

Efficienza ed equità dei sistemi fiscali europei, tra “manovre correttive” e diritti fondamentali (i casi Ungheria e Belgio e l’*abuso del diritto*).

di Alberto Marcheselli

1. Premessa. 2. Fisco e prosperità economica: un falso mito. 3. Principio di solidarietà e obblighi di collaborazione con il Fisco. 4. Il segreto bancario e la Convenzione di Strasburgo. 5. Manovre finanziarie correttive e diritti fondamentali: il “caso Ungheria” e le contraddizioni della Cedu. 6. Dati bancari e privacy. 7. La giurisprudenza della Cedu e il problema della insufficiente qualità legislativa. 8. Abuso del diritto vs. certezza del diritto: una contrapposizione pericolosa. 9. Indagini fiscali e diritto al silenzio: un problema aperto.

1. Premessa. Due recenti sentenze della Corte Costituzionale belga (reperibili [qui](#) e [qui](#)) e la sentenza Cedu 14 maggio 2013, N.K.M. vs Ungheria), sulla legittimità dei poteri fiscali di indagine e sui limiti massimi della tassazione e la sua applicazione retroattiva nelle manovre correttive di budget, sono molto interessanti, sia nella prospettiva internazionale, sia per le possibili ricadute sulla riflessione interna sulla giustizia della fiscalità e finanza pubblica.

Esse sono un evidente “rimbalzo” delle rinnovata politica di attenzione alla efficace riscossione dei tributi che sta attraversando, sostanzialmente, tutto il mondo occidentale e consentono di formulare una serie di riflessioni su profili che, in tempi di prosperità economica, sono sempre rimasti lontani dall’indagine, ma che, in tempi di crisi e contrazione delle risorse, si avviano a diventare centrali temi del dibattito politico e giuridico.

Fino a qualche anno fa parlare di **fiscalità e diritti fondamentali** sarebbe apparso, infatti, un approccio elitario, se non bizzarro.

Al momento, invece, si tratta di argomenti “caldi” e non è un caso che in interventi ufficiali sui lavori della Corte Edu non sia mancato qualche riferimento alla necessità di buttare un occhio proprio sul settore della Fiscalità nel periodo della crisi economica.

In una duplice direzione: l’efficacia del sistema tributario garantisce allo Stato i mezzi per lo svolgimento dei servizi essenziali e l’adempimento dei doveri di solidarietà, che sono il presupposto per il [concreto riconoscimento dei diritti fondamentali](#). Ma non va dimenticato che, a contraltare, gli Stati che non hanno saputo governare efficacemente il sistema finanziario e tributario, perdendone il controllo per effetto di scelte politiche rivelatasi errate (o coatte), se non frutto di colpevole disattenzione o compiacenza, corrono, in periodi di ristrettezze, il pericolo di non saper procedere equamente, **ledendo i diritti fondamentali anche nelle manovre correttive** (come emerge in modo evidentissimo nella sentenza della Cedu sulla manovra correttiva Ungherese).

Il pericolo di una spirale: malgoverno -> insipienza tecnica -> incapacità attuare meccanismi e correttivi equi -> aggravamento delle disuguaglianze -> lesione dei diritti fondamentali, è serio e concreto.

2. Fisco e prosperità economica: un falso mito.

Le due sentenze belghe ritengono, a mio avviso del tutto giustamente, infondati i timori dei contribuenti e delle associazioni ricorrenti (e, in parte, strumentali le relative difese),

ma pongono una serie di questioni molto interessanti: esse, se ben comprese, possono servire a sdrammatizzare le tensioni che continuano ad agitare la fiscalità e la finanza pubblica (e verosimilmente sempre più le agiteranno) e contengono indicazioni sulla via da seguire per un Fisco che sia contemporaneamente severo ed efficiente, ma giusto e serio.

Intanto, su un piano pregiuridico, esse affrontano due questioni meritevoli di attenzione. La prima è quella introdotta dalla icastica tesi difensiva che contestava che, se la finalità del sistema fiscale è, come talora si sostiene, la *prosperità economica dello Stato*, non è affatto detto che regole di trasparenza siano congrue allo scopo.

Con argomentazione sul filo della provocatorietà, ma nello stesso tempo anche *thought provoking*, si osservava che, se il valore fosse semplicemente attrarre e incentivare la produzione di ricchezza, è più facile che tale effetto, se non altro per gli investitori esteri, lo producano regole che... scoraggino la trasparenza più che non il contrario.

L'argomentazione suona cinica, ma è piuttosto esatta, in termini empirici, e, soprattutto, preziosa in termini assiologici.

È vero che Stati più o meno "canaglia" possono arricchirsi attraendo capitali (illeciti e non) proprio attraverso l'*offerta di opacità*. Ed è soprattutto vero che, se un fantasma si aggira per l'Europa (e non solo), esso è oggi quello della "*monetarizzazione ossessiva*".

Si stanno perdendo di vista tutti i valori non misurabili in termini economici e quella difesa, nella sua brutalità, ha il pregio di mettere il dito nella piaga e dire che "*Il Re è nudo*". La giustificazione dei tributi non è il benessere economico dello Stato (men che meno di uno Stato che solo una visione distorta potrebbe contrapporre alla sua Comunità), ma l'attuazione dei servizi essenziali attraverso l'adempimento dei *giusti doveri di solidarietà*. Lo scopo della Finanza Pubblica non è *arricchire* o *incassare* (altrimenti qualsiasi mezzo sarebbe lecito), ma procacciare i mezzi dei servizi pubblici, facendoli pagare il giusto a tutti, secondo i parametri del giusto sacrificio e la correlazione al beneficio.

Il tributo non è distruzione di ricchezza ma è uno strumento di benessere ANCHE economico, da attuarsi secondo GIUSTIZIA, sia nel prelievo che nella distribuzione, entrambi rigorosi, efficaci e proporzionati. Concetti un tempo banali che nella attuale temperie rischiano di suonare quasi rivoluzionari.

3. Principio di solidarietà e obblighi di collaborazione con il Fisco.

La seconda questione di ordine generale da sottolineare è che la Corte belga conferma che imporre al sistema bancario e finanziario di collaborare all'accertamento dei tributi, "lavorando per il Fisco" (così come, per i datori di lavoro e i sostituti di imposta in genere, collaborare effettuando le ritenute sui compensi e versandole allo Stato), ben lungi da contrastare con il divieto di lavoro forzato o coattivo (come invece assai immaginosamente sostenuto dalle difese), sono anche essi, se ragionevolmente disciplinati, adempimento del dovere di solidarietà.

L'obbligo di solidarietà che incombe a chi appartiene a una collettività non si esaurisce, infatti, nella prestazione di *pagare il tributo* proprio, ma può avere anche una portata più estesa.

La chiave è sempre quella della *proporzione*: si deve trattare di obblighi ragionevoli.

Imporre, ad esempio, a chiunque versi un compenso ad altri di farsi garante e guardiano della *compliance* fiscale altrui, indipendentemente dal contesto, sarebbe inaccettabile, e la Corte di Giustizia Ue lo ha spesso ribadito. Ciò implicherebbe, per portare l'argomento all'estremo paradossale *exempli causa*, che ciascun cittadino facesse la spesa al mercato con il commercialista al seguito, in modo da poter verificare il corretto adempimento degli obblighi fiscali altrui, ovvero di calcolare e versare le ritenute in acconto delle imposte di questi.

Si tratterebbe di oneri sproporzionati e vessatori, se imposti in generale. Al contrario, che strutture professionali organizzate (banche, aziende, ecc.) prestino la loro collaborazione, adeguatamente riconosciuta, è doveroso.

4. Il segreto bancario e la Convenzione di Strasburgo.

Nel merito giuridico poi, le sentenze belghe riguardano essenzialmente il segreto bancario e sono sollecitate in riferimento a una serie di questioni e, in particolare: a) se la **riservatezza sui dati bancari** rientri nel più ampio spettro della **tutela della vita privata**; b) se e in quale misura la riservatezza della vita privata debba cedere rispetto agli **interessi finanziari dello Stato**; c) se e in che misura il contribuente possa opporre alle indagini il suo **diritto al silenzio**.

Preliminare a questi interrogativi si pone poi la questione se il contribuente possa trarre principi per la sua tutela, oltre che dalle norme, anche costituzionali, interne, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e dalla giurisprudenza della relativa Corte di Strasburgo.

Su quest'ultimo punto, la Corte belga è assolutamente netta: anche le indagini fiscali debbono rispettare i limiti e principi della Carta di Strasburgo.

È utile sottolineare questa affermazione, che corrisponde a una curiosa, a nostro avviso, asimmetria della giurisprudenza della CEDU.

Essa, da un lato, assume pacificamente che anche potere fiscale dello Stato possa essere vincolato al rispetto di limiti corrispondenti ai diritti fondamentali dell'Uomo, quali sul piano sostanziale il nucleo essenziale della proprietà: tributi eccessivi possono avere una natura confiscatoria, confliggente con il Primo Protocollo annesso alla Convenzione Edu. Tale protocollo riconosce la supremazia dell'interesse fiscale sul diritto di proprietà, ma viene ritenuto, pacificamente dalla Cedu, non tale da prevedere una supremazia senza limiti, che oltrepassi il canone della *proporzionalità*.

5. Manovre finanziarie correttive e diritti fondamentali: il “caso Ungheria” e le contraddizioni della Cedu.

Tale orientamento ha avuto una conferma di rilevante importanza nella terza sentenza considerata (Cedu, 14 maggio 2013, 66529/11, N.K.M. vs Ungheria).

Essa concerne il caso in cui uno Stato, per asserite ragioni di *moralizzazione* (che osterebbero a retribuzioni eccessive dei pubblici dipendenti) e per ragioni di **aggiustamento del bilancio**, aveva introdotto l'aliquota marginale del 98% (e quella media del 52%) sulle buonuscite spettanti alla cessazione del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati, comprese quelle già maturate.

La Corte di Strasburgo, pur ribadendo che gli Stati sono titolari di ampia autonomia nella politica fiscale e che le manovre correttive di *budget* e anche la sobrietà dei pubblici

impiegati possono essere obiettivi di pubblico interesse, ritiene comunque lesivo dei diritti fondamentali (in particolare la legittima aspettativa al godimento della buonuscita) un prelievo tributario così elevato e, contemporaneamente applicato sulle rendite già maturate. Viene leso in modo sproporzionato il diritto patrimoniale, creata una situazione di difficoltà esistenziale e rotto il patto di fiducia, oltre che tra Stato cittadino, tra funzionario e amministrazione.

Per altro verso, è pacifico che l'interesse fiscale non può sacrificare in modo sproporzionato anche interessi del contribuente diversi da quello patrimoniale: le sentenze belghe sopra citate riconoscono che le indagini fiscali possono impattare in modo che va attentamente scrutinato sul valore, tutelato della riservatezza.

La stessa CEDU, invece (e qui potrebbe forse annidarsi una contraddizione), ha finora negato che al processo tributario si applichi la clausola del giusto processo di cui all'art. 6 della Carta: considerando il rapporto tributario espressione di "sovranità". In effetti, forse, questa ultima giurisprudenza potrebbe avviarsi a una parziale rimediazione: se, sia pure in casi eccezionali, il potere fiscale può ledere i diritti fondamentali dell'uomo e, quindi, essere censurato il suo esercizio, non sembra (più) giustificato ritenere che i giudizi interni che devono assicurare tutela (anche) di quei diritti fondamentali non siano vincolati al principio del giusto processo (come invece affermò la CEDU nel caso Ferrazzini). Il carattere illimitato e sovrano della potestà tributaria non sembra poter più giustificare la deroga all'art. 6 della Carta.

6. Dati bancari e privacy.

Quanto agli altri profili, le sentenze belghe osservano, innanzitutto, che, dai dati bancari, specie alla luce della attuale diffusione di forme di pagamento tracciabili, risultano sicuramente informazioni estremamente penetranti sulla vita privata del contribuente e, quindi, perforare il segreto bancario significa entrare nella sfera privata.

Ciò tuttavia, è consentito se: a) è **legale**: avvenga in base a disposizioni di legge che consentano di evitare l'arbitrio incontrollato; b) è **proporzionato**: avvenga in situazioni e con modalità che possano ritenersi *ragionevoli*.

Anche questa parte delle decisioni è molto interessante, anche nella prospettiva italiana: è evidente che le questioni sottese sono esattamente le medesime che si stanno agitando in Italia, per esempio, rispetto alla legittimità del c.d. **nuovo redditometro**, e proprio in rapporto al diritto alla vita privata. Ma identiche considerazioni potrebbero estendersi alla **trasmissione automatica all'Anagrafe tributaria di tutti i dati di tutti i conti correnti**, ecc.

Le sentenze belghe valorizzano, per ritenere legittimo il sistema, le seguenti circostanze:

- 1) l'ingresso nella sfera privata è agganciato a presupposti individuabili stabiliti dalla legge: la sussistenza di indizi di frode fiscale o comunque un tenore di vita che faccia ragionevolmente sospettare evasione fiscale.
- 2) Tali indizi trovano una ampia, anche se non esclusiva, esemplificazione nei lavori preparatori della legge;
- 3) Il contribuente, salvo il motivato e individuato pericolo di insolvenza fraudolenta, deve essere preventivamente sentito con una richiesta motivata;
- 4) Il contribuente ha diritto di rivolgersi immediatamente a un giudice che verifichi la fondatezza degli indizi che devono giustificare l'indagine;

5) Sugli atti acquisiti deve essere mantenuto il segreto.

In presenza di tali circostanze, la deroga alla riservatezza è legittima.

E' interessante osservare che, spostandosi nella prospettiva italiana, devono rilevarsi almeno due differenze. La prima è che né l'indagine bancaria né la raccolta sui dati della spesa sono in Italia ricollegati a indizi di frode o evasione desunta *aliunde* (ma possono essere fonti di innesco dei controlli). La seconda è che è fortemente discusso che esista la possibilità di agire in via urgente e in via inibitoria per per la tutela dei diritti del contribuente nella istruttoria. In effetti la giurisprudenza della CEDU lo ammette (caso Ravon), ma il riconoscimento di tale possibilità è stato finora isolato (la nota ordinanza del Tribunale di Napoli, Sez. di Pozzuoli, in tema di redditometro).

7. La giurisprudenza della Cedu e il problema della insufficiente qualità legislativa.

Non solo, dai lavori preparatori della legge belga si desume una casistica molto analitica e concreta dei possibili presupposti delle indagini fiscali, assente in Italia, ove **il processo di produzione legislativa mostra un analfabetismo tecnico di ritorno sconcertante** e i lavori preparatori sono troppo spesso raccolte di rivendicazioni ideologiche o istanze burocratiche nettamente sganciate dalla realtà.

Sul punto non può trascurarsi di rilevare come la situazione italiana appaia, sul punto della tecnica legislativa, molto lontana dagli standard richiesti dalla giurisprudenza Edu.

Deve rammentarsi infatti che si riconosce quale limite al potere impositivo degli Stati il rispetto del principio della **predeterminazione normativa degli obblighi**, espressamente sancito dall'art. 1 del Protocollo, laddove si fa riferimento alla "legge" quale fonte delle limitazioni al diritto di proprietà¹. La Corte reputa, in proposito, anche sindacabile la **qualità della legge in termini di chiarezza**, ritenendo violata la garanzia in presenza di norme tra loro contrastanti (o di una norma dal significato ambiguo), pur interpretata nei singoli atti applicativi in modo non implausibile dalla Amministrazione fiscale²: il contribuente sarebbe in tali casi esposto all'arbitrio della Amministrazione, con

¹ Intendiamo con tale espressione il requisito, richiesto dalla Corte, e corrispondente alla necessaria previsione dell'obbligo, dei suoi presupposti e della sua portata, in fonti preesistenti alla attuazione della pretesa e rese conoscibili attraverso pubblicazione. Tale garanzia è nota anche quale *riserva di legge sostanziale*, per distinguerla dalla riserva di legge formale, per il fatto che è soddisfatta da norme giuridiche cogenti di qualsiasi tipo, di fonte parlamentare, giurisprudenziale (negli ordinamenti retti dal *case law*) e, financo, regolamentare, a condizione che siano debitamente pubblicate e *preventivamente conoscibili* (cfr. per tutte Corte Cedu, 9 novembre 1999, *Spacek c. Repubblica Ceca*, §§ 54-59 (con riguardo ai principi contabili); Id., 21 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*, § 67). Sul concetto «autonomo» di "legge" ai fini della Convenzione si veda Consiglio di Europa, *The right to property under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2007, 12, ss.

Non direttamente costituente limite della potestà tributaria, ma, comunque, connesso con il suo esercizio è, invece, il *diritto di libera manifestazione del pensiero e di critica* che, talora, è stato esercitato (e contestato) con riferimento alla condotta della Amministrazione fiscale, in procedimento finiti alla attenzione della Corte. Così, Corte Cedu, 6 luglio 2010, *Mariapori c. Finlandia*, in cui la consulente di un contribuente, sentita come testimone in un processo penale per frode fiscale, aveva affermato che i verificatori avevano dolosamente effettuato un accertamento infondato e ripetuto l'accusa in un libro. Condannata per diffamazione, vedeva riconosciuta dalla Corte la violazione del diritto di libertà di espressione *ex art. 10* Convenzione. Ciò, a condizione che l'espressione critica si mantenga nei limiti del corretto esercizio del diritto di critica, come ribadito nella sentenza 18 febbraio 2010, *Taffin & Contribuables Associés c. Francia*, ove, tuttavia, tali limiti venivano ritenuti superati.

² Corte Cedu 14 ottobre 2010, *Shchokin c. Ucraina*, § 56.

ciò integrandosi una violazione della riserva di legge, ancorché intesa in senso sostanziale. Legge è, infatti, insegna la Corte, quella fonte idonea a dare, indipendentemente dai requisiti formali, garanzie di precisione, stabilità e prevedibilità delle conseguenze delle condotte e dell'assetto di diritti e obblighi³. Ne consegue, anche, la violazione della garanzia in presenza di interpretazioni amministrative o giurisprudenziali *imprevedibili* in base al tenore delle norme (o della giurisprudenza) preesistenti⁴.

8. Abuso del diritto vs. certezza del diritto: una contrapposizione pericolosa.

Molti sono i profili di possibile frizione della situazione normativa interna italiana con tali standard. Si pensi, per esempio, al tema dell'**abuso del diritto**, lasciato a una determinazione ex post della Amministrazione finanziaria non adeguatamente frenata dalla giurisprudenza.

Affermiamo qui a chiare lettere di non condividere il valore che la Amministrazione attribuisce all'art. 53 Cost. In effetti, nella costruzione che contestiamo, esso diviene fonte diretta di obblighi tributari, mentre esso non appare suscettibile di applicazione diretta ma necessitante una legge che preveda in concreto gli obblighi: lo impone l'art. 23 Cost. Altrimenti, è l'argomento sottostante, è violato il principio della riserva di legge e risulta **del tutto imprevedibile**, potendo risultare solo da contestazioni successive, quali siano gli obblighi cui il soggetto è costretto, con buona pace del **principio della certezza del diritto** (che impone anche che **l'operatore economico conosca prima di agire quali sono le conseguenze tributarie delle sue scelte**).

E' noto come queste argomentazioni non siano valorizzate appieno dalla Corte di Cassazione.

In realtà all'abuso del diritto e al suo contrasto si può trovare un fondamento compatibile con quanto detto sopra, ma **l'abuso non può avere le caratteristiche e la portata che la prassi amministrativa, tra l'altro in radicale contrasto con la giurisprudenza europea, gli assegna.**

Intanto va rilevato che, se l'art. 53 Cost. può essere direttamente fonte di obblighi, esso dovrebbe essere anche direttamente fonte di diritti (o di obblighi del Fisco). Se, con il fondamento della applicazione diretta dell'art. 53 Cost., si può combattere l'abuso del diritto, senza che la legge lo preveda, si dovrebbero poter correggere anche tutti gli accertamenti eccessivi, che errano per eccesso o applichino leggi che prevedano tributi ingiusti o eccessivi, o in casi non conformi alla ratio della legge. Se l'abuso del diritto è rilevabile d'ufficio, dovrebbero essere rilevabili d'ufficio (anche in Cassazione!) tutti gli errori dell'Agenzia delle Entrate.

Altrimenti è violato l'art. 3 Cost. e **il giudice che potesse solo aumentare le imposte e mai ridurle sarebbe un giudice contrario all'art. 111 Cost.**

Argomento che una giurisprudenza stranamente miope non valorizza.

³ Corte Cedu, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito. In materia, Zagrebelsky, *Ambito di intervento in materia tributaria*, in AA.VV., *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, Padova, 2007, 325 ss.

⁴ Corte Cedu, 8 marzo 2012, Oao Neftyanaka, Kompaniya Yukos c. Russia (ricorso n. 14902/04), § 559 ss.

L'art. 53 Cost. impone il tributo giusto, non il tributo massimo o solo il tributo in aumento: se l'art. 53 può consentire ad Agenzia e Giudice di disconoscere, tramite l'abuso, il risparmio ingiusto, deve obbligare anche a disapplicare direttamente il tributo eccessivo ingiusto. Altrimenti la violazione dei principi fondamentali è marchiana.

La realtà giuridica dice altro: che nel campo tributario combattono due valori: la certezza del diritto (che la Corte di Giustizia definisce presupposto primo dello Stato di Diritto) e l'uguaglianza e la giustizia della imposizione.

Si tratta di trovare un punto di equilibrio, che la giurisprudenza comunitaria consolidata ravvisa, saggiamente, nel punto che segue. Si può sacrificare la certezza quando ricorrono due condizioni: **la prima è che il contribuente abusa**: cioè pretende di ottenere un vantaggio che è *legale*, cioè previsto dalla legge, ma in un modo che, pur legale, frustra gli obiettivi della legge che lo prevede (in un caso che, se fosse stato previsto dal legislatore sarebbe stato escluso). Ma questo non basta ancora per disconoscere l'operazione: **se uno agisce conformemente alla legge e per una valida ragione economica**, il fatto che il risultato sia contrario agli obiettivi che il legislatore aveva in mente **non consente di travolgere l'operazione** e l'operazione è inattaccabile.

Chi agisce per obiettivi economicamente rilevanti ha diritto a fidarsi e fondarsi sulla legge, anche per risultati contrari agli obiettivi del legislatore. E' necessaria la seconda condizione: che si agisca senza valide ragioni economiche: chi agisce secondo la legge, ma contro il suo spirito, e lo fa **solo per risparmiare tributi**, è meno meritevole: non ha diritto di farsi scudo della legge stessa. La legalità è sempre tutelata, salvo che si agisca solo per risparmiare il tributo.

Se questi devono ritenersi i presupposti di legittimità condizionanti la proporzionalità dei poteri del Fisco (e il punto è dubbio), la situazione italiana, si presenta potenzialmente critica. Il punto è, pertanto, tutto da approfondire.

9. Indagini fiscali e diritto al silenzio: un problema aperto.

Non viene, invece e infine, sviluppato un ulteriore profilo: quello se il contribuente possa opporre alla indagine tributaria il suo diritto di tacere. Ciò per il fatto che i dati di cui si discute vengono, in effetti, richiesti alla banca (e non al contribuente), cui l'interessato li ha conferiti senza costrizione.

Per quanto non rilevante nella fattispecie il problema è, invece, grave e serio: secondo la giurisprudenza Cedu è da ritenersi illegittima ogni norma che faccia conseguire delle sanzioni alla condotta di chi ometta di collaborare con l'Autorità, quando la sua collaborazione contribuirebbe alla propria incriminazione. Non mancano, in effetti, norme (ad esempio quelle sulle conseguenze della omessa o mendace risposta ai questionari o adempimento alle richieste di trasmissione di atti e documenti), che appaiono in possibile contrasto con tali principi, e che verosimilmente torneranno alla attenzione dei giudici, interni ed europei.

La tutela dei diritti fondamentali deve essere la stella polare decisiva per orientare un percorso che, altrimenti, rischia di far detonare tensioni sociali gravissime.