta non soltanto irrazionale, in quanto l'eventuale sostenimento di costi nell'ambito dell'attività professionale, secondo *l'id quod plerumque accidit*, non comporta l'automatica produzione di compensi nello stesso anno d'imposta e nella stessa misura del costo sostenuto, ma anche irrispettosa del principio di capacità contributiva del professionista, mancato rispetto soltanto in parte mitigato dal necessario riconoscimento di costi in misura percentualizzata⁵.

Al termine dell'esposto e articolato iter argomentativo, la CTR del Lazio, dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, co. 1, n. 2) secondo periodo DPR n. 600/1973, ha disposto la sospensione del processo e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale. L'attualità del tema trattato e la difformità dell'interpretazione dei giudici laziali rispetto all'orientamento giurisprudenziale prevalente, sollecitano una nuova riflessione sulla legittimità dell'applicazione retroattiva della presunzione in esame, anche perché fortemente invasiva e idonea ad incidere profondamente nella sfera personale e patrimoniale dei contribuenti sottoposti a indagini creditizie e finanziarie.

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale

L'attuale normativa in materia di indagini finanziarie disciplina la possibilità per gli uffici di acquisire dati ed informazioni in relazione a tutti i rapporti (attivi e passivi) intrattenuti dal contribuente con tutti i soggetti che

⁴ Con riferimento al principio statutario di tutela dell'affidamento, l'ordinanza dimostra di non ignorare quanto già affermato dalla Corte cost. nell'ordinanza di inammissibilità n. 318/2011, in cui la Consulta ha sostenuto come il "diritto vivente" abbia provveduto a una interpretazione adeguatrice della presunzione anche ai lavoratori autonomi *ante* modifiche normative e di come questa tendenza si sia consolidata alla luce della giurisprudenza della Cassazione. A tal proposito, la CTR remittente osserva come il consolidarsi dell'interpretazione adeguatrice della Suprema Corte, così come indicata dalla Consulta, sia comunque successiva al comportamento posto in essere dai contribuenti nell'anno 2004, dal che la necessità di un nuovo intervento del giudice delle leggi "al quale spetta di valutare la legittimità costituzionale della raggiunta deriva interpretativa".

⁵ Come è noto, infatti, con tale motivazione è stata rigettata la questione di legittimità dell'art. 32, co. 1, n. 2) del DPR n. 600/1973 da parte di Corte cost., sent. n. 225 dell'8 giugno 2005.



svolgono attività creditizia e/o finanziaria⁶.

L'attuale disciplina è il frutto di un'evoluzione storica che prende avvio con la legge delega del 1971 (L. n. 825/1971) che conteneva e disciplinava il segreto bancario, ammettendo la possibilità di conoscere il contenuto dei conti (*bancari*) del contribuente soltanto in casi di particolare gravità, individuati normativamente nei contenuti e nei presupposti e subordinandola ad un'autorizzazione dell'Ispettore compartimentale e del Presidente della CTP competenti per territorio (art. 35 del DPR n. 600/1973).

Dagli anni '90 in poi si è assistito ad un'inversione di tendenza, giustificata in nome della lotta all'evasione e della necessità di dotare gli organi investigativi di poteri quanto più penetranti ed efficaci possibili. Con tale finalità è stato abolito il segreto bancario⁷ e introdotta una disciplina che ha progressivamente ampliato il suo ambito di applicazione, affermando negli anni '90 e confermando nelle successive evoluzioni, la non necessità di autorizzazioni giurisdizionali per l'esercizio delle indagini sui conti bancari.

Altre importanti modifiche sono dovute alla L. n. 311/2004, che ha riformato *in toto* la disciplina, ampliando i soggetti attivi destinatari delle richieste (non solo le banche, ma tutti gli intermediari finanziari abilitati a compiere operazioni di impiego, gestione e movimentazione delle disponibilità economiche e finanziarie), i soggetti passivi (non solo imprenditori, ma anche professionisti), l'oggetto delle indagini (non più solo i conti, ma qualsiasi rapporto intrattenuto o operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti e alle garanzie prestate a terzi), e al d.l. n. 223/2006 (conv. con mod. dalla L. n. 248/2006) che ha previsto l'istituzione dell'archivio dei rapporti finanziari⁸ quale apposita sezione dell'Anagrafe tributaria (le cui specifiche tecniche di trasmissione telematica delle richieste e delle relative risposte, nonché dei dati, delle notizie e documenti in esse contenuti sono state dettate con i provvedimenti direttoriali nn. 18870/2005 e 9647/2007)⁹.

⁶ Sino al 2005 si parlava di "indagini bancarie" in quanto unici destinatari delle richieste di informazioni erano le banche e le poste. L'evoluzione del mondo finanziario, iniziata negli anni '90, ha condotto gradualmente ad un mutamento della disciplina delle indagini bancarie in materia tributaria al fine di coinvolgere tutti coloro che "*fanno banca o attività finanziaria*", con il conseguente coinvolgimento di tutti i soggetti che svolgono attività di intermediazione finanziaria. In questo senso, Circolare Agenzia Entrate, n. 32/E del 19 ottobre 2006.

⁷ L'inversione di tendenza si ha con l'art. 18 L. n. 413/1991, seguita da un'importante pronuncia della Consulta che ha affermato la costituzionalità della disciplina in esame (Corte cost., n. 51/1992). In questa fase si è negata rilevanza costituzionale al segreto bancario, affermando la possibilità in capo agli organi istruttori di acquisire i contenuti dei conti bancari in presenza della sola autorizzazione amministrativa.

⁸ Archivio dei conti che ha sostituito l'Anagrafe dei rapporti di conto e di deposito istituita con l'art. 20 L. n. 413/1991 e regolamentata dal D.M. 4 agosto 2000, n. 269.

⁹ A tale archivio tutti gli intermediari sono tenuti a trasmettere costantemente ed entro termini predefiniti, i dati relativi ai rapporti intrattenuti, indicando la natura del rapporto, la data di apertura, modifica e chiusura e i dati identificativi, compreso il codice fiscale, dei soggetti che intrattengono con gli operatori finanziari qualsiasi rapporto in nome proprio o per conto o a nome di terzi. Con il c.d. "decreto Monti" (art. 11, co. 2, del d.l. n. 201/2011, conv. con mod. dalla L. n. 214/2011), al fine di rendere più efficace l'azione di contrasto all'evasione fiscale, è stato previsto per gli stessi operatori l'obbligo di comunicare le movimentazioni che hanno interessato i rapporti (la cui esistenza era già oggetto di comunicazione), nonché ogni altra informazione necessaria ai fini dei controlli fiscali, nonché l'importo delle operazioni finanziarie. Il provvedimento direttoriale attuativo (del 25 marzo 2013, prot. n. 2013/37561) ha successivamente chiarito che oggetto di comunicazione (informatica tramite infrastruttura denominata SID) sono i dati relativi ai saldi del rapporto (distinti in saldo iniziale al 1° gennaio e saldo finale al 31 dicembre dell'anno cui è riferita la comunicazione); i dati relativi agli importi totali delle movimentazioni distinte tra dare ed avere



Ma la più rilevante modifica introdotta dalla citata L. n. 311/2004 (legge finanziaria per il 2005) è, però, quella contenuta nella lett. a) del co. 402 dell'articolo unico, che ha previsto l'estensione esplicita ai professionisti della previsione di cui al co. 1, n. 2) seconda parte, disponendo che possono essere posti come "... ricavi o compensi a base delle stesse rettifiche ed accertamenti, ... i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni".

Fino all'espressa modifica legislativa, invece, circa la possibilità di estendere la presunzione sui prelevamenti bancari ai professionisti si nutrivano numerosi dubbi, sia per l'esplicita menzione nel testo della norma allora in vigore delle sole componenti positive del reddito di impresa e l'esclusione di qualsiasi riferimento ai compensi di lavoro autonomo, sia per la differenza testuale tra la prima e la seconda parte del co. 1, n. 2) dell'art. 32, laddove mentre nella prima parte il legislatore non faceva distinzioni tra "ricavi" e "compensi" riferendosi genericamente ai "dati ed elementi risultanti dai conti" quale presupposto per avviare una rettifica nei confronti dei contribuenti ai sensi degli artt. 38, 39, 40 e 41 del DPR n. 600/1973, nella seconda parte, relativa ai prelevamenti, lo stesso legislatore aveva invece ristretto l'operatività della norma ai soli "ricavi", in tal modo dimostrando di voler conferire agli uffici il potere di ricostruire, alla stregua dei prelevamenti non giustificati, la sola categoria dei redditi di impresa.

Di qui il rapporto di genere a specie tra la prima e la seconda parte del co. 1, n. 2) dell'art. 32.

Mentre la prima da sempre disciplina la rettifica dei redditi di qualsiasi contribuente, quale che sia la natura dell'attività dagli stessi svolta e dalla quale quei redditi provengono¹⁰, sulla base dei versamenti operati sui conti correnti che siano risultati privi di giustificazione¹¹, la seconda, invece, *ante* modifiche, restringeva l'operatività della rettifica ai soli redditi di impresa, quali generati da ricavi presunti "*da e nella misura*" dei prelevamenti non giustificati posti in essere dall'imprenditore.

Come era immaginabile, già in sede di prima applicazione, la questione della portata retroattiva o meno della modifica normativa è stata oggetto di un acceso dibattito in sede giurisprudenziale e, negli anni successivi, numerose e dagli esiti contrastanti sono state le sentenze che hanno esaminato il tema dell'operatività temporale dell'art. 32 modificato¹².

per ogni tipologia di rapporto, conteggiati su base annua; del numero totale annuo di accessi alle cassette di sicurezza; dell'ammontare annuo e del numero totale annuo di operazioni extraconto, ecc. (i dati da comunicare sono analiticamente indicati nella Tabella di cui all'Allegato 1 del citato provvedimento del 25 marzo 2013).

¹⁰ Dal tenore letterale della norma è da subito emerso il convincimento che si trattasse di una norma generale e che i dati raccolti potessero essere utilizzati per ogni tipo di accertamento e nei confronti di qualsiasi soggetto d'imposta.

¹¹ Così Cass. n. 19692/2011 (anche se in relazione alla versione dell'art. 32 *post* modifiche), e ciò in ragione del fatto che non può certo, in via generale e per qualsiasi contribuente, "*presumersi la produzione di un reddito da una spesa, e potendo, viceversa, una simile presunzione trovare giustificazione per imprenditori e lavoratori autonomi, per i quali le spese non giustificate possono ragionevolmente ritenersi costitutive di investimenti*".

¹² La questione si era posta negli stessi termini anche con riferimento alle modifiche apportate dalla L. n. 413/1991 alla disciplina del segreto bancario, la cui applicazione anche ad accertamenti relativi a periodi precedenti la sua entrata in vigore è stata unanimemente ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, a giudizio della quale i maggiori poteri istruttori acquisiti dagli uffici a seguito della modifica normativa non avevano operato alcun cambiamento sostanziale sulla posizione soggettiva del contribuente, i cui obblighi nei confronti del Fisco erano rimasti inalterati rispetto alle leggi in vigore al tempo di presentazione della dichiarazione (così Cass., n. 9946/2000; Cass., n. 14012/2000; Cass., n. 11778/2001, Cass., n. 518/2002; Cass., n. 10598/2002; Cass., n. 7344/2003). Anche la dottrina si era divisa tra chi sosteneva che la natura procedimentale delle norme in oggetto ne



Quanto alla giurisprudenza di merito, quest'ultima ha negato efficacia retroattiva alla modifica normativa facendo leva sugli effetti sostanziali che tale interpretazione produce. A giudizio delle Commissioni adite¹³, infatti, la previsione del novellato art. 32, pur collocandosi nell'ambito di un testo normativo (DPR n. 600/1973) che reca la disciplina procedurale del rapporto di imposta, esplica “*sicuri effetti sostanziali*” in quanto, trattandosi di modifica che interessa la ripartizione dell'onere della prova, pone in capo ai professionisti oneri di acquisizione e conservazione che fino all'entrata in vigore della norma non sussistevano.

In altri casi l'irretroattività è stata giustificata oltre che sulla base del dato letterale¹⁴, anche in ragione della differente natura dell'attività svolta, in quanto i compensi sono imponibili in capo al professionista “*solo e nella misura in cui si verificano gli incassi*” e ciò giustifica, ragionevolmente, l'attribuzione di rilevanza ai fini della presunzione di “compensi” ai soli “importi riscossi”, vale a dire ad operazioni che sono l'esatto contrario dei “prelevamenti”¹⁵.

Passando all'opinione espressa dalla giurisprudenza di legittimità, mentre in una decisione più risalente¹⁶ la Corte aveva ritenuto che, nella sua vecchia formulazione, l'art. 32, co. 1, n. 2, dovesse essere interpretato nel senso che la presunzione di imponibilità delle operazioni di prelevamento ivi contemplata avrebbe dovuto trovare applicazione unicamente nei confronti degli imprenditori, in tempi più recenti, è oramai insegnamento consolidato della Suprema Corte, quello secondo cui, la norma in questione (nella versione applicabile *ratione temporis*), e la presunzione in essa contenuta, seppur letteralmente riferibile ai soli “ricavi”, abbia portata generale e sia, quindi, da ritenersi applicabile anche al lavoro autonomo e non solo al reddito di impresa¹⁷.

3. L'applicazione retroattiva delle presunzioni bancarie come prassi consolidata dell'Amministrazione finanziaria che viola il diritto di difesa contenuto nell'art. 24 cost.

Nel silenzio della L. n. 311/2004, l'Agenzia delle Entrate ha da subito affermato¹⁸ che le modifiche introdotte con i commi 402, 403 e 404 della Finanziaria 2005 al disposto dell'art. 32, co. 1, n. 2) del DPR n. 600/1973 in quanto aventi ad oggetto la disciplina dei poteri istruttori e non le regole di determinazione e quantificazione

consentiva l'immediata applicazione sulla base dei principi generali che presiedono alla successione delle norme nel tempo, e chi, invece, pur rilevando il carattere procedimentale della modifica, evidenziava come la stessa fosse idonea a produrre effetti sostanziali, contraendo la capacità dei contribuenti di dimostrare l'irrilevanza reddituale delle movimentazioni bancarie e limitandone fortemente, di fatto, il diritto di difesa.

¹³ CTP Milano, 19 marzo 2008, n. 95; CTP Cagliari, 26 gennaio 2010, n. 32 e CTP Ragusa, 23 febbraio 2010, n. 31.

¹⁴ Il confronto tra i due testi normativi (*ante* e *post* L. n. 311/2004) conferma come il legislatore, con l'inserire la disgiunzione “o” tra le due voci (“*prelevamenti o importi riscossi*”), abbia inteso assumere i prelevamenti come fatto noto dell'inferenza presuntiva riferibile ai soli ricavi, mentre gli “*importi riscossi*” rappresentano il fatto noto a partire dal quale è possibile presumere l'esistenza di “compensi” (fatto ignoto).

¹⁵ Così CTP Modena, 18 gennaio 2012, n. 15; CTR Catania, 26 gennaio 2012, n. 15; CTR Latina, 10 ottobre 2012, n. 398; CTP Pescara, ord. n. 360 del 14 dicembre 2010.

¹⁶ Cass., 6 ottobre 1999, n. 11904.

¹⁷ Così, solo per citare le più recenti, Cass., n. 25984/2013; Cass., n. 21304/2013; Cass., n. 2868/2013; Cass., n. 14026/2012; Cass., n. 19692/2011; Cass., n. 14041/2011; Cass., n. 10577/2011; Cass., n. 10574/2011; Cass., n. 802/2011; Cass., n. 4560/2010; Cass., n. 23852/2009; Cass., n. 6618/2009; Cass., n. 11750/2008; Cass., n. 430/2008.

¹⁸ Circolare n. 10/E del 16 marzo 2005 e Circolare n. 32/E del 19 ottobre 2006.



del reddito, alle stesse andava attribuita natura procedimentale¹⁹, con la conseguenza che “*gli effetti dalle stesse prodotti si riflettono anche negli anni pregressi, con riguardo a tutti gli anni accertabili alla data di effettuazione del controllo*”.

