



Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Arezzo

Commissione di Studio

DIRITTO TRIBUTARIO

**LE INDAGINI FINANZIARIE:
LO STATO DELL'ARTE.**

I componenti della Commissione:

Pietro Benedetti

Maria Cristina Biondini

Stefano Capaccioli

Laura Ceccherini

Orazio Droandi

Francesca Malduri

Laura Marrini

Gino Salvietti

Andrea Spertilli

Fabio Vichi

Il presente lavoro è stato elaborato dalla “Commissione di Studio-Diritto Tributario” recentemente costituita all’interno dell’Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Arezzo su iniziativa del Consiglio dell’Ordine e del suo Presidente Fabio Battaglia.

La formazione di Commissioni di Studio con lo scopo di promuovere studi, ricerche ed approfondimenti nell’ambito dei settori e delle materie assegnate, è un’occasione importante per agevolare l’attività di interpretazione delle leggi e la diffusione di conoscenza delle norme, degli strumenti e delle tecniche operative necessarie per lo svolgimento della professione di Dottore Commercialista ed Esperto Contabile.

Il nostro lavoro, coordinato dal Dott. Pietro Benedetti e dal Rag. Gino Salvietti, ha elaborato ed esposto questo scritto con lo scopo di divulgare tra tutti i membri dell’Ordine, lo “stato dell’arte” delle indagini finanziarie, esaminando l’aspetto normativo attuale, la principale dottrina e la giurisprudenza che si è formata sino ad oggi. Il tutto affrontato, discusso ed elaborato secondo le nostre conoscenze ed esperienze.

Sommario

INTRODUZIONE.....	4
1. ASPETTI PROCEDURALI DELL' ACQUISIZIONE DEI DATI DELLA COMUNICAZIONE INTEGRATIVA ARCHIVIO RAPPORTI FINANZIARI (Fabio Vichi).....	5
2. SINTESI E ULTIMI PARADOSSI SULL' ADEMPIMENTO DEGLI OPERATORI PROFESSIONALI IN ORO ALL' ANAGRAFE TRIBUTARIA (Stefano Capaccioli).....	9
2.1. PREMESSA.....	9
2.2. SOGGETTI OBBLIGATI	10
2.3. PROVVEDIMENTI DEL DIRETTORE DELL' AGENZIA DELLE ENTRATE.....	10
2.4. FONTI NORMATIVE DEI PROVVEDIMENTI.....	10
2.5. OPERATORI PROFESSIONALI IN ORO E PROVVEDIMENTI	11
2.6. ASPETTI INTERPRETATIVI	11
2.7. Consulenza Giuridica dell' Agenzia delle Entrate n. 97319 del 08.08.2013.....	12
2.8. LE RISPOSTE ALLE FAQ AGENZIA DELLE ENTRATE N. 0040279 DEL 20.03.2014.....	14
2.9. CONCLUSIONI	16
3. L' AUTORIZZAZIONE ALLE INDAGINI FINANZIARIE (Francesca Malduri)	16
3.1. PREMESSA.....	16
3.2. IL CONTRADDITORIO PREVENTIVO NELLE INDAGINI FINANZIARIE	18
4. NECESSARIA PREVENTIVA CONOSCENZA DELLA ISPEZIONE O VERIFICA DEL CONTRIBUENTE IN CASO DI INDAGINI BANCARIE: ASPETTI GIURIDICI , PROCEDURALI E PRASSI (Laura Ceccherini)	20
4.1. ASPETTI GIURIDICI: ESAME DEGLI ARTT. 32 DPR 600/73 e 51 DPR 633/72.....	20
4.2. ASPETTI PROCEDURALI E PRASSI: LA CIRCOLARE 32/2006 DELL' AGENZIA DELLE ENTRATE E LA CIRCOLARE 1/2008 DELLA GUARDIA DI FINANZA	21
5. L' ESTENSIONE DELLE INDAGINI FINANZIARIE SVOLTE SUI SOCI E/O SUGLI AMMINISTRATORI NEI CONFRONTI DELLE SOCIETÀ DI CUI FANNO PARTE (Gino Salvietti).....	22
6. CORRELAZIONE TRA PRELEVAMENTI E VERSAMENTI DELLA PARTE SOTTOPOSTA AD INDAGINI E TENUTA DELLE SCRITTURE CONTABILI (Andrea Spertilli)	25
6.1. SOGGETTI IN REGIME DI CONTABILITÀ' ORDINARIA	25
6.2. SOGGETTI IN REGIME DI CONTABILITÀ' SEMPLIFICATA	30
7. INCIDENZA SOSTANZIALE DEI PRELEVAMENTI NEI CONFRONTI DEI LAVORATORI AUTONOMI E DELLE PERSONE NON ESERCENTI ATTIVITÀ' DI IMPRESA O DI LAVORO AUTONOMO (Orazio Droandi).....	32
7.1. FONTI LEGISLATIVE.....	32
7.2. PERCHÉ I PRELEVAMENTI	33
7.3. ALCUNE CARATTERISTICHE DEL PRELIEVO: LA QUANTITÀ DI SOMMA PRELEVATA E IL TENORE (E LO STILE) DI VITA DEL CONTRIBUENTE – IL TEMPO TRASCORSO TRA PRELEVAMENTO E VERSAMENTO	33
7.4. IL TEMPO TRASCORSO TRA PRELEVAMENTO E VERSAMENTO.....	34
7.5. LE DIFESE DALLA PRESUNZIONE LEGALE RELATIVA	34
7.6. I SOGGETTI INTERESSATI ALLA PRESUNZIONE SUI PRELEVAMENTI BANCARI: LE PERSONE NON ESERCENTI ATTIVITÀ' DI IMPRESA O DI LAVORO AUTONOMO	35
7.7. I SOGGETTI INTERESSATI ALLA PRESUNZIONE SUI PRELEVAMENTI BANCARI: I LAVORATORI AUTONOMI.	35
8. VALENZA DELLA COMPENSAZIONE FRA PRELEVAMENTI E VERSAMENTI (Maria Cristina Biondini).....	37
9. GLI ATTI NOTORI NELLE INDAGINI FINANZIARIE (Pietro Benedetti)	39
9.1. LE DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE DI ATTO NOTORIO NEL DPR 445/2000.	39
9.2. RISOLUZIONE AGE 19.03.2009 N.68 E DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE DI ATTO NOTORIO.	39
9.3. LIBERTÀ DELLA PARTE NELLA SCELTA DEI MEZZI DI PROVA.	39
9.4. I RAPPORTI BANCARI DI EMISSIONE.....	40
9.5. "PROBATIO DIABOLICA" E AVVERSIONE DEL SISTEMA NEI CONFRONTI DELLA STESSA.....	41
9.6. SOGGETTI IN REGIME D' IMPRESA E DI LAVORO AUTONOMO NON OBBLIGATI ALLA TENUTA DI SCRITTURE CONTABILI	41
9.7. SOGGETTO PRIVATO AL DI FUORI DI REGIMI D' IMPRESA O DI LAVORO AUTONOMO.	42
9.8. DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE DI ATTO NOTORIETÀ OFFERTE PER LA PRIMA VOLTA NEL PROCESSO TRIBUTARIO.	42
10. CONFIGURAZIONE DEL REDDITO DERIVANTE DAGLI ACCERTAMENTI FINANZIARI (Laura Marrini).....	43
10.1. PREMESSA.....	43
10.2. CONFIGURAZIONE REDDITO IN MATERIA DI IVA.....	43
10.3. CONFIGURAZIONE REDDITO IN MATERIA DI IMPOSTE SUI REDDITI.....	44
10.4. CONFIGURAZIONE REDDITO IN MATERIA DI IMPOSTA DI REGISTRO.....	45
11. CHIUSURA DELLE INDAGINI FINANZIARIE E AVVISO DI ACCERTAMENTO: NECESSARIETÀ DEL PVC? (Stefano Capaccioli)	47
11.1. PREMESSA.....	47
11.2. CONSIDERAZIONI.....	47
11.3. NECESSITÀ DELLA CONSEGNA DI PROCESSO VERBALE DI CONSTATAZIONE	48

INTRODUZIONE

La genesi normativa degli accertamenti bancari è estremamente complessa e esula dal presente lavoro, rivolto ad una platea “pratica” di colleghi, che intende effettuare una ricognizione della situazione attuale indicando diritti, doveri e comportamenti da tenere, sia durante la fase delle “indagini” sia successivamente in sede processuale.

Come è noto, le “indagini bancarie e finanziarie” consistono in un’attività amministrativa diretta all’acquisizione di dati, notizie e documenti che risultino da un rapporto, continuativo o anche occasionale – intrattenuto dal soggetto verificato con una Banca, con Poste Italiane o con un operatore finanziario - al fine di permettere agli organi preposti di procedere ad un accertamento tributario.

Premesso che l’obbligazione tributaria in considerazione della sua natura “pubblicistica” consente che l’attività amministrativa di controllo sia penetrante, in obiettivo del presente lavoro collettaneo è nel ricercare un equilibrio tra diritti del contribuente, riconosciuti a livello Costituzionale e a livello dei Diritti dell’Uomo e interesse dello Stato.

Detto bilanciamento deve essere calato nel diritto tributario italiano che presenta, talvolta, un atteggiamento bipolare:

1. da una parte con lo Statuto del Contribuente che ha sancito il ruolo dei diritti fondamentali del contribuente, costituendo una pietra miliare nel cammino verso una maggior civiltà giuridica del sistema fiscale;
2. dall’altra parte con la profonda crisi del diritto tributario italiano, oramai prodotto quasi esclusivamente da decretazione d’urgenza a «colpi di fiducia», con stratificazioni normative frutto di “legislazione dell’emergenza fiscale”, il tutto in assenza di un disegno unitario e spesso anche in spregio dei principi dello stesso Statuto, con pessima tecnica legislativa, con contraddizioni e, non di rado, in conflitto con principi sovraordinati (costituzionali o sovranazionali - su tutte ricordo la WebTax) e in violazione della riserva di legge.

Il lavoro dell’interprete e degli organi preposti al controllo si muove all’interno di tale palude tributaria, talvolta non aiutato dalle Sentenze contraddittorie della Giurisprudenza di merito ed anche di legittimità. Si rileva un’ulteriore complicazione: il diritto tributario è una branca del diritto amministrativo, il procedimento di accertamento è sottoposto alle regole della procedura penale (per espresso richiamo del Dpr 600/73 e Dpr 633/72), mentre il processo tributario soggiace alle regole della procedura civile.

Occorre, però riflettere, che i diritti individuali sono costituzionalmente protetti, fra tutti il diritto alla difesa tutelato dall’art. 24, della Costituzione e il principio di parità delle parti codificato dall’art. 111, della Costituzione, la loro compressione deve essere quindi attentamente valutata.

In genere, si ritiene che le scelte effettuate nello svolgimento delle attività istruttorie siano rette da una discrezionalità tecnica, con i seguenti principi ispiratori:

- i. legalità,
- ii. trasparenza,
- iii. efficacia
- iv. efficienza,
- v. economicità dell’azione amministrativa,
- vi. deflazione del contenzioso.

Dottrina attenta¹ rileva come il diritto tributario italiano non tenga conto anche del principio di proporzionalità (riconosciuto e tutelato a livello europeo), “*con la conseguente negazione della sussistenza di una posizione soggettiva del contribuente giuridicamente rilevante che egli possa far valere per contestare la «eccessività» dell’utilizzo di un dato potere istruttorio rispetto alle ragionevoli esigenze dell’attività amministrativa: ciò significa affermare, in altri termini, che di fronte all’interesse fiscale i diritti fondamentali del contribuente sono in ogni caso soccombenti*”: l’attività istruttoria discrezionale non può essere «irrazionale» o arbitraria, né può giustificarsi in un «abuso del diritto» a danno delle garanzie dei contribuenti e foriera di un accrescimento ingiustificato del contenzioso.

¹ STEFANO MARCHESE, *Attività istruttorie dell’amministrazione finanziaria e diritti fondamentali europei dei contribuenti*, Diritto e Pratica Tributaria, 3 / 2013, p. 493

In tale scenario si può quindi infine rilevare:

1. Le indagini finanziarie sono pervasive.
2. Le indagini finanziarie sono sottoposte al principio di legalità.
3. Le indagini finanziarie conducono ad un'inversione dell'onere della prova, aspetto molto delicato in un rapporto tributario e, sovente, comporta una soggezione della parte a "probatio diabolica".
4. Le indagini finanziarie si svolgono all'interno di un procedimento amministrativo che deve rispondere ai principi costituzionali di uguaglianza, trasparenza, diritto alla difesa, giusto processo, parità delle parti, capacità contributiva e riserva di legge.

Il lavoro è stato organizzato in capitoli, cercando di ripercorrere il procedimento, dalla sua genesi fino all'Avviso di Accertamento, con ogni autore che ha cercato di enucleare le problematiche sottese ad ogni fase, ricordando sempre che «**il fine non giustifica i mezzi**».

1. ASPETTI PROCEDURALI DELL' ACQUISIZIONE DEI DATI DELLA COMUNICAZIONE INTEGRATIVA ARCHIVIO RAPPORTI FINANZIARI (Fabio Vichi)

Per effetto dell'art. 11 del D.L. 201/2011 gli intermediari finanziari sono obbligati a comunicare all'Anagrafe Tributaria le movimentazioni che hanno interessato i rapporti di cui all'art. 7 del D.P.R. 605/1973 ed ogni altra informazione necessaria ai fini dei controlli fiscali, nonché l'importo delle operazioni finanziarie.

Più specificatamente, il sesto comma dell'art. 7 del D.P.R. 605/1973 prevede che i soggetti di seguito menzionati sono tenuti a rilevare e a tenere in evidenza i dati identificativi, codice fiscale compreso, di ogni soggetto che intrattenga con loro qualsiasi rapporto, anche non continuativo, o effettui, anche per conto e a nome di terzi, qualsiasi operazione di natura finanziaria:

- le Banche;
- le Poste Italiane;
- gli intermediari finanziari;
- le imprese di investimento (SIM);
- gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR);
- le società di gestione del risparmio (SGR);
- le società fiduciarie;
- le società ed enti di assicurazione per le attività finanziarie;
- ogni altro operatore finanziario (es. confidi, cambia valute, holding di partecipazione...).

Per ciò che riguarda gli operatori finanziari in oro si rimanda al capitolo n. 6 "Sintesi e paradossi sull'adempimento degli operatori professionali in oro all'anagrafe tributaria".

Nel novero delle operazioni rientranti nella comunicazione sono presenti:

- le garanzie prestate;
- i libretti di deposito sia al portatore che nominativi;
- le operazioni extra-conto (come previsto dalla circolare n. 1/2008 della Guardia di Finanza si elencano alcune tipologie di operazioni: richiesta di assegni circolari e in valuta estera, cambio assegni, acquisti o vendite di valuta estera o di titoli e certificati di deposito, richiesta di vaglia e buoni postali, pagamenti per cassa);
- conti cointestati al contribuente accertato e cointestati a terzi in cui il soggetto può operare;
- locazione di cassette di sicurezza;
- consulenza in materia di strategia d'impresa e di emissione e collocamento i strumenti finanziari.

Sono invece escluse le seguenti operazioni;

- pagamenti tramite bollettino di conto corrente postale per un importo unitario inferiore ad € 1.500;
- i pagamenti di pensione, utenze, contributi previdenziali e assicurativi, imposte, tasse e canoni radiotelevisivi, ticket sanitari, canoni cimiteriali, titoli di trasporto pubblico e privato, biglietti per manifestazioni sportive e varie;

- pagamenti e incassi effettuati nell'ambito del servizio di tesoreria svolto per conto dello Stato o di enti pubblici non economici.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 32 del 19/10/2006 precisa che deve ritenersi escluso anche il cosiddetto leasing operativo in quanto trattasi di operazione non avente carattere finanziario.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 18 del 04/04/2007, fornendo alcuni chiarimenti stabilisce che:

- sono esclusi dall'obbligo di comunicazione i rapporti aventi ad oggetto la sola prestazione di servizi di consulenza;
- devono essere comunicati anche i rapporti di cui siano titolari soggetti non residenti e quelli coperti dal cosiddetto "scudo fiscale";
- devono essere comunicati anche i rapporti che hanno come controparte un altro intermediario finanziario con eccezione per quelli che abbiano finalità di mero regolamento contabile.

Per ogni tipo di rapporto sopra menzionato, il Provvedimento attuativo dell'art. 11 del D.L. 201/2011 emanato dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate in data 25/03/2013, stabilisce che oggetto della comunicazione sono:

- dati identificativi del rapporto, compreso il relativo codice univoco riferito al soggetto che ne ha la disponibilità, inclusi procuratori e delegati, nonché tutti i cointestatari;
- i dati relativi ai saldi del rapporto suddivisi in iniziali (all'01/01 o data di apertura) e finali (al 31/12 o data di chiusura);
- i dati relativi agli importi totali delle movimentazioni distinte tra dare e avere per ogni tipologia di rapporto, conteggiati su base annua.

Viene specificato inoltre che sono oggetto di comunicazione anche il numero totale degli accessi effettuati nell'anno presso le cassette di sicurezza, nonché l'importo totale degli acquisti con carte di credito.

Una nota dell'Agenzia delle Entrate² pubblicata nell'Aprile 2014 rinvia l'adempimento in questione ad una data da precisarsi. Tale dilazione sembra dovuta alla volontà dell'Agenzia di acquisire, all'interno della comunicazione, l'ulteriore informazione inerente le giacenze medie dei rapporti bancari.

Al fine di rendere più completa l'esposizione, di seguito si riporta la tabella allegata al citato Provvedimento che riguarda tutti i tipi di rapporto oggetto di comunicazione.

Codice	Descrizione	Dettaglio rapporto
1	Conto corrente	Qualsiasi tipologia di conto corrente intestato a persone fisiche e non fisiche acceso in forma contrattuale
2	Conto deposito titoli e/o obbligazioni	Qualsiasi tipologia di deposito titoli, compresi gli eventuali sub depositi; nella descrizione del rapporto si dovranno riportare tutti i dati relativi al deposito
3	Conto deposito a risparmio libero/vincolato	Nominativi e al portatore – Nella descrizione "rapporto" riportare tutti i dati compresi eventualmente quelli degli esecutori materiali
4	Rapporto fiduciario ex legge n. 1966/1939	Rapporto contrattuale tipico tra fiduciante e fiduciaria (vedere operazioni codici dal 201 al 216)
5	Gestione collettiva del risparmio	Vanno ricompresi in questo codice tutti i rapporti riconducibili a sottoscrizioni di quote di fondi di qualsiasi tipo e di SICAV, OICR, SGR
6	Gestione patrimoniale	Nella descrizione del rapporto va riportato il tipo di gestione e nel campo importo l'ammontare del contratto di gestione
7	Certificati di deposito e buoni fruttiferi	Nominativi e al portatore – Oltre al beneficiario va indicato l'importo facciale del titolo e la sua scadenza.

² "in base al punto 3.1 del Provvedimento del 25 marzo 2013, la comunicazione integrativa annuale all'Archivio dei rapporti con gli operatori finanziari dell'anno 2013 avente ad oggetto i saldi ed i movimenti, è prevista entro il 20 aprile 2014. Tenuto conto dell'esigenza di acquisire ulteriori informazioni utili all'attività di controllo al fine di uniformare e semplificare l'adempimento, con un provvedimento del Direttore dell'Agenzia, di prossima emanazione, sarà fissato un nuovo ed unico termine per la trasmissione dei nuovi elementi, unitamente a quelli relativi ai saldi e movimenti 2013".

		Vanno anche riportati i buoni di risparmio postali
8	Portafoglio	Indicare la forma tecnica di lavorazione della partita di foglio (Sconto, SBF, Conto Anticipo Ricevute)
9	Conto terzi individuale/globale	Rapporto diverso dal conto corrente di corrispondenza. Questo nella contabilità bancaria fa parte dei conti debitori e creditori diversi. L'operatore deve riportare tutti i conti terzi transitori nominativi e del conto terzi globale, i sub conti del conto terzi globale se nominativi
10	Dopo incasso	Forma tecnica di lavorazione dei titoli ceduti all'incasso agli intermediari ed accreditati alla clientela solo dopo l'avvenuto incasso. Va segnalato il cedente e l'importo della partita
11	Cessione indisponibile	Conto d'ordine infruttifero che accoglie partite di effetti da accreditare solo a maturazione delle singole scadenze o di una scadenza media. Va segnalato il cedente ed il saldo del conto d'ordine
12	Cassette di sicurezza	Riportare nella descrizione del rapporto tutti i dati del contratto d'affitto della cassetta, compresi i verbali di discesa in cassetta nei formati previsti dal provvedimento in caso di richiesta di documentazione
13	Depositi chiusi	Segnalare tutti i dati del contratto di deposito
14	Contratti derivati	Sono compresi sia i contratti derivati finanziari che i contratti derivati su crediti. Ad esempio i contratti swap, option, futures, contratti a termine, ecc.) nonché i contratti risultanti dalla loro combinazione. Nella descrizione riportare i dati fondamentali del contratto
15	Carte di credito/debito	Nel campo importo va riportato il plafond di spesa abbinato alla carta di credito. Per le carte di debito sono da riportare i dati del titolare e la banca del conto di appoggio
16	Garanzie	Sono comprese sia le garanzie reali che personali, sia quelle prestate alla clientela che quelle ricevute dalla clientela o da terzi
17	Crediti	Fidi in bianco e garantiti, a scadenza e a revoca. Conti anticipo di ogni tipo, crediti di firma, crediti in contenzioso, crediti documentari, operazioni di cartolarizzazione
18	Finanziamenti	Finanziamenti a medio-lungo termine, prestiti rateali, mutui ipotecari, finanziamenti chirografari, credito al consumo, prestiti personali. Vanno ricompresi in questo codice anche i prestiti obbligazionari e il finanziamento soci
19	Fondi pensione	Vanno segnalati i fondi aperti
20	Patto compensativo	Segnalare l'importo del patto convenuto tra intermediario e cliente
21	Finanziamenti in pool	Segnalare la quota di partecipazione al finanziamento in pool
22	Partecipazioni	Detenzione di partecipazioni societarie
23	Prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione	Polizze unit-linked Polizze index-linked Contratti ed operazioni di capitalizzazione
24	Acquisto vendita di oro e metalli preziosi	Obbligo riferito, oltre che ai soggetti previsti dall'art. 2 della Legge n. 7 del 17 gennaio 2000, anche ai soggetti previsti dall'art. 1 co. 3 della stessa legge n. 7/2000
99	Altro rapporto	Codice residuale da utilizzare nel caso di rapporto non riferibile ai codici dall'1 al 24

Tutte le informazioni presenti in Anagrafe Tributaria, derivanti dalle comunicazioni eseguite ai sensi degli artt. 7 6°c del D.P.R. 605/73 e 11 2°c. D.L. 201/2011, sono utilizzate dall'Amministrazione Finanziaria

solamente per la formazione di apposite liste di controllo. L'inclusione di un contribuente in queste liste non può generare automaticamente nessun tipo di accertamento.

Tali informazioni non possono costituire la diretta fonte di innesco di una indagine finanziaria che può essere attivata solo mediante il rispetto della procedura indicata negli artt. 32 del D.P.R. 600/73 e 51 del D.P.R. 633/72 e sempre dietro preventiva autorizzazione.

Pertanto, l'essere ricompresi in una lista selettiva, determina solamente la possibilità di essere oggetto di controllo fiscale. Solo se a seguito di questo controllo emergono indizi di evasione ed elementi di pericolosità fiscale, scatterà l'eventuale l'indagine finanziaria.

L'elaborazione dei dati acquisiti attraverso procedure informatiche di massa, permettono, all'Agenzia delle Entrate, di individuare specifici indici di controllo in grado di generare indicatori di anomalie finanziarie. Esempi di anomalie possono essere:

- le operazioni non coerenti con il profilo economico e patrimoniale del contribuente;
- utilizzo di particolari mezzi e modalità di pagamento (contanti);
- anomala distribuzione territoriale dei rapporti finanziari;
- utilizzo frequente di operazioni fuori conto;
- elevati accessi alle cassette di sicurezza.

Di per sé questi tipi di riscontri non possono costituire assolutamente un indizio di evasione fiscale tale da far scattare, in capo al contribuente, un accertamento.

L'Amministrazione Finanziaria dovrà pertanto effettuare ulteriori indagini tali da suffragare l'anomalia riscontrata. L'incongruenza deve pertanto essere confrontata con le dichiarazioni dei redditi e con i patrimoni del soggetto oggetto di controllo fiscale.

Se l'anomalia riscontrata non viene confortata dalle suddette verifiche il contribuente entrerà a far parte delle liste di controllo e il Fisco inizierà la sua attività accertativa che potrà consistere in un semplice invio di un questionario al contribuente, in una vera e propria verifica fiscale, in una indagine finanziaria oppure in un accertamento sintetico.

Pertanto, solo con l'apertura della fase accertativa nei confronti di un contribuente, l'Amministrazione Finanziaria è legittimata ad attivare l'indagine finanziaria, il cui iter autorizzativo, visto anche la particolarità dei dati trattati, è sottoposto ad una articolata procedura.

Infatti, dietro parere motivato degli uffici periferici, e dopo un controllo di legittimità, di merito e anche di convenienza in termini di costi, il Direttore Centrale dell'Accertamento o il Direttore Regionale, per richieste provenienti dall'Agenzia delle Entrate, o il Comandante Regionale, per le richieste provenienti dai reparti operativi della Guardia di Finanza, ai sensi degli artt. 32 del D.P.R. 600/73 e 51 del D.P.R. 633/72, autorizzano l'accesso nella apposita sezione dell'Anagrafe Tributaria. In tale sezione sono presenti tutti i flussi informativi mensili di tutti gli operatori finanziari in ordine all'instaurazione, modificazione, cessazione dei rapporti con i terzi.

L'indagine finanziaria può però essere attivata anche:

- dalle Commissioni Tributarie (art. 7 D. Lgs 546/92) che, tra l'altro, vista la loro natura giurisdizionale, non necessitano della preventiva autorizzazione;
- dagli Agenti della Riscossione al fine di svolgere la loro funzione di riscossione coattiva.

Una volta individuati gli operatori che hanno intrattenuto rapporti con il contribuente oggetto di verifica, l'Amministrazione invia, tramite posta elettronica certificata, la richiesta di informazioni all'intermediario finanziario. A tutela della riservatezza delle informazioni acquisite in fase istruttoria, in tale richiesta non è obbligatorio allegare la citata autorizzazione.

L'operatore finanziario interpellato deve fornire le informazioni entro 30 giorni, prorogabili di ulteriori 20 qualora questo, giustificando i motivi di tale dilazione, presenti un apposita istanza al soggetto che ha autorizzato l'accesso.

L'intermediario è anche obbligato a comunicare al proprio cliente di aver ricevuto tale richiesta. Con tale comunicazione, la cui omissione non sortisce alcun effetto di validità sull'eventuale successivo avviso di accertamento, il cliente, per la prima volta, viene portato a conoscenza del fatto che è sottoposto ad indagine

finanziaria. Tale informativa è però sicuramente da considerarsi un atto dovuto/necessario al contribuente in quanto, la mancata comunicazione violerebbe il suo diritto alla difesa, diritto sancito dall'art. 24 della Costituzione. Tale principio è ribadito anche nell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 260 del 6/07/2000 che cita "il contribuente tempestivamente informato delle richieste di acquisizione delle copie dei conti, [...] potendo egli esercitare pienamente, già in sede amministrativa e quindi in sede giurisdizionale il suo diritto a fornire documenti, dati, notizie e chiarimenti idonei a dimostrare che le risultanze dei conti non sono in contrasto con le dichiarazioni presentate o che esse riguardano operazioni imponibili".

Hanno accesso alle informazioni acquisite dal Fisco anche la polizia giudiziaria, l'Ufficio Italiano Cambi, la direzione investigativa Antimafia, e la polizia valutaria. Tali soggetti utilizzeranno tali dati per accertamenti finalizzati alla ricerca ed acquisizione di prove nel corso di un procedimento penale, per le indagini preliminari e per l'esercizio delle funzioni di coordinamento del procuratore nazionale antimafia e per le fasi processuali successive, per gli accertamenti patrimoniali con finalità di prevenzione nonché per l'applicazione di misure di prevenzione.

Visto che lo strumento dell'indagine finanziaria è utile per acquisire elementi necessari a ricostruire l'effettiva disponibilità reddituale o, per l'imposta sul valore aggiunto, per l'effettivo volume di operazioni imponibili e di acquisti, l'Amministrazione Finanziaria non potrà utilizzare i dati comunicati oltre i termini massimi di decadenza previsti in materia di accertamento delle imposte sui redditi (entro il 31/12 del quarto anno o quinto anno in caso di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi che possono però raddoppiare in presenza di un reato tributario).

Considerata la sensibilità dei dati contenuti, il Garante per la protezione dei dati personali è intervenuto affinché gli operatori finanziari adottino meccanismi di cifratura e di sicurezza idonei a garantire la riservatezza delle informazioni e la loro corretta conservazione. A tal fine è stato stabilito che l'accesso al file debba essere limitato ad un numero di incaricati il più ristretto possibile.

2. SINTESI E ULTIMI PARADOSSI SULL'ADEMPIMENTO DEGLI OPERATORI PROFESSIONALI IN ORO ALL'ANAGRAFE TRIBUTARIA (Stefano Capaccioli)

Sommario: 2.1. Premessa. - 2.2. Soggetti obbligati. - 2.3. Provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate. - 2.4. Fonti normative dei provvedimenti. - 2.5. Operatori professionali in oro e provvedimenti. - 2.6. Aspetti interpretativi. - 2.7. Consulenza giuridica dell'Agenzia delle Entrate n. 97319 del 08.08.2013. - 2.8. Le Risposte alle FAQ Agenzia delle Entrate n. 0040279 del 20.03.2014 - 2.9. Conclusioni.

2.1. PREMESSA

L'art. 7 del D.P.R. 29.09.1973, n. 605, e in particolare i commi 6 e 11, nella versione definitiva a seguito della ultima modifica per effetto dell'art. 63 del Decreto legislativo 21.11.2007 n. 231, prevede che gli operatori finanziari comunicano all'Anagrafe Tributaria l'esistenza e la natura di tutti i rapporti da essi intrattenuti o effettuati con l'indicazione dei dati anagrafici dei vari soggetti, compreso il codice fiscale, fatta eccezione delle operazioni effettuate mediante versamento in conto corrente postale per un importo unitario inferiore a 1.500 euro.

La platea dei soggetti sottoposti a tali obblighi comunicativi è stata estesa con il decimo comma dell'art. 10 del D.Lgs. 13.08.2010, n. 141 ai soggetti che esercitano in via prevalente, non nei confronti del pubblico, le attività di assunzione e gestione di partecipazione, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestiti obbligazionari e di rilascio di garanzie, esclusi dagli obblighi dell'articolo 106 del decreto legislativo 01.09.1993, n. 385.

Infine, con l'art. 21 del Decreto legge 31.05.2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 30.07.2010, n. 122, al comma 1-ter, è stato esteso l'obbligo agli operatori finanziari che emettono carte di credito, di debito o prepagate, di comunicare all'Agenzia delle Entrate le operazioni in relazione alle quali il pagamento dei

corrispettivi sia avvenuto mediante carte di credito, di debito o prepagate emesse dagli operatori finanziari stessi.

Quindi la legge prevede la platea dei soggetti che devono ottemperare a tale obbligo, con estensione progressiva attraverso norme di legge.

2.2. SOGGETTI OBBLIGATI

Il concetto di operatore finanziario è sufficientemente delineato: nello specifico sono considerati tutti gli operatori di cui al Tub (Testo Unico Bancario delle leggi in materia bancaria e creditizia decreto legislativo 1.9.1993, n. 385 e successive modifiche), ed in particolare:

- Banche
- Poste italiane Spa
- Intermediari finanziari
- Imprese di investimento
- Organismi di investimento collettivo del risparmio
- Holding di partecipazioni
- Ogni altro operatore finanziario

La definizione attrae tutti i soggetti iscritti negli elenchi tenuti dalla Banca d'Italia, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 106, comma 1, del Tub, dell'art. 107 del Tub e dell'art. 113 del citato Tub. La norma contempla gli "altri operatori finanziari", ovvero una categoria residuale, nella quale dovrebbero poter rientrare altri soggetti la cui attività, solo in futuro, dovesse assumere valenza di intermediazione finanziaria.

Non per altro, per attrarre i soggetti che, fuori dal campo di applicazione dell'art. 106 Tub, svolgono attività di assunzione di partecipazione non nei confronti del pubblico, il Legislatore ha introdotto il comma 10 dell'art. 10, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

2.3. PROVVEDIMENTI DEL DIRETTORE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Il Direttore dell'Agenzia delle Entrate ha emanato numerosi provvedimenti che si sono succeduti nel tempo e con il Provvedimento 25.03.2013, Prot. n. 37561, l'Agenzia delle Entrate ha stabilito le modalità e i termini per l'invio periodico da parte degli operatori finanziari dei dati sui saldi dei rapporti e quelli aggregati delle movimentazioni, così come previsto dall'art. 11 del Decreto legge 06.12.2011 n. 201, convertito con modificazioni nella legge 214 del 22.12.2011 .

Il Provvedimento completa gli obblighi di comunicazione da parte degli operatori finanziari all'Anagrafe Tributaria al fine di rafforzare le misure di contrasto all'evasione fiscale, ampliando la base informativa a disposizione da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Il Provvedimento del 25.03.2013 delinea i dati da comunicare consistenti nell'identificazione del rapporto finanziario, nei saldi iniziali e finali riferiti all'anno di interesse e nei dati degli importi totali delle movimentazioni distinte tra dare e avere, nonché il termine per la comunicazione annuale periodica prevista per il 20.04 dell'anno successivo a quello a cui sono riferite le informazioni..

2.4. FONTI NORMATIVE DEI PROVVEDIMENTI

I Provvedimenti trovano la loro fonte normativa nel comma 11 dell'art. 7 DPR 605/73 secondo periodo: "...Le modalità e i termini delle trasmissioni nonché le specifiche tecniche del formato dei dati sono definite con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate", quindi con Provvedimento possono essere ESCLUSIVAMENTE definite:

- Modalità: Circostanza concernente la forma che può assumere un atto giuridico o amministrativo (Dizionario Hoepli).
- Termini: Data entro la quale la comunicazione deve essere inviata.
- Specifiche tecniche del formato dei dati: la definizione della convenzione che viene usata per leggere, scrivere e interpretare i contenuti di un file.

L'altra fonte (sempre per le comunicazioni all'anagrafe tributaria) è contenuta nell'art. 11 del Decreto legge 06.12.2011 n. 201 convertito con modificazioni nella legge 214 del 22.12.2011 comma 2: "2. A far corso dal 1° gennaio 2012, gli operatori finanziari sono obbligati a comunicare periodicamente all'anagrafe tributaria le movimentazioni che hanno interessato i rapporti di cui all'articolo 7, sesto comma, del decreto del

Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 605, ed ogni informazione relativa ai predetti rapporti necessaria ai fini dei controlli fiscali, nonché l'importo delle operazioni finanziarie indicate nella predetta disposizione (...)".

Quindi l'obbligo di comunicazione periodica è riferito agli OPERATORI FINANZIARI, per le movimentazioni di cui al comma 6 dell'art. 7 Dpr 605/73 che nella formulazione dello stesso consiste in *"qualsiasi rapporto o effettui, per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, qualsiasi operazione di natura finanziaria ad esclusione di quelle effettuate tramite bollettino di conto corrente postale per un importo unitario inferiore a 1.500 euro"*.

Per realizzazione quanto sopra, la fonte normativa del Provvedimento è il comma 3: *"Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, sentiti le associazioni di categoria degli operatori finanziari e il Garante per la protezione dei dati personali, sono stabilite le modalità della comunicazione di cui al comma 2, estendendo l'obbligo di comunicazione anche ad ulteriori informazioni relative ai rapporti strettamente necessarie ai fini dei controlli fiscali"*.

Quindi con Provvedimento possono essere ESCLUSIVAMENTE definite:

- Modalità (vedi sopra).
- Eventuale estensione dell'obbligo ad ulteriori informazioni (MA NON AD ULTERIORI SOGGETTI!).

2.5. OPERATORI PROFESSIONALI IN ORO E PROVVEDIMENTI

Il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 06.12.2011 recante modifiche al Provvedimento dello stesso del 20.12.2010 sostituisce la tabella dei tipi di rapporto, prevedendo la tipologia "24 - Acquisto vendita di oro e metalli preziosi con la spiegazione: Obbligo riferito, oltre che ai soggetti previsti dall'art. 2 della legge n. 7 del 17 gennaio 2000, anche ai soggetti previsti dall'art. 1, comma 3, della stessa legge n. 7/2000." Detta tipologia è prevista anche nel Provvedimento del 25.03.2013.

In aggiunta, il Provvedimento n. 2012/50136 del 20.06.2012, relativo alle modalità di trasmissione telematica delle richieste e delle risposte nonché dei dati, notizie e documenti in esse contenuti, prevede nella tabella degli operatori finanziari la "Tipologia 10 – Addetti al Commercio di Oro".

Nulla quaestio se tale richiesta si incardina sull'estensione di richiesta di informazioni agli operatori finanziari, ma se e solo se concerne coloro che sono già attratti all'obbligo, NON POTENDO in nessun maniera i Provvedimenti ampliare la platea dei soggetti obbligati a tale adempimento, date le fonti normative che disciplinano il potere del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

La presenza di tale categoria porta a supporre che gli Operatori Professionali in Oro siano obbligati a comunicare l'esistenza di rapporti instaurati con clienti e, pertanto, in virtù dell'art. 11 del Decreto legge 06.12.2011 n. 201 convertito con modificazioni nella legge 214 del 22.12.2011 gli Operatori Professionali in Oro dovrebbero comunicare le movimentazioni all'Agenzia delle Entrate.

È di solare evidenza che, in tale evenienza, i Provvedimenti eccedono rispetto alla delega.

2.6. ASPETTI INTERPRETATIVI

A tal fine si rileva preliminarmente come l'attività degli Operatori Professionali in Oro si configuri **QUALE COMMERCIO DI BENI FISICI**.

La prima domanda cui deve essere data risposta è sulla soggettività passiva all'obbligo: per essere soggetti all'adempimento la questione è questa: sono Operatori Finanziari gli Operatori Professionali in Oro? L'oro è un prodotto finanziario?

La risposta è negativa, per vari motivi:

- i. l'attività degli Operatori Professionali in Oro è definita dall'art. 1 comma 3 come: *"L'esercizio in via professionale del commercio di oro"* e non quale attività finanziaria.
- ii. l'art. 2 della legge 17.01.2000, n. 7 vieta agli Operatori Professionali in Oro, che non siano banche o intermediari abilitati, lo svolgimento delle attività aventi ad oggetto operazioni finanziarie. (Art. 2. - *Operazioni finanziarie in oro* – "1. *L'esercizio in via professionale di attività aventi ad oggetto operazioni finanziarie sull'oro, rappresentato o meno da titoli, ivi comprese le monete*

d'oro, è riservato alle banche e agli intermediari abilitati, ai sensi dell'articolo 18 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, emanato con decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, all'effettuazione dei servizi di investimento."

- iii. anche da un punto di vista del Testo Unico Bancario, le attività degli Operatori Professionali in Oro sono escluse dal concetto di "intermediari finanziari" (cui ritengo possa far riferimento l'art. 7 DPR 605/73) di cui all'art. 106 del TUB, svolgono le seguenti attività: *"concessione dei finanziamenti; riscossione crediti ceduti e servizi di cassa; servizi di pagamento; emissione moneta elettronica; servizi di investimento; promozione di contratti di finanziamento; distribuzione prodotti assicurativi; studio e ricerca economica e finanziaria; gestione di immobili ad uso funzionale; servizi informatici; formazione del personale; informazione commerciale; consulenza; recupero crediti; leasing operativo; locazione di beni e noleggio; assunzione di partecipazioni"*.
- iv. l'oro non è un prodotto finanziario.(Comunicazione n. DIN/12079227 del 4-10-2012 della CONSOB) in quanto carente delle caratteristiche del TUF in quanto "per "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria" debbano intendersi le proposte di investimento che implicino la compresenza dei tre seguenti elementi: (i) impiego di capitale, (ii) aspettativa di rendimento di natura finanziaria e; (iii) assunzione di un rischio connesso all'impiego di capitale"

Quindi gli Operatori Professionali in Oro non sono Operatori Finanziari e l'Oro non è un prodotto finanziario (e non appartengono quindi ai soggetti di cui all'art. 7 del DPR 605/1973 né le transazioni hanno natura finanziaria).

La seconda domanda è se il Provvedimento ha forza di legge per l'estensione, eventuale, di tali obblighi agli operatori professionali in oro.

La risposta è nuovamente negativa perché il Provvedimento, con la sua natura amministrativa, non può imporre obblighi che la legge non contempla, anche in relazione all'art. 23 della Costituzione.

Non essendo gli Operatori Professionali in Oro qualificabili quali operatori finanziari l'adempimento non può essere a loro diretto.

2.7. Consulenza Giuridica dell'Agenzia delle Entrate n. 97319 del 08.08.2013

Il pasticcio di questo adempimento e della confusione che ha ingenerato, ha raggiunto il suo apice a seguito della Istanza di Consulenza Giuridica n. N57002 del 13.05.2013, istanza errata in quanto è stato richiesto:

- a) dovrebbero essere comunicate all'Archivio soltanto le operazioni attinenti al cosiddetto "oro da investimento";
- b) non dovrebbero invece essere comunicate le operazioni relative al cosiddetto "oro industriale";
- c) non dovrebbero essere oggetto di comunicazione nemmeno le cessioni di "oro da investimento" nei confronti di imprese di produzione di oggetti preziosi, giacché trattasi di transazioni aventi ad oggetto oro destinato non più a riserva di valore ma a successiva lavorazione, per cui muta la propria qualificazione ai sensi della già citata legge n. 7 del 2000;
- d) non dovrebbero essere comunicate le transazioni riguardanti i metalli preziosi diversi dall'oro (come ad esempio argento, platino, palladio), in quanto la legge n. 7 del 2000 non stabilisce alcuna riserva a favore degli operatori professionali in oro, in merito ai suddetti metalli, che possono pertanto essere oggetto di compravendita da parte di qualsiasi operatore, anche non "finanziario".

Le risposte da parte dell'Agenzia destano molte perplessità, molte di più di quelle che sarebbero emerse in assenza di richiesta di chiarimenti.

Dal testo estrapoliamo alcuni passi che sono significativi, anche alla luce di quanto sopra scritto.:

"(...) In considerazione del fatto che l'obbligo di comunicazione all'Archivio è rivolto agli operatori finanziari e che oggetto di comunicazione sono i rapporti e le operazioni di natura finanziaria di cui all'art.7 del DPR 605/1973, l'obbligo comunicativo in parola è circoscritto alle sole operazioni aventi ad oggetto l'oro di cui alla citata lettera a) dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 7 del 2000, ossia l'oro da investimento.

Restano pertanto fuori dal perimetro comunicativo gli acquisti e le vendite di oro di cui alla suddetta lettera b) del ripetuto comma 1 dell'articolo 1, ossia il cosiddetto oro ad uso industriale, in quanto si tratta, in sostanza, di transazioni che rappresentano semplicemente operazioni di natura

commerciale volte all'approvvigionamento di materia prima a favore di soggetti che impiegano il materiale prezioso nella loro attività caratteristica di produzione di gioielli”.

Ora, leggere l'interpretazione che la dizione “Oro da Investimento” sottenda una operazione finanziaria è sconcertante, e dimostra la non comprensione né del settore né tantomeno dell'attività. E la risposta continua in maniera peggiore, distinguendo tra cessioni a privati, ritenute quali investimenti, da quella ad imprese, ritenute quale materia prima.

[...]

Le cessioni di "oro da investimento", effettuate nei confronti di imprese di produzione di oggetti preziosi, pur trattandosi di transazioni aventi ad oggetto oro destinato non più a riserva di valore, ma a successiva lavorazione, rientrano nell'obbligo di comunicazione in ragione del fatto che si tratta di materia ricompresa nella categoria di cui alla lettera a) dell'art. 1 della legge 7/2000 e, ai fini che qui interessano, per fornire opportune indicazioni circa l'effettiva destinazione dell'oro da investimento a diversi usi, ovvero usi industriali.

Le transazioni riguardanti i metalli preziosi diversi dall'oro (argento, platino, palladio, ecc.), in considerazione del fatto che la compravendita di questi metalli può assumere anche natura non finanziaria, restano escluse dall'obbligo di comunicazione.

Peraltro, le transazioni della specie possono essere effettuate da soggetti diversi dagli operatori professionali in oro, di difficile individuazione. Di conseguenza la predetta segnalazione - sia pure richiesta dal codice 24 della nuova Tabella dei rapporti allegata al Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del 6/12/2011- risulterebbe parziale e non omogenea.

Si osserva inoltre che la compravendita di tali metalli non sia soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva alla Banca d'Italia.

Quindi, con interpretazione assai discutibile, devono essere comunicati:

1. Solo Cessioni di Oro da Investimento a Privati;
2. Esclusione di Oro Industriale;
3. Esclusione di altri metalli preziosi.

Da ciò emerge l'assoluta confusione, con una interpretazione del Provvedimento che risulta senza alcuna logica letterale poiché sconta la contraddizione iniziale: gli Operatori Professionali in Oro non sono né possono essere Operatori Finanziari e l'Oro non è un prodotto finanziario.

La Consulenza Giuridica del 08.08.2013 contiene ulteriori contraddizioni letterali nel testo:

- 1) Se la tipologia 24(*Acquisto vendita di oro e metalli preziosi: Obbligo riferito, oltre che ai soggetti previsti dall'art. 2 della legge n. 7 del 17 gennaio 2000, anche ai soggetti previsti dall'art. 1, comma 3, della stessa legge n. 7/2000*) prevista nel Provvedimento del 06.12.2011 è corretta, la comunicazione deve essere fatta per l'oro e per tutti i metalli preziosi. La distinzione che viene fatta nella Consulenza giuridica tra cessioni di Oro da Investimento e Oro Industriale non è confortata dal dettato del Provvedimento, che include anche i Metalli Preziosi (Argento, Platino e Palladio).
- 2) Non si riesce a comprendere perché l'Oro sia considerato quale investimento, mentre gli altri metalli preziosi non vengono considerati tali, visto che sono egualmente quotati! (codice ISO 4217: XAU per l'Oro, XAG per l'Argento, XPT per il Platino e XPD per il Palladio).
- 3) Dato che tutti i metalli preziosi sempreché siano allo stato grezzo o monetato determinano un reddito imponibile (Art. 67 TUIR), non è possibile comprendere come mai solo l'Oro da Investimento debba essere comunicato.
- 4) Infine, come può l'operatore Professionale in Oro conoscere se l'azienda cessionaria intenda, legittimamente, investire una parte della propria liquidità in Oro all'interno della propria gestione di tesoreria e non destinarlo alla lavorazione successiva?
- 5) Nel caso di cessione di monete d'oro quale è il discrimine visto che le Imposte Dirette (art. 67 TUIR) e la Normativa IVA (art. 10 Dpr 633/1972) divergono sul concetto?

In definitiva emerge come si confonda il concetto di Oro da Investimento con l'Investimento in Oro che può avvenire tramite lingotti, monete, oreficeria, pepite, verghe e qualunque oggetto contenete oro!

2.8. LE RISPOSTE ALLE FAQ AGENZIA DELLE ENTRATE N. 0040279 DEL 20.03.2014

Con le risposte alle FAQ si raggiunge il paradosso più assoluto. Pur ritenendo l'obbligo illegittimo, per mero esercizio teorico commentiamo enucleando le ulteriori contraddizioni che svelano l'assoluta incoerenza anche all'interno dell'Agenzia stessa in merito all'obbligo in questione.

Quesito n. 1

Qual è l'esatta tipologia di rapporto da utilizzare per l'invio all'archivio dei rapporti finanziari delle operazioni in oro ? E come va rilevata?

R: Il codice rapporto da utilizzare per la comunicazione delle operazioni in oro è il 24; l'esistenza di un rapporto di tipo 24 si verifica in coincidenza con la creazione di un'anagrafica cliente/fornitore in occasione del suo primo acquisto di oro da investimento nel periodo di riferimento della comunicazione.

Si dimentica che l'oro da investimento può essere ceduto tramite scontrino o ceduto all'estero a persona fisica e/o giuridica che non ha (né deve) avere il codice fiscale.

Quesito n. 2

Quali sono i dati da comunicare obbligatoriamente per le operazioni in oro ?

R: La comunicazione annuale deve riportare i totali degli acquisti e delle vendite di oro (campi importo 3 e 4 della tabella allegato n. 1 al provvedimento del 25 marzo 2013) mentre i campi 1 e 2 sono da valorizzare a zero.

Se l'Operatore Professionale in Oro è operatore finanziario, allora tutti gli obblighi sono a lui riferiti: come mai solo ed esclusivamente la cessione dell'oro e non le altre operazioni?

Quesito n. 3

Da quando decorre l'obbligo di comunicazione delle operazioni in oro ?

R: L'obbligo decorre dall'anno 2012. Si fa presente che l'invio della comunicazione annuale riferita all'anno 2012 deve essere preceduta dagli invii dei flussi mensili delle anagrafiche. I predetti invii devono avvenire entro il 31 marzo 2014.

Qui l'Agenzia delle Entrate si accorge di un altro buco normativo: se gli operatori professionali in oro sono operatori finanziari avrebbero dovuto inviare le comunicazioni mensili previste dall'Art. 7 comma sesto del Dpr 605/1973, che ovviamente sarebbero tutte in ritardo e sanzionabili e con le risposte a FAQ si cerca di "condonare" maldestramente tale vuoto.

Quesito n. 4

Si chiede conferma che le operazioni di compravendita di oro da investimento, a qualsiasi titolo effettuate e per qualunque importo devono essere comunicate ad eccezione del caso in cui il bene (ad esempio la moneta d'oro) sia in stato di corrosione ovvero non sia più un bene fungibile come investimento ma venga destinata alla fusione (a comprova l'operatore in oro può tenere apposita fotografia o dichiarazione).

R: Dal momento che l'oggetto d'oro da investimento viene destinato alla fusione perché corrosivo o comunque non più idoneo a costituire investimento, la comunicazione della relativa compravendita non è più dovuta. In tal caso è sufficiente tenere agli atti apposita dichiarazione.

Il concetto di "oro corrosivo" di cui al quesito n. 4 fa sorridere e va contro le leggi della chimica. È fatto notorio che l'oro da investimento deve avere requisiti di purezza (maggiore di 995/000) e che l'oro è il metallo che ha tra le più alte resistenze alla corrosione, quindi solo pensare oro in stato di corrosione indica che nulla si sa dell'oro! Non per altro l'unico sistema per "corroderlo" è scioglierlo nell'acido nitroclorico (acqua regia), ma in tali casi non si può parlare di corrosione ma di trasformazione in acido nitroaurico (e sconsiglio vivamente a chiunque di mettere le mani dentro tale soluzione). Le monete corrose possono ahimè essere solamente quelle con lega molto bassa (inferiore a 325/1000 che neanche integrano il concetto di oro industriale).

Quesito n. 5

Si chiede conferma che, in caso di compravendita tra due operatori professionali in oro in cui uno dei due soggetti acquista a fini di uso industriale, la comunicazione spetta solo al soggetto che ha venduto l'oro e non all'operatore che

lo ha acquistato (ovviamente in caso che l'operatore che ha acquistato decida di rivendere il bene a un terzo dovrà a sua volta comunicare l'operazione).

R: Come già illustrato nelle istruzioni dell'8 agosto 2013, l'acquisto di oro per uso industriale è escluso dalla comunicazione all'Archivio dei rapporti finanziari.

Se due operatori professionali si scambiano oro, come è possibile conoscerne la destinazione per il cedente? Poi, se l'obbligo è in caso di OPERAZIONI sia di acquisto sia di vendita, come è possibile limitare solo al cedente? Restano (?) comunque assolutamente incerti i seguenti casi:

1. Vendita di oro da investimento con reverse charge?
2. Vendita di oro da investimento al fine di trasformarlo in oro industriale (trasformazione in lamina)?

Quesito n. 5

In caso che un banco metalli riceva rottami da un operatore professionale in oro e a fronte di un corrispettivo per la lavorazione, trasformi i rottami in lingotti 24 k, riteniamo che non debba essere comunicato niente in quanto non avviene passaggio di proprietà (l'operatore professionale comunicherà al momento della successiva rivendita del lingotto). È corretta tale ipotesi ?

R: Sì, è corretta: la lavorazione di rottami non è oggetto di comunicazione all'Archivio. E' da comunicare la successiva rivendita di oro da investimento.

Si ribadisce per l'ennesima volta che il concetto di rottame è alieno alla normativa sull'oro.

Quesito n. 7

Si chiede che sia possibile, per evitare di dover comunicare ogni compravendita come singolo rapporto, di poter comunicare l'apertura del rapporto e a fine anno di comunicare il numero delle operazioni effettuate e il saldo relativo, senza dover per ogni compravendita aprire e chiudere il rapporto continuativo.

R: La comunicazione all'Archivio dei rapporti finanziari delle operazioni in oro avviene con segnalazioni di apertura di rapporti di tipo 24, che sono rapporti di tipo continuativo. Non è necessario, pertanto, comunicare l'apertura e la chiusura del rapporto per ogni singola operazione. Posto che l'apertura del rapporto 24 sarà comunicata, come indicato nella risposta al quesito n. 1, con la creazione di un'anagrafica cliente/fornitore in occasione della sua prima compravendita di oro da investimento, la chiusura del rapporto sarà comunicata in ogni caso a fine anno.

Se le operazioni di compravendita proseguissero con lo stesso cliente nell'anno successivo, il rapporto di tipo 24 dovrà essere riaperto. Tale modalità di comunicazione è consentita già a partire dalle operazioni del 2012.

La risposta al quesito 7 sconta ulteriormente l'errore di fondo, confondendo l'oro da investimento con l'investimento in oro: La comunicazione all'Archivio dei rapporti finanziari delle operazioni in oro avviene con segnalazioni di apertura di rapporti di tipo 24, che sono rapporti di tipo continuativo. Nel caso di banche metalli, i rapporti sono commerciali (e non finanziari preclusi dell'art. 2 della legge 7/2000) che si concludono con la compravendita.

Quesito n. 8

Si chiede infine che per i rapporti di tipo 24 non sia vincolante l'attribuzione del codice fiscale in caso di rapporto con turisti che vengono in Italia e che se desiderano acquistare lingottini/monete d'oro dato che le procedure di rilascio del codice fiscale paralizzerebbero l'operatività dell'operatore professionale in oro.

R: La comunicazione all'archivio dei rapporti finanziari delle operazioni di compravendita di oro da investimento richiede che, nel caso di clienti che ne siano sprovvisti, venga loro attribuito il codice fiscale.

Si fa presente che ai fini dell'assolvimento dell'obbligo previsto dall'articolo 6, lettera g-quinquies del DPR n. 605/1973 è possibile per gli operatori finanziari richiedere direttamente l'attribuzione del codice fiscale dei clienti non residenti presso gli Uffici Territoriali dell'Agenzia.

Nei soli casi in cui la attribuzione del codice fiscale al cliente turista comporti una difficoltà tale da pregiudicare l'esito positivo della comunicazione, si può optare per la segnalazione della vendita col tramite della comunicazione polivalente ex art. 21 decreto legge n. 78 del 2010 (spesometro). In questa ipotesi, le informazioni dovranno essere riportate nella sezione del modello polivalente riservata alle operazioni con soggetti non residenti (quadro FN).

È opportuno evidenziare che la segnalazione eventualmente inviata con lo spesometro perde, rispetto alla comunicazione all'archivio rapporti finanziari che transita sul SID, e caratteristiche di riservatezza e di sicurezza nel trasporto dei dati.

Il quesito cerca di rispondere ad una ulteriore fragilità: l'assenza di codice fiscale per stranieri (*"in caso di rapporto con turisti che vengono in Italia e che se desiderano acquistare lingottini/monete d'oro"*), sollevando la problematica del turista straniero e dimenticandosi che il mercato dell'oro è "mercato mondiale" e le transazioni *de quo* non sono equiparabili all'acquisto in una boutique di un capo di abbigliamento o una borsa. Ad ogni buon conto, viene suggerito di seguire la procedura di cui all'art. 6, lettera g-quinquies del DPR 605/73 recita: *"1. Il numero di codice fiscale deve essere indicato nei seguenti atti: (...) g-quinquies) atti o negozi delle società e degli enti di cui all'articolo 32, primo comma, numero 7), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, conclusi con i clienti per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi clienti, riguardanti l'apertura o la chiusura di qualsiasi rapporto continuativo"*. Il riferimento citato, però, non fa riferimento all'art. 7 del Dpr 605/73 (da cui origina l'obbligo in questione), bensì all'art. 32 del DPR 605/73 sulle indagini finanziarie!

La risposta poi suggerisce che, in caso di difficoltà, di comunicare la transazione tramite Spesometro, ammonendo che, in tal caso, la comunicazione perde le *"caratteristiche di riservatezza e di sicurezza nel trasporto dei dati"*(!). Da ciò parrebbe che l'invio tramite spesometro non abbia riservatezza né sicurezza nel trasporto dei dati?

2.9. CONCLUSIONI

Nella speranza che venga posta fine a questa farsa il prima possibile (anche perché l'Agenzia non ha pubblicato nessun software gratuito rendendo, quindi, ONEROSO l'adempimento), si ribadisce per l'ennesima volta che tale adempimento è pertanto:

- 1) illegittimo, per carenza di una norma di legge.
- 2) inopportuno, per svolgimento di attività di commercio e non attività finanziaria da parte degli operatori professionali in Oro.
- 3) contraddittorio, perché attrae solo alcuni aspetti in maniera incoerente (esclusione di altri metalli).
- 4) inutile, perché i dati sono già in possesso (comunicazione Banca d'Italia) e saranno in possesso (Spesometro).
- 5) impossibile, per la presenza di elementi e/o situazioni che rendono tale adempimento impossibile.

3. L'AUTORIZZAZIONE ALLE INDAGINI FINANZIARIE (Francesca Malduri)

Sommario: 3.1. Premessa. - 11.2. Il contraddittorio preventivo nelle indagini finanziarie

3.1. PREMESSA

Lo svolgimento delle indagini finanziarie deve essere preceduto dal rilascio di un'autorizzazione da parte di un organo superiore rispetto all'ufficio o al reparto cui è demandata l'attività di accertamento. L'obbligo di procedere alla preventiva richiesta di autorizzazione è stato esteso anche alle richieste di accesso all'Anagrafe dei rapporti finanziari.

La competenza al rilascio dell'autorizzazione spetta:

- per l'Agenzia delle Entrate, al Direttore Centrale dell'Accertamento ovvero al Direttore Generale;
- per la Guardia di Finanza, al Comandante Regionale;
- per l'Agenzia delle Dogane, al Direttore Regionale.

Il provvedimento di autorizzazione permette di identificare preventivamente le motivazioni che stanno alla base dell'adozione di un'attività di accertamento nei confronti del contribuente.

L'autorizzazione preventiva risponde così all'esigenza di esplicitare i presupposti che stanno alla base dell'indagine, in diretta applicazione del principio di legalità e trasparenza dell'azione amministrativa così come previsto dall'art. 7 dello Statuto del Contribuente.

L'autorizzazione viene interpretata come un atto "garantista" dalla stessa Amministrazione Finanziaria la quale afferma che *"l'atto autorizzativo preparatorio consente al contribuente di valutare l'iter logico-*

giuridico, con la connessa documentazione (...) a conclusione dell'intero procedimento di formazione dell'atto di accertamento"³.

La dottrina ritiene che il rilascio dell'autorizzazione alle indagini finanziarie non costituisca un atto vincolato, ma che sia espressione dell'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'Autorità da cui promana. Il fatto che sia un atto discrezionale comporta che l'autorizzazione debba essere adeguatamente motivata in ragione ai presupposti di fatto e di diritto che ne hanno comportato l'adozione. Quindi, l'autorizzazione dovrà almeno contenere:

- l'indicazione del soggetto da sottoporre ad indagine; nel caso in cui l'istanza coinvolga più contribuenti è necessario che l'autorità competente rilasci un'autorizzazione singola per ciascun soggetto passivo⁴.
- le motivazioni per le quali si intende adottare quella specifica procedura;
- il periodo temporale entro il quale si intende delimitare l'attività di controllo.

L'intermediario finanziario a cui viene rivolta la richiesta di indagini finanziarie può non essere a conoscenza del contenuto dell'atto autorizzatorio. Questo perché la comunicazione all'intermediario dei presupposti di fatto e di diritto che hanno portato l'Amministrazione Finanziaria ad adottare tale provvedimento, potrebbe comportare un'indebita e non necessaria lesione degli interessi del contribuente. Tuttavia, seppure l'allegazione non appare indispensabile, rimane ferma la necessità che l'autorizzazione sia stata rilasciata al momento della richiesta rivolta all'intermediario. Nella Circolare citata si impone l'indicazione, nelle richieste agli intermediari finanziari, degli estremi dell'autorizzazione rilasciata dagli organi elencati dalla legge.

L'intermediario finanziario è obbligato a informare immediatamente il cliente nel momento del ricevimento della richiesta. Tuttavia, la mancanza di comunicazione al cliente non inficia in alcun modo il risultato o la legittimità della successiva procedura di accertamento.

La giurisprudenza dominante ritiene che la mancanza di un'autorizzazione valida alle indagini finanziarie non possa influenzare i successivi atti della procedura di accertamento né che l'atto autorizzativo sia un atto autonomamente impugnabile in modo da interrompere le indagini in corso. Infatti, l'autorizzazione viene considerata un mero atto endo-procedimentale e preparatorio non suscettibile di autonoma impugnazione, perché non è considerato un atto direttamente lesivo della sfera del privato che non ha ancora subito nessun atto impositivo. L'emanazione di un atto impositivo dipenderà dall'esito delle indagini autorizzate.

Inoltre, è stato sentenziato che l'autorizzazione non può essere oggetto neppure di una richiesta di accesso da parte del contribuente ai sensi dell'art.24, comma 6 della L. 241/1990; e che non è soggetta a obbligo di motivazione e non deve necessariamente essere esibita al contribuente sottoposto ad accertamento. L'eventuale illegittimità del provvedimento autorizzatorio può essere fatto valere, davanti al giudice tributario, *solo ove abbia concretamente pregiudