



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

(1)IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO NEGLI ACCERTAMENTI TRIBUTARI FONDATI SU DATI BANCARI*

di Valeria Garattini (*)

ABSTRACT

This work aims to analyse the question whether or not taxpayers have the right to a prior hearing during financial and banking investigations.

While Italian Courts observe that national legislation does not even provide for taxpayers to be heard before fiscal inspection is ended, Italian legal doctrine and European Court of Justice reaffirm the principle of participation in fiscal procedure, unless provided by law.

The rights of the defence is a general principle of Community law which applies where the authorities are minded to adopt a measure which will adversely affect an individual. In accordance with that principle, the addressees of decisions which significantly affect their interests must be placed in a position in which they can effectively make known their views as regards the information on which the authorities intend to base their decision.

Il lavoro si prefigge di analizzare la questione relativa al fatto che i contribuenti abbiano o meno il diritto ad essere ascoltati durante le indagini finanziarie e bancarie.

Mentre la giurisprudenza italiana osserva che la legislazione nazionale non stabilisce il diritto del contribuente di essere ascoltato prima del termine dell'indagine, la dottrina tributarista italiana e la Corte di Giustizia Europea, riaffermano il principio secondo cui il contribuente abbia il diritto ad essere coinvolto nelle procedure fiscali, anche in assenza di una specifica disposizione di legge.

Il diritto di difesa è un principio generale del diritto europeo che si applica quando le autorità possono adottare un provvedimento con effetti negativi per ciascun individuo. In accordo con questo principio, l'avvio di decisioni che possano compromettere in modo significativo gli interessi dei contribuenti deve avvenire in modo tale che il contribuente possa far conoscere effettivamente le proprie osservazioni rispetto ad informazioni sulla cui base le autorità intendono adottare le proprie decisioni.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità: facoltatività del contraddittorio negli accertamenti basati su dati bancari. - 3. Critica all'orientamento giurisprudenziale maggioritario: il diritto al contraddittorio come principio generale dell'ordinamento comunitario e nazionale.

- 4. Novità legislative e prospettive di riforma.

(*) Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche (curriculum Diritto tributario) - Università di Milano-Bicocca

1.Premessa.

La Corte di Cassazione si è pronunciata nuovamente sul tema della obbligatorietà o meno del preventivo contraddittorio tra uffici finanziari e contribuente nell'ambito delle indagini finanziarie¹.

L'art. 32, comma 1, n. 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e l'art. 51, comma 2, n. 2 del D.P.R. del 26 ottobre 1972, n. 633, prevedono, rispettivamente in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto, presunzioni legali iuris tantum in base alle quali i prelevamenti ed i versamenti su conti correnti bancari si presumono rappresentativi di corrispettivi imponibili, salvo prova contraria che attesti la loro inerenza all'imponibile dichiarato ovvero ad operazioni non imponibili.

L'orientamento maggioritario, nel quale si inserisce la recente sentenza della Corte di Cassazione, ritiene che l'Amministrazione finanziaria, nel procedimento di accertamento, non è tenuta a delineare le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza delle risultanze stesse, né a fornire ulteriore prova rispetto alla documentazione bancaria acquisita e posta a fondamento dell'attività ispettiva, in quanto le presunzioni legali relative contenute nelle norme di legge prima richiamate attribuiscono, ai dati acquisiti nel rispetto delle procedure stabilite dalla legge, direttamente il valore presuntivo previsto, senza la necessità di dover chiarire le motivazioni per le quali tale valore si ritiene palesato e salvo prova contraria fornita dal contribuente².

Alla luce dell'incisiva valenza probatoria delle indagini finanziarie risulta di particolare interesse la questione relativa alla necessità di un contraddittorio, precedente all'emissione dell'avviso di accertamento, tra l'Amministrazione finanziaria e contribuente, al fine di porre quest'ultimo in condizione di fornire elementi informativi e documentali idonei a vincere la presunzione in esame.

Con riferimento alle conseguenze derivanti dalla mancata convocazione di quest'ultimo e quindi dall'impossibilità di fornire dati e notizie rilevanti in relazione alle operazioni annotate nei conti la cui copia sia stata acquisita nel rispetto della normativa vigente in materia, la recente sentenza della Corte di Cassazione conferma l'orientamento pressoché consolidato della giurisprudenza di legittimità, volta ad affermare la facoltatività della convocazione del contribuente nella fase precedente l'emissione dell'atto impositivo, con la conseguenza che il mancato esercizio di tale facoltà non trasforma in presunzione semplice la presunzione legale

¹ Cass., Sez. trib., 29 gennaio 2014, n. 1860.

² Cass., Sez. trib., 25 ottobre 2006 n. 22853, in *Fisco* 1, 2006, 7187; Id., Sez. trib., 28 settembre 2005 n. 19003, in *Fisco* 1, 2005, 6489; Id., Sez. trib., 6 novembre 2002 n. 15538, in *Fisco* 1, 2002, 7081.

prevista dalla normativa, continuando pertanto a gravare sul contribuente l'onere della prova contraria³.

2. L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità: facoltatività del contraddittorio negli accertamenti basati su dati bancari.