A conforto delle proprie affermazioni la stessa Agenzia²⁰, oltre ad indicare la finalità di eliminare l'irragionevole e incostituzionale disparità di trattamento tra le due categorie di contribuenti “*in quanto non è da escludere che anche per rendere delle prestazioni sia necessario l'acquisto di beni e di servizi*”²¹, richiama anche la “*conforme e copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione in ordine alle modifiche introdotte nella materia delle indagini bancarie dall'art. 18 L. n. 413/91*”.

A ben vedere, tuttavia, tale interpretazione si fonda su due distinti orientamenti giurisprudenziali che mal si attagliano al caso di specie, non potendo le considerazioni espresse in quella sede essere richiamate per giustificare l'applicazione retroattiva ai professionisti della presunzione in esame.

Innanzitutto l'Agenzia richiama (implicitamente) l'opinione espressa dalla Suprema Corte in merito alla portata applicativa del divieto di retroattività contenuto nell'art. 3 della L. n. 212/2000, secondo cui il divieto ivi contenuto opererebbe “*limitatamente ai profili sostanziali del rapporto tributario ed agli obblighi, anche formali, dalla cui violazione possano conseguire effetti negativi per il contribuente*”²², mentre per le disposizioni di natura procedimentale dovrebbe valere l'opposto principio del *tempus regit actum*²³, in forza del quale dette disposizioni, in quanto incapaci di incidere su aspetti essenziali della fattispecie imponibile, possono trovare applicazione anche con riferimento a periodi di imposta precedenti la loro entrata in vigore.

Ma il richiamato convincimento giurisprudenziale non può essere invocato per giustificare l'applicazione retroattiva dell'art. 1, co. 402, L. n. 311/2004 non potendo a tale disposizione attribuirsi natura *meramente procedimentale*, avendo la norma da ultimo citata, come confermato da costante giurisprudenza²⁴, introdotto una

¹⁹ Le norme *sostanziali* sono quelle che disciplinano gli elementi costitutivi della fattispecie tributaria, mentre quelle procedimentali la fase attuativa del tributo, ossia il complesso ordinato di atti che porta all'accertamento o alla riscossione del tributo stesso.

²⁰ Cfr. Circolare n. 32/E del 19 ottobre 2006, punto n. 5.4.

²¹ Con la conseguenza – prosegue la Circolare – “*che i prelevamenti per i quali non si può (in quanto utilizzati per il pagamento di tangenti) o non si vuole (in quanto utilizzati per il pagamento di retribuzioni ‘fuori busta’ o per acquisti in nero) fornire l'indicazione del beneficiario sono da considerare costi in nero che hanno ragionevolmente generato compensi non contabilizzati*”. Quanto appena affermato non conduce – ad avviso dell'Agenzia delle Entrate – all'automatica trasformazione delle risultanze patrimoniali emerse in sede di indagini in reddito in capo al contribuente, dovendo escludersi la rilevanza fiscale dei prelievi che, “*avuto riguardo all'entità del relativo importo ed alle normali esigenze personali o familiari, possono essere ragionevolmente ricondotte nella gestione extraprofessionale*” (nello stesso senso anche la Circolare n. 28/E del 4 agosto 2006 a commento delle modifiche apportate all'art. 19 del DPR n. 600/1973 ad opera del D.L. n. 223/2006).

²² Cass., 27 agosto 2001, n. 11274.

²³ Per un'applicazione di tale principio, cfr. le decisioni in materia di redditemetro (Cass., n. 19403/2005; Cass., n. 14616/2003; Cass., n. 12731/2002) e quelle in materia di accertamenti di tipo parametrico (Cass., n. 12843/2005; Cass., n. 11607/2001).

²⁴ Per la riconducibilità delle presunzioni in esame nel novero delle presunzioni legali relative, nella giurisprudenza di legittimità *ex pluribus*: Cass., n. 21695/2010; Cass., n. 5051/2010; Cass., n. 25142/2009; Cass., n. 24933/2009; Cass., n. 3326/2009; Cass., n. 3300/2009; Cass., n. 2752/2009, ma la posizione è avallata anche da Corte cost., n. 225/2005.



presunzione legale relativa a favore dell'Amministrazione finanziaria, con la conseguenza di gravare il professionista dell'onere di fornire la prova dell'irrilevanza del prelevamento effettuato.

Come è noto, tuttavia, le norme che disciplinano non già l'assunzione, ma l'efficacia dei mezzi di prova ed, in particolare, quelle che incidono sulla distribuzione dell'onere probatorio tra le parti del rapporto, non possono essere relegate tra le norme meramente procedurali, poiché, essendo in grado di influenzare il contenuto stesso della decisione del giudice, ripercuotono necessariamente i loro effetti anche sul piano sostanziale.

Si può, quindi, sostenere che la tipologia delle norme sulle prove costituisce un *tertium genus* che si aggiunge a quelle sostanziali e procedimentali, in quanto dalla loro applicazione discende l'esito del giudizio e, quindi, anche la regolamentazione del rapporto.

Anche la disposizione in esame, che assume i prelevamenti come compensi, può annoverarsi all'interno di questa peculiare categoria di norme (c.d. norme para-sostanziali o norme di garanzia), e ciò in ragione del fatto che, sebbene sia inserita nell'ambito di una disciplina a carattere procedimentale²⁵, la sua applicazione determina innegabili effetti anche sul piano sostanziale, in quanto, ove il professionista non sia in grado di fornire la prova contraria, i prelevamenti dallo stesso non giustificati sono automaticamente recuperati a tassazione come compensi non dichiarati.

Tuttavia la ragione essenziale per la quale deve negarsi efficacia retroattiva alle innovazioni normative che modificano l'efficacia dei mezzi probatori o alterano la ripartizione del relativo onere tra le parti del rapporto di imposta (come accade in generale in tutti i casi in cui vengono introdotte nuove presunzioni legali relative) risiede nella garanzia apprestata dall'art. 24 cost.

Se, infatti, come è oramai acquisito, l'art. 24 cost., nel garantire il diritto di difesa, assicura anche “*un diritto alla prova o un diritto di difendersi provando*”²⁶ quale suo indispensabile corollario, alle disposizioni che introducono nuovi oneri probatori a carico del contribuente o limitazioni all'utilizzo delle prove stesse non esistenti, né previsti prima che queste ultime entrassero in vigore, alle stesse non può applicarsi la regola del *tempus regit actum*, in quanto ciò costringerebbe il contribuente ad addurre prove che lo stesso non era tenuto a preconstituire al momento del perfezionamento della fattispecie oggetto di accertamento (d'altra parte ancora oggi sui professionisti non grava alcun obbligo di registrare i prelevamenti nelle scritture), prove di sicuro difficile reperimento se richieste a distanza di anni dal loro sostenimento.

In secondo luogo, poi, la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 18 della L. n. 413/1991²⁷ non può essere richiamata – come fa invece l'Amministrazione²⁸ – a fondamento della retroattività della norma in esame, dato il diverso contenuto delle modifiche apportate al sistema delle indagini finanziarie dal citato art. 18 e dal successivo art. 1, co. 402, della Finanziaria 2005.

L'art. 18, infatti, abrogando l'art. 35 del DPR n. 600/1973, ha portato ad un ampliamento delle ipotesi in cui gli uffici potevano ricorrere allo strumento delle indagini bancarie, lasciando però inalterate sia le categorie dei soggetti accertabili che gli oneri probatori sugli stessi gravanti.

²⁵ Il DPR n. 600/1973 detta, infatti, disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi.

²⁶ L'espressione è di Vassalli G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1968, 3 e ss.

²⁷ Citata alla precedente nota n. 13.

²⁸ Circolare Agenzia Entrate n. 32/E del 19 ottobre 2006.



L'art. 1, co. 402, della Finanziaria 2005, al contrario, ha modificato ed ampliato le categorie dei soggetti nei confronti dei quali gli uffici possono utilizzare tale metodologia di indagine, introducendo altresì in capo ai professionisti un nuovo onere probatorio in precedenza non previsto da alcuna norma di legge²⁹.

4. Applicazione retroattiva della norma presuntiva e violazione del principio di effettività della capacità contributiva

Ma per dimostrare una volta per tutte l'illegittimità dell'applicazione retroattiva di una norma quale quella in esame che, ancorché formalmente procedurale, deve essere considerata sostanziale nella misura in cui implica una valutazione retrospettiva del presupposto e che è, altresì, in grado di incidere su aspetti essenziali della fattispecie imponibile, non basta limitarsi a richiedere da parte del legislatore il rispetto del solo requisito dell'attualità³⁰ ma anche di quello di effettività della capacità contributiva manifestata dal presupposto.

Infatti, ciò che rileva nello studio delle diverse criticità create dall'applicazione retroattiva di una disposizione quale quella in esame rispetto al principio di cui all'art. 53 cost. è la combinazione tra la natura presuntiva della norma (con conseguente inversione dell'onere della prova a carico del contribuente) e le preclusioni difensive che l'applicazione retroattiva di quest'ultima importa a carico del contribuente, consistenti, come già anticipato, nella comprensibile difficoltà di addurre prove che lo stesso non era tenuto a preconstituire al momento del perfezionamento della fattispecie oggetto di accertamento, per la già segnalata imprevedibilità della presunzione successivamente introdotta.

Si ha, infatti, lesione del requisito dell'effettività dell'idoneità soggettiva alla contribuzione non soltanto quando il contribuente viene sottoposto ad imposizione in ragione di una capacità contributiva media e/o di una situazione solo astrattamente e non analiticamente ricostruibile³¹, ma anche quando la disciplina introdotta importa una valutazione retrospettiva e presuntiva del presupposto del tributo e/o della base imponibile senza garantire al contribuente la possibilità di avviare un costruttivo confronto con l'Amministrazione finanziaria e di produrre le prove contrarie a proprio favore³².

²⁹ Sui professionisti, così come sulle imprese minori di cui all'art. 66 del TUIR, a tutt'oggi non grava nessun obbligo di registrare né i prelevamenti nelle scritture, né di acquisire e conservare la documentazione dei prelevamenti effettuati per far fronte alle spese di carattere personale.

³⁰ La Corte costituzionale ha da sempre affrontato il problema dell'illegittimità delle norme tributarie retroattive (per lo più escludendolo) con riferimento al solo requisito dell'attualità della capacità contributiva (n. 44/1966; n. 75/1969; n. 143/1982; n. 314/1994; n. 14/1995; n. 7/1999), imponendo che il presupposto del tributo non fosse fatto risalire dalla legge talmente indietro nel tempo da spezzare il nesso temporale che deve necessariamente sussistere tra imposizione e capacità contributiva, nesso che assicura che gli effetti economici del fatto fiscalmente rilevante (presupposto) siano potuti permanere nella sfera patrimoniale del soggetto colpito al momento dell'adempimento del debito tributario.

³¹ La Corte ha riconosciuto la legittimità dell'utilizzo di presunzioni, forfaitizzazioni e parametrizzazioni ai fini dell'individuazione del presupposto di fatto e/o della base imponibile, ribadendo, tuttavia, come, al fine di evitare situazioni di imposizione su base fittizia, il legislatore tributario debba, in ogni caso, ricorrere a meccanismi non irragionevoli ed incentrati su indici concretamente rivelatori di ricchezza. In tal senso Corte cost., n. 200/1976; n. 334/1987; n. 586/1987; n. 982/1988; n. 22/1992.

³² La Corte ha da sempre affermato che le esigenze erariali non possono elidere il diritto del contribuente alla prova dell'effettività del proprio reddito (così Corte cost., n. 200/1976 in merito alla presunzione di riproduzione del reddito nei periodi di imposta consecutivi; n. 42/1980 relativa all'ILOR sui redditi di lavoro autonomo; n. 431/1987 in materia di contributi al S.S.N.



In generale, quindi, tutte le volte in cui vengono introdotte nell'ordinamento presunzioni legali che impongono nuovi oneri probatori a carico del contribuente o limitazioni all'utilizzo delle prove stesse non esistenti, né previsti prima che queste ultime entrassero in vigore³³, o, più in generale, che pongano il contribuente nell'impossibilità³⁴ o anche solo nella difficoltà di fatto di produrre prove contrarie, la potenzialità economica effettiva espressa dal fatto indice di capacità contributiva cui deve ricollegarsi la partecipazione di ogni contribuente alle spese pubbliche viene irrimediabilmente lesa, così come viene parimenti lesa l'interesse dello Stato all'attuazione di forme di prelievo perequate e rispondenti all'effettiva idoneità soggettiva dei consociati a sottoporsi al concorso³⁵.

5. Conclusioni

Nonostante la spiccata ritrosia mostrata sino ad oggi dalla Corte costituzionale nel censurare la retroattività delle modifiche apportate all'art. 32 dalla L. n. 311/2004, le considerazioni sin qui svolte ci portano a concludere per l'illegittimità costituzionale – con riferimento, in particolare, al principio di capacità contributiva nella sua duplice valenza di attualità ed effettività – di una prassi che ricorra all'applicazione retroattiva di una presunzione così gravemente limitativa della prova contraria, prassi sistematicamente seguita dall'Amministrazione finanziaria e pacificamente ammessa dalla giurisprudenza tributaria ma istintivamente percepita da tutti come fortemente ingiusta e lesiva dello stesso interesse generale alla corretta attuazione del riparto dei carichi pubblici tra i consociati.

Sotto un profilo più in generale, va inoltre sottolineato che, anche nella sua applicazione a regime, la presunzione secondo cui i prelevamenti e gli importi riscossi nell'ambito dei rapporti intrattenuti con gli intermediari finanziari sono recuperati a tassazione se non sono stati annotati nelle scritture contabili e il

in cui era imposta una contribuzione minima senza la possibilità di prova contraria del minor reddito effettivo; n. 22/1992 riguardante l'accertamento induttivo delle imprese minori).

³³ Come è noto, la Corte fonda il giudizio di attualità dell'indice di capacità contributiva ricorrendo, oltre che al parametro temporale, anche al criterio della prevedibilità del tributo retroattivo (n. 315/1994 e n. 416/1999). La norma retroattiva, pertanto, per sfuggire al giudizio di incostituzionalità deve essere a giudizio della Corte prevedibile, poiché “l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica è un elemento essenziale nello Stato di diritto” (n. 416/1999). Nella giurisprudenza della Corte è consolidato il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto che non può essere lesa da disposizioni retroattive “che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali regolamentate da leggi anteriori” (Corte cost., n. 236/2009).

³⁴ Per essere legittime le presunzioni legali relative devono rispondere ai canoni di logicità e ragionevolezza e devono, altresì, essere suscettibili di prova contraria e non essere agganciate ad una prova “diabolica” (n. 200/1976 e n. 103/1991; n. 41/1999).

³⁵ Le limitazioni alla prova contraria previste nell'art. 32, co. 1, n. 2) del DPR n. 600/73 sono state in passato giustificate da una parte della dottrina con l'attribuire carattere sanzionatorio alla disposizione (c.d. *sanzioni improprie*), considerata quale norma “anti omertà” in quanto volta a sollecitare la collaborazione del contribuente in ordine all'individuazione di altri soggetti coinvolti nell'evasione in cui lo stesso era parte. Tale ricostruzione poteva apprezzarsi nel contesto storico in cui fu elaborata, cioè nella vigenza dell'art. 35 del DPR n. 600/73, ai sensi del quale le indagini finanziarie costituivano uno strumento *extra ordinem* di acquisizione dei dati rilevanti ai fini dell'accertamento, in quanto limitato alla previa dimostrazione di conclamati fenomeni di evasione.



contribuente non sia in grado di indicarne il beneficiario si manifesta poco ragionevole, in particolar modo se riferita ai titolari di reddito di lavoro autonomo.

Per questi ultimi soggetti, infatti, l'eventuale erogazione "in nero" di servizi può essere effettuata indipendentemente dal prelevamento di somme "in nero", non essendo necessario a tal fine, nella generalità dei casi, sostenere costi in misura corrispondente.

D'altra parte, occorre anche ricordare che presunzioni siffatte, introdotte al tempo in cui i poteri di accesso dell'Amministrazione finanziaria ai dati bancari erano fortemente limitati e comunque subordinati ad autorizzazioni di soggetti terzi (giurisdizionali e amministrativi), risultano quanto meno anacronistiche nell'attuale contesto normativo in cui, essendo stato implementato – nell'ambito dell'Anagrafe tributaria – un "ponderoso" Archivio dei rapporti finanziari, è ragionevole ritenere che movimentazioni "in nero" non siano veicolate tramite conti o rapporti il cui contenuto è già da tempo a disposizione dell'Amministrazione finanziaria.