Come accennato, il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità afferma la facoltatività del contraddittorio preventivo negli accertamenti assistiti dalle indagini finanziarie.

Sulla questione in esame la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha assunto un orientamento costante, sancendo la facoltatività del contraddittorio endoprocedimentale.

Al riguardo la Consulta ha infatti negato l'esistenza di un diritto costituzionale al 'giusto procedimento amministrativo' che riconosca al soggetto passivo il diritto a partecipare, in chiave difensiva, al procedimento di accertamento, per la ragione che la tutela delle situazioni soggettive è garantita nella sede giudiziale. Infatti, per i giudici della Consulta, <<la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali non è da ricomprendere quello del giusto procedimento amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24, comma 1, e 113 Cost.>>⁴.

I principi di diritto enunciati dalla Corte Costituzionale evidenziano quale sia la funzione tradizionalmente assegnata alla partecipazione del privato nel procedimento tributario.

A differenza di quanto stabilito dalla legge generale sul procedimento amministrativo (legge 241/1990), in cui la partecipazione del privato assurge a principio cardine del procedimento, nel diritto tributario, almeno fino agli anni '90, le ipotesi di partecipazione del contribuente al procedimento erano rare e contrassegnate da finalità collaborative, piuttosto che difensive. Il contatto tra Amministrazione finanziaria e contribuente era infatti stato concepito dal legislatore in funzione di ausilio all'attività fiscale, dove alla facoltà per l'Ufficio di invitare il contribuente corrispondeva l'obbligo di quest'ultimo di fornire le indicazioni richieste.

Tipico esempio di questa concezione è rappresentato dall'art. 32, n. 2, DPR n. 600/1973 dove si afferma che la partecipazione del privato svolge una funzione di collaborazione all'esercizio dell'attività accertativa e ciò anche quando il contribuente è ammesso a fornire la prova contraria rispetto a presunzioni relative. In tale ipotesi applicativa, infatti, la dottrina

³ R. CORDEIRO GUERRA, *Questioni aperte in tema di accertamento basati su dati estrapolati da conti correnti bancari*, in *Rass. Trib.*, 1998, 560.

⁴ Corte Cost., 31 maggio 1995, n. 210, in *Cass. pen.*, 1995, 2467. In senso conforme Id., 10 dicembre 1987, n. 503, in *Giur. costit.*, 1987, I, 3317.

ritiene che le allegazioni del contribuente volte a provare che gli accreditamenti e gli addebitamenti nei conti correnti sono stati indicati nella dichiarazione dei redditi non determinano la creazione di situazioni soggettive a suo favore, come tali tutelabili, ma vadano considerate quali semplici elementi liberamente valutabili dall'Amministrazione finanziaria al fine di determinare in modo corretto il presupposto d'imposta⁵.

Tuttavia la molteplicità dei contribuenti e la loro frammentazione e diversificazione hanno determinato l'introduzione di metodologie di accertamento basate su deroghe sempre più ampie rispetto alle risultanze delle scritture contabili. In particolare l'introduzione degli accertamenti fondati sull'utilizzo di parametri e criteri statistici ha giustificato una nuova forma di partecipazione del privato: per bilanciare l'incertezza delle presunzioni semplici derivanti dall'applicazione di criteri matematici è stato consentito anche al privato di concorrere in contraddittorio con l'Amministrazione nella determinazione del presupposto d'imposta. In queste ipotesi il legislatore assegna alla partecipazione del privato una funzione non di semplice collaborazione, ma di vero e proprio contraddittorio, cioè di difesa azionabile di propri diritti ed interessi, dove all'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di chiedere chiarimenti al contribuente corrisponde la facoltà del contribuente di fornirli⁶. In altri termini il legislatore sarebbe stato indotto a compensare con diritti di partecipazione ogni limitazione del diritto del contribuente in termini di difesa o di prova: ogni volta che la legge ha limitato la possibilità del contribuente di fornire la prova contraria, introducendo ad esempio presunzioni o stabilendo determinate modalità, ha parallelamente imposto all'Amministrazione varie forme di contraddittorio precontenzioso⁷.

Sebbene nella recente evoluzione legislativa le forme di collaborazione nel corso del procedimento si siano ampliate, dottrina e giurisprudenza prevalenti sono però concordi nel ritenere che la partecipazione del contribuente, sia in chiave collaborativa che in ottica difensiva, non assuma carattere generale, ma continui ad essere ammessa solo nelle ipotesi espressamente stabilite dalla legge⁸.

Uniformandosi all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale la giurisprudenza di legittimità ha a più riprese sostenuto, infatti, che la previsione normativa contenuta agli art. 32 D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 e 51 D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972 non comporta l'esigenza di avviare una preventiva audizione del soggetto sottoposto ad indagini bancarie per potersi avvalere della presunzione legale. Da ciò deriva la piena legittimità di un avviso di

⁵ A. DI PIETRO, *Il contribuente nell'accertamento delle imposte sui redditi: dalla collaborazione al contraddittorio*, in *Evoluzione dell'ordinamento tributario italiano, Atti del convegno "I settanta anni di Diritto e pratica tributaria"*, Padova, 2000, 532-535.

⁶ L. SALVINI, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente e oltre)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1/2000, 14.

⁷ A. FANTOZZI, *Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2/2011, 140.

⁸ G. RAGUCCI, *La partecipazione del privato all'irrogazione della sanzione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 2001, 251; S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2004, 185.

accertamento o di rettifica fondato esclusivamente sui dati acquisiti presso gli istituti di credito e riscontrati in contabilità. In relazione alla prova contraria si rileva che questa potrà essere offerta dal contribuente in qualsiasi momento, e dunque anche nel corso del contenzioso.

In questa prospettiva si pone la recente sentenza della Corte di Cassazione, secondo la quale il sistema dell'accertamento tributario non prevede il diritto del contribuente alla preventiva convocazione da parte degli organi dell'accertamento, la cui violazione possa essere addotta come causa di illegittimità dell'accertamento. Nella decisione in esame si afferma, infatti, che gli art. 32, comma 1, n. 2 del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 e 51, comma 2, n. 2 del D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972 stabiliscono soltanto che «gli uffici possono [...] invitare i contribuenti [...] per fornire dati e notizie [...] anche relativamente alle operazioni annotate nei conti. Non prevede un obbligo generale degli uffici di invitare preventivamente il contribuente a fornire informazioni prima di procedere ad accertamento. Pertanto, la parte successiva della disposizione in esame, nella parte in cui sembra condizionare l'utilizzazione dei dati risultanti dai conti alla mancata dimostrazione che tali dati sono stati tenuti presenti nella determinazione del reddito imponibile, deve essere interpretata in relazione ai casi nei quali vi sia stata, appunto, la preventiva convocazione del contribuente, fatto salvo comunque il diritto del contribuente stesso di provare anche dopo la notifica dell'avviso di accertamento (in sede contenziosa o precontenziosa) che i dati stessi siano già stati considerati nella ricostruzione del reddito imponibile dichiarato»⁹.

In sostanza i giudici della Suprema Corte affermano che il fondamento delle previsioni normative in tema di riscontri bancari è ravvisabile nelle esigenze di economia dell'attività ispettiva, offrendo al contribuente, sin dalla fase delle attività istruttorie del controllo, la possibilità di esercitare la facoltà di prova contraria. Difatti la normativa dettata in materia di accertamenti bancari «ha la sua ratio in esigenze di economia delle procedure, in quanto anticipa alla fase delle attività istruttorie del controllo la possibilità che il contribuente eserciti la facoltà di prova che comunque gli è riconosciuta in sede contenziosa. L'eventuale disapplicazione della norma non comporta nullità degli atti successivi, ma soltanto una diseconomia di procedure, nel senso che se la prova della irrilevanza o inutilizzabilità dei dati viene fornita successivamente, perché non è stata concessa la possibilità di fornire tale prova in precedenza, l'Amministrazione finanziaria e, se del caso, i giudici tributari, avranno dovuto svolgere una attività (di accertamento o di giudizio) che poteva essere evitata»¹⁰. Tale pronuncia richiama una precedente sentenza della Corte di Cassazione che ha rimarcato la non obbligatorietà della preventiva instaurazione del contraddittorio del contribuente, finalizzato a giustificare le operazioni bancarie oggetto di controllo, sottolineando come l'ufficio finanziario possa sicuramente agire con l'istituto della autotutela di fronte ad

⁹ Cass., Sez. trib., 10 maggio 2000, n. 10060, in *Rass. Trib.*, 6, 2000, 1903.

¹⁰ *Ibid.*, 1902.

eventuali deduzioni rese successivamente dal contribuente sottoposto ad accertamenti bancari¹¹.

Nello stesso senso si è successivamente di nuovo espressa la Corte di Cassazione, ribadendo che << l'attività accertativa della Guardia di Finanza e degli uffici finanziari, avendo natura di attività amministrativa, pur dovendo svolgersi nel rispetto di ben determinate cautele previste per evitare arbitri e violazioni dei diritti fondamentali del contribuente, non è retta dal principio del contraddittorio: conseguentemente, alla stregua del principio enunciato [...] va escluso che le risultanze emerse dalla attività di verifica prodromica all'emissione del discusso avviso di rettifica non possano costituire valido supporto probatorio della pretesa impositiva a tale avviso sottesa per il solo fatto della mancata immediata contestazione al contribuente in sede di verifica >>¹². Secondo le sentenze in rassegna, dunque, il quadro normativo nel cui ambito si pone la disciplina delle indagini bancarie non consente di desumere la "sanzione" della nullità per l'accertamento o la rettifica fondata sull'utilizzo presuntivo dei dati bancari avvenuto senza avviare il preventivo contraddittorio con il contribuente interessato. In linee più generali, d'altronde, la stessa Corte di Cassazione ha sostenuto che gli atti posti in essere nel corso delle attività ispettive non devono sorretti dal principio del contraddittorio, avendo gli stessi una rilevanza limitata in quanto espressione dell'apprezzamento dei funzionari procedenti e non degli uffici impositori.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, quindi, la convocazione del soggetto che esercita l'impresa con l'invito al medesimo a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, attribuisce all'Amministrazione una facoltà discrezionale e non un obbligo; il mancato esercizio di tale facoltà non trasforma in presunzione semplice la presunzione legale che riferisce i movimenti bancari all'attività svolta dal contribuente, su cui grava perciò l'onere della prova contraria in sede contenziosa, a norma del D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, art. 32¹³.

Sul punto con la circolare n. 32/E del 19 ottobre 2006 l'Agenzia delle Entrate, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato, ha chiarito che l'invito a comparire costituisce una mera facoltà dell'Ufficio e non un obbligo, con la conseguenza che il mancato invito non inficia la legittimità della rettifica, ove basata sulle presunzioni previste dalle norme in esame; la mancata instaurazione del contraddittorio non degrada la prevista presunzione legale a presunzione semplice, fermo restando, quindi, l'onere probatorio contrario in capo al

¹¹ << Deve dunque ritenersi che alcuna norma imponga la convocazione del contribuente in sede amministrativa prima dell'accertamento, potendosi sicuramente intervenire con il ritiro eventuale del provvedimento nella fase di autotutela in caso di osservazioni e/o giustificazioni proposte dall'interessato anche dopo il suo intervento nella stesura del verbale di constatazione della Guardia di Finanza >>. Così Cass., Sez. I, 3 giugno 1999, n. 11094, in *Fisco*, 1999, 12729. In senso conforme Cass., Sez. trib., 29 gennaio 2014, n. 1857.

¹² Cass., Sez. trib., 3 novembre 2000, n. 3128.

¹³ Cass., Sez. trib., 29 gennaio 2014, n. 1857; Id., n. 20268/2008, Id., n. 27032/2007, Id., n. 19216/2007; Id., 10 marzo 2006, n. 5365, in *Fisco* 1, 2006, 2177; Id., 12 dicembre 2005, n. 26293, in *Mass.*, 2006; Id., 18 aprile 2003, n. 6232; Id., 13 giugno 2002 n. 8422, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2924.

contribuente. In ogni caso con la richiamata Circolare l'Agencia delle Entrate precisa che il preventivo contraddittorio, pur restando una mera facoltà dell'Amministrazione e non un obbligo, si configura comunque, in via di principio, come un passaggio opportuno per provocare la partecipazione del contribuente, finalizzata a consentire un esercizio anticipato del suo diritto di difesa, potendo lo stesso fornire già in sede precontenziosa la prova contraria, e rispondente a esigenze di economia processuale, al fine di evitare l'emissione di avvisi di accertamento che potrebbero risultare immediatamente infondati alla luce delle prove di cui il contribuente potesse disporre.

3. Critica all'orientamento giurisprudenziale maggioritario: il diritto al contraddittorio come principio generale dell'ordinamento comunitario e nazionale.

La tesi della facoltatività del contraddittorio in sede di accertamento assistito da indagini bancarie, confermata dalla sentenza della Corte di Cassazione in epigrafe, è stata oggetto di varie critiche da parte della dottrina.

In primo luogo, si è sostenuto che il contraddittorio nei procedimenti amministrativi è obbligatorio secondo il diritto dell'Unione Europea¹⁴.

Secondo la Corte di Giustizia Europea, infatti, il principio del contraddittorio deve considerarsi immanente nell'ambito della disciplina attuativa del rapporto giuridico tributario e perciò applicabile anche in assenza di una espressa e specifica previsione di legge sulla base di una interpretazione adeguatrice della normativa interna, in particolar modo costituzionale.

Esso costituisce infatti parte integrante del diritto fondamentale di difesa (in tal senso, in particolare sentenze del 9 novembre 1983, "Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, 322/81 e del 18 ottobre 1989, "Orkem/Commissione", 374/87) ed è sancito non solo negli articoli 47 e 48 della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, bensì anche nell'art. 41 di quest'ultima, il quale garantisce il diritto ad una buona amministrazione. Il paragrafo 82 del citato art. 41 prevede che tale diritto a una buona amministrazione comporta, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo¹⁵.

¹⁴ Corte giust. CE, 18 dicembre 2008, n. C-349/07, Sopropé, in *Rass. Trib.*, 2009, 570, con nota di G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario* e in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, 210, con nota di A. MARCHESELLI, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*.

¹⁵ Corte giust. CE, 22 novembre 2012, n. C-277/11.

Il giusto procedimento amministrativo, che trova il suo fondamento nei principi di legalità di cui all'art. 23 Cost. e di buon andamento ed imparzialità amministrativa di cui all'art. 97 Cost., e di cui il diritto al contraddittorio rappresenta un elemento essenziale ed imprescindibile, risulterebbe pertanto leso dalla mancata instaurazione di un preventivo contraddittorio tra le parti, non essendo più sufficiente la tutela giurisdizionale assicurata ex post dall'art. 24 Cost. e dall'art. 113 Cost.¹⁶.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, infatti, la regola secondo cui il destinatario di una decisione ad esso lesiva deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata ha lo scopo di mettere l'autorità competente in grado di tenere conto di tutti gli elementi del caso al fine di permettere alle persone o alle imprese coinvolte di correggere un errore o far valere elementi relativi alla loro situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro.

Tuttavia, secondo una giurisprudenza parimenti costante della Corte, i diritti fondamentali, quali il rispetto dei diritti della difesa di cui il contraddittorio rappresenta un corollario applicativo, non appaiono come prerogative assolute, ma possono soggiacere a limiti, a condizione che questi rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti¹⁷.

Autorevole dottrina sostiene che l'interesse fiscale tutelato dalla Costituzione non è riscuotere il tributo tout court, bensì riscuotere il tributo giusto nel modo giusto, secondo il disposto dell'art. 53 Cost.¹⁸. Di conseguenza l'interesse fiscale non può ontologicamente costituire una restrizione al diritto di difesa del contribuente, posto che il dialogo preventivo tra contribuente e Amministrazione finanziaria è lo strumento finalizzato a dare compiuta attuazione alla norma costituzionale. In ossequio ai principi di proporzionalità e buona fede il diritto al contraddittorio può essere sacrificato a favore dell'interesse fiscale solo per ragioni intrinseche alla procedura ed eccezionali, riconducibili a situazioni in cui il contribuente abbia adottato comportamenti contrari al principio di buona fede tali da oltrepassare la diligenza e correttezza difensiva e legittimare pertanto il sacrificio dei diritti di difesa nel giudizio di bilanciamento con l'interesse a riscuotere il tributo.

¹⁶ Cons. di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1245, secondo cui «<l'avviso d'avvio del procedimento amministrativo ex art. 7, 1° comma, L. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce principio generale dell'ordinamento ed è strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, onde non tollera interpretazioni che ne limitino arbitrariamente l'applicazione generalizzata a tutti i procedimenti, anche vincolati, perché la partecipazione al procedimento ha la sua ragion d'essere pure quando i presupposti dell'atto da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalla legge, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito si deve garantire il contraddittorio con il privato>>».

¹⁷ Corte giust. CE, n. C-418/11, Texdata Software.

¹⁸ Cass., Sez. trib., 28 marzo 2014, n. 7315 con nota di A. MARCHESELLI, *Corr. Trib.*, 18/2014, 1374.

La posizione della Corte di Giustizia è quindi più avanzata rispetto a quella sostenuta dalla giurisprudenza italiana in quanto quest'ultima, là dove ha riconosciuto l'obbligatorietà del contraddittorio preventivo (ad esempio in materia di studi di settore), lo ha fatto esclusivamente al fine di corroborare l'attendibilità dei risultati dell'accertamento, fondati sulla base di parametri e presunzioni semplici.

In secondo luogo, autorevole dottrina sostiene che il diritto al contraddittorio risulterebbe altresì applicabile nel diritto nazionale in virtù del richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario effettuato dall'art. 1 della legge n. 241/1990, norma di carattere generale¹⁹.

Inoltre è stato evidenziato come la mancata instaurazione del preventivo contraddittorio sia anche contrario ai principi di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, considerato che il differimento del contraddittorio nelle fasi successive a quelle di notifica dell'atto impositivo non è affatto indifferente²⁰. L'instaurazione di un confronto preventivo infatti da un lato consente agli Uffici finanziari di acquisire dati fondamentali per la corretta verifica della base imponibile, in ossequio al principio di capacità contributiva sancito dall'art. 53 Cost., evitando peraltro diseconomie procedurali, e dall'altra permette al contribuente di articolare compiutamente le proprie difese nel corso dell'attività istruttoria, consentendogli peraltro di usufruire di benefici ed agevolazioni, in particolare la riduzione delle sanzioni in caso di acquiescenza o adesione all'atto impositivo, senza dover esercitare il proprio diritto di difesa nei limitati termini prescritti dalla legge per i procedimenti successivi all'emissione dell'avviso di accertamento.

Occorre altresì dare conto che una parte della dottrina non concorda sulla configurazione delle norme sugli accertamenti bancari come presunzioni legali e conseguente inversione dell'onere della prova, sostenendo l'interpretazione delle norme quali presunzioni iuris tantum limitatamente al periodo temporale antecedente l'entrata in vigore della legge n. 413/1991, allorché la normativa all'epoca vigente garantiva maggiore impermeabilità dei dati bancari²¹. Di conseguenza, se le norme in esame devono essere interpretate quali presunzioni semplici nel periodo posteriore all'entrata in vigore della predetta legge, queste ultime possono essere poste a fondamento di un atto impositivo solo se assistite dai requisiti della precisione, gravità

¹⁹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, XI ed., Milano, 2011, 167.

²⁰ E. MARELLO, *L'accertamento con adesione*, Torino, 2000, 124; RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009, 231; G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2010, 142; A. MARCHESELLI, *Accertamenti tributari e difesa del contribuente*, Milano, 2010, 19; L. FERLAZZO NATOLI- G. INGRAO, *Il rispetto del contraddittorio e la residualità dell'accertamento tributario*, in *Boll. Trib.*, 2010, 485; L. SALVINI, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente e oltre)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1/2000, 37-39; L. SALVINI, *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, in *Corr. Trib.*, 44/2009, 3572.

²¹ F. BUCCI, *Considerazioni sulla valenza presuntiva delle movimentazioni bancarie ai fini dell'accertamento* e B. AIUDI, *Rilevanza presuntiva delle movimentazioni bancarie ed interpello del contribuente*, in *Boll. Trib.*, 2000, 166. Sul punto, in relazione alla dottrina antecedente l'entrata in vigore della legge n. 413/1991, G. TABET, *Fisco e segreto bancario: profili procedurali*, in *Boll. Trib.*, 1986, 1110; L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, Padova, 1990, 242.

e concordanza, il cui onere probatorio incombe in capo all'Amministrazione finanziaria. In tal caso, pertanto, dovrebbe essere riconosciuta l'obbligatorietà del contraddittorio preventivo in maniera analoga a quanto stabilito dalla legge per tutte le ipotesi in cui i risultati dell'accertamento siano fondati sulla base di parametri e presunzioni semplici (ad esempio in materia di studi di settore), al fine di corroborarne l'attendibilità.

Inoltre si è sostenuto che il riferimento alla contraria dimostrazione contenuta nella prima parte dell'art. 32 del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 potrebbe essere interpretato come richiamo all'utilità del contraddittorio con il contribuente, così come il difetto di sufficiente analiticità della disposizione (che non individua in modo esatto il fatto noto, né il dato presunto), nonché l'adozione del doppio strumento presuntivo in relazione ai c.d. costi occulti, deporrebbe a favore della configurazione delle presunzioni ivi contenute quali presunzioni semplici che quindi, come precedentemente illustrato, costituiscono semplici indizi che possono legittimare l'emissione di un accertamento fiscale solo se contraddistinte dai caratteri della gravità, precisione e concordanza²².

L'importanza del contraddittorio procedimentale, in passato sostenuta da un orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità²³, è stata sottolineata dalla recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 29 luglio 2013, n. 18184.

Con tale decisione la Suprema Corte, pronunciandosi sull'inosservanza del termine dilatorio prescritto dall'art. 12, comma 7, della legge n. 212/2000, ha espressamente stabilito che il contraddittorio procedimentale «è andato assumendo, in giurisprudenza e in dottrina (e nella stessa legislazione), proprio con specifico riferimento alla materia tributaria, un valore sempre maggiore, quale strumento diretto non solo a garantire il contribuente, ma anche ad assicurare il migliore esercizio della potestà impositiva, il quale, nell'interesse anche dell'ente impositore, risulterà tanto più efficace, quanto più si rivelerà conformato ed adeguato - proprio in virtù del dialogo tra le parti, ove reso possibile - alla situazione del contribuente, con evidenti riflessi positivi anche in termini di deflazione del contenzioso (se non, ancor prima, nel senso di indurre l'amministrazione ad astenersi da pretese tributarie ritenute alfine infondate)»». Inoltre, con riferimento alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'art. 12, comma 7, della legge n. 212/2000, la Corte di Cassazione ha stabilito che «la sanzione dell'invalidità dell'atto conclusivo del procedimento, pur non espressamente prevista, deriva ineludibilmente dal sistema ordinamentale, comunitario e nazionale, nella quale la norma opera e, in particolare, dal rilievo che il vizio del procedimento si traduce, nella specie, in una divergenza dal modello normativo [...] di particolare gravità, in considerazione della rilevanza della funzione, di diretta derivazione da principi costituzionali, cui la norma

²² A. MARCHESELLI, *Accertamenti bancari: regole rigide producono risultati irragionevoli e implausibili*, in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 1, 2010, 52; A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario, dalle presunzioni agli studi di settore*, Torino, 2008.

²³ Cass., Sez. trib., 7 febbraio 2008, n. 2816, in *Fisco* 1, 2008, 1417.

stessa assolve e della forza impediante, rispetto al pieno svolgimento di tale funzione, che assume il fatto viziante. A fronte di ciò, è vano addurre [...] l'esistenza di ulteriori strumenti di tutela per il contribuente (istanza di autotutela, accertamento con adesione), rilievo che, a prescindere dalle considerazioni attinenti al momento in cui tali mezzi sono esperibili, si rivela in ogni caso inidoneo ad escludere autonoma rilevanza alla portata precettiva della norma in esame.>>

4. Novità legislative e prospettive di riforma.

Da ultimo occorre dar conto della legge 11 marzo 2014, n. 23 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita), al cui art. 9, lett. c), si prevede di dover “rafforzare il contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale”.

La disposizione sembrerebbe doversi applicare alle ipotesi in cui si renda necessaria una attività di indagine, mentre negli altri ambiti troverebbe applicazione la più generica formulazione dell'art. 1, comma 1, lett. b) che si propone di “agevolare la comunicazione con l'amministrazione finanziaria in un quadro di reciproca e leale collaborazione, anche attraverso la previsione di forme di contraddittorio propedeutiche all'adozione degli atti di accertamento dei tributi”.

Gli articoli 1 e 9 della legge 11 marzo 2014 n. 23 sembrano dunque riproporre la tradizionale distinzione tra ipotesi di partecipazione collaborativa (contraddittorio in senso lato) e partecipazione difensiva (contraddittorio in senso proprio), invertendo tuttavia i termini del rapporto. Mentre in passato il procedimento tributario era retto dal principio generale del contraddittorio in funzione collaborativa e il contraddittorio in funzione difensiva era considerato una eccezione stabilita in ipotesi circoscritte, ora invece la regola sembrerebbe costituita dal contraddittorio concepito in chiave difensiva, mentre la partecipazione in funzione semplicemente collaborativa sarebbe relegata ad ipotesi marginali, costituite ad esempio dal mero riscontro cartolare dei dati allegati dal privato o ad attività di interpretazione ed applicazione di norme e principi giuridici²⁴.

L'attuazione della citata disposizione costituisce una importante novità, se la validità degli atti di accertamento e di liquidazione sarà subordinata ad un effettivo e preventivo contraddittorio preprocessuale, in adesione all'orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria.

²⁴ A sostegno di questa interpretazione depone Cass., Sez. trib., 4 luglio 2014 n. 15311, affermando il principio generale del contraddittorio procedimentale e la sua applicazione alle ipotesi di cui all'art. 36ter DPR n. 600/1973 e non alle ipotesi di cui all'art. 36bis DPR n. 600/1973, stante le differenze sostanziali e formali esistenti tra le due tipologie di controllo.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 29 gennaio 2014, n. 1860 - ADAMO Presidente - VALITUTTI Relatore - MASTROBERARDINO P.M. (conf.) - F.LLI GRILLO DI GRILLO PLACIDO & SEBASTIANO SNC (Avv. Cipolla e Gallo) - Agenzia delle Entrate (Avv. Gen. Stato)

Conferma Commiss. Trib. Reg. Sicilia, sez. di Messina, 11/10/2006, n. 99/2006

Imposte e tasse in genere – Imposta valore aggiunto - Accertamento - Dati ricavati dai conti correnti bancari - Contraddittorio con il contribuente - Facoltatività (D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 51, comma 2, n. 2; D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32; art. 2727 c.c.)

In tema di I.V.A., l'art. 51, secondo comma, n. 2, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, nel prevedere la convocazione del soggetto che esercita l'impresa con l'invito al medesimo a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, attribuisce all'Amministrazione una facoltà discrezionale e non un obbligo, né comporta la trasformazione in presunzione semplice della presunzione legale che riferisce i movimenti bancari all'attività svolta dal contribuente, con la conseguenza che il mancato o irregolare esercizio di tale facoltà non può determinare l'invalidità dell'accertamento induttivo effettuato dall'Ufficio (Così statuendo, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto legittima la convocazione anche di soggetti diversi dai soci della società contribuente, ossia le loro mogli, in un luogo, la sede della società, diverso dagli uffici finanziari o della polizia tributaria). (1)

Omissis. 2. - Con il secondo motivo di ricorso, la società F.G. Snc denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2 e art. 23 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

La CTR avrebbe erroneamente ritenuto legittima la convocazione, ai sensi del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2, di soggetti diversi dai soci della società F.G. Snc, ossia le loro mogli, e per di più in un luogo (la stessa sede della società) diverso dagli uffici finanziari o della polizia tributaria. E tale violazione, ad avviso della ricorrente, sarebbe tale da inficiare gli accertamenti emessi nei confronti della società contribuente.

La censura è infondata.

Non può revocarsi in dubbio, infatti, che eventuali irregolarità nel processo di convocazione del contribuente, ai sensi dell'art. 51 del decreto cit., non possano determinare la nullità dell'atto impositivo emesso a seguito dell'invito in parola.

Questa Corte ha, difatti, più volte affermato che il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2, nel prevedere la convocazione del soggetto che esercita l'impresa con l'invito al

medesimo a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, attribuisce all'Amministrazione una facoltà discrezionale e non un obbligo, né comporta la trasformazione della presunzione legale, desumibile dal combinato disposto dell'art. 51 cit. e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32 in presunzione semplice, valutabile solo nel concorso dei presupposti di cui all'art. 2727 c.c. e segg. Il tenore letterale della disposizione ("per l'adempimento dei loro compiti gli Uffici possono invitare i soggetti che esercitano imprese, arti o professioni...") e la discrezionalità espressamente prevista al riguardo, infatti, non possono che indurre ad escludere che debba ritenersi obbligatoria la convocazione del contribuente in sede amministrativa prima dell'accertamento.

Né può sostenersi che siffatta discrezionalità violi il diritto di difesa, potendo l'Ufficio procedere al ritiro eventuale del provvedimento, nell'esercizio del potere di autotutela, in caso di osservazioni e/o giustificazioni proposte dall'interessato (Cass. nn. 26293/2005, 6232/2003, 8422/2002).

Orbene, è di tutta evidenza che, se addirittura l'omissione dell'invito al contribuente non può determinare - per il chiaro tenore letterale della disposizione succitata - l'invalidità dell'accertamento induttivo operato dall'Ufficio, a fortiori ciò è a dirsi in relazione all'ipotesi, ricorrente nella specie, in cui l'invito, al quale il contribuente abbia concretamente ottemperato esponendo all'Ufficio le proprie ragioni, presenti eventuali, irrilevanti, difformità dal modello legale, in special modo laddove esso sia comunque idoneo a consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa. Tale deve, senza alcun dubbio, ritenersi l'invito notificato, nel caso concreto, ai soci della F.G. Snc ed alle loro mogli, dal momento che la società - sulla quale incombeva il relativo onere - non ha neppure allegato in giudizio la sussistenza di un concreto vulnus del proprio diritto di difesa, che possa - in ipotesi - essere derivato dalle suddette irregolarità dell'invito notificato dall'Amministrazione finanziaria.

Il motivo va, di conseguenza, disatteso.

3. - Con il terzo, quinto e sesto motivo - che, per la loro intima connessione, vanno esaminati congiuntamente - la F.G. Snc denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 633 del 1972, artt. 19 e 51 L. n. 413 del 1991, art. 18, art. 2697 c.c., artt. 3 e 53 Cost. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

Avrebbe, invero, errato la CTR - ad avviso della ricorrente - nel ritenere che fossero utilizzabili come materia di presunzione legale, ai fini dell'accertamento dell'IVA, anche i prelevamenti dai conti bancari della società e/o dei soci, e non soltanto i versamenti, sebbene di tali prelevamenti il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 come novellato dalla L. n. 413 del 1991, art. 18 non faccia menzione alcuna. Per di più, la CTR avrebbe indistintamente ed ingiustificatamente disconosciuto la detrazione dell'IVA relativa alle operazioni economiche espresse dai prelevamenti tutti, in quanto non fatturate, finendo in tal modo per duplicare la materia imponibile.

Il giudice di appello - a parere della contribuente - non avrebbe, inoltre, tenuto conto del fatto che i prelevamenti non potrebbero essere utilizzati quali fatti noti, ai fini della presunzione legale, allorquando si traducano essi stessi in una manifestazione finanziaria che va a ridurre l'entità dei versamenti.

Sicché, prima di argomentare dai versamenti tutti l'esistenza di vendite in nero, e dai prelevamenti tutti l'esistenza di acquisti in nero, la CTR avrebbe dovuto accertare se le operazioni bancarie in entrata ed in uscita non si elidessero tra loro.

Le censure suesposte sono infondate.

Ed invero, va rilevato - al riguardo - che la disposizione di cui al D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2 (come novellato dalla L. n. 413 del 1991, art. 18 applicabile alla fattispecie *ratione temporis*), nel ricostruire i poteri degli uffici in materia di accertamento dell'IVA, fa riferimento ai "dati" e agli "elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati", che devono essere "posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 54 e 55, se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto nella dichiarazione o che non si riferiscono ad operazioni imponibili". Non può revocarsi in dubbio, pertanto, che nell'ampio ed omnicomprensivo tenore letterale della norma debbano ritenersi rientranti, oltre che i versamenti, anche i prelevamenti, poiché anche questi costituiscono operazioni poste in essere nell'esercizio dell'impresa e, pertanto, rilevanti ai fini IVA. In tal senso, questa Corte ha più volte affermato che, in tema di accertamento per l'imposta sul valore aggiunto, la presunzione fissata dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 secondo la quale il contribuente si avvale di tutti i propri conti bancari "per le rimesse e i prelevamenti" inerenti all'esercizio dell'attività imponibile, può essere superata unicamente con la prova specifica della non imponibilità dei movimenti finanziari tutti; prova che va fornita dal contribuente (Cass. nn. 1418/2013 e 6595/2013), il quale è tenuto a dimostrare che i movimenti bancari, che non trovano giustificazione sulla base delle sue dichiarazioni, non sono fiscalmente rilevanti (Cass. n. 21132/2011).

Ne discende, pertanto, che le censure in esame devono essere disattese.

4. - Con il quarto motivo di ricorso, la F.G.Snc denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 e art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

Si duole, invero, la ricorrente del fatto che la CTR abbia erroneamente ritenuto utilizzabili, ai fini dell'accertamento, le operazioni desumibili dai conti bancari, ancorché la maggior parte di essi fossero intestati ai soci o alle loro mogli. E ciò pure in assenza di prove, da parte dell'Amministrazione finanziaria, circa la riferibilità di tali conti alla società.

Il motivo è infondato.

Ed invero, ai fini dell'accertamento IVA relativo a società di persone a ristretta base familiare - come nel caso di specie - devono ritenersi legittime le indagini bancarie estese ai

congiunti del contribuente persona fisica, ovvero a quelli degli amministratori della società contribuente, in quanto sia il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32, n. 7, riguardo alle imposte sui redditi, che il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 riguardo all'IVA, autorizzano l'Ufficio finanziario a procedere all'accertamento fiscale anche attraverso indagini su conti correnti bancari formalmente intestati a terzi, ma che si ha motivo di ritenere connessi ed inerenti al reddito del contribuente. E tale ipotesi é, senza dubbio, ravvisabile nel rapporto familiare, sufficiente a giustificare - salva prova contraria, il cui onere incombe, diversamente da quanto sostenuto dalla società F.G. Snc, sul contribuente - la riferibilità al contribuente medesimo delle operazioni riscontrate su conti correnti bancari degli indicati soggetti (Cass. nn. 18083/2010, 6595/2013).

Alla stregua dei motivi che precedono, pertanto, la censura in esame va rigettata. -

Omissis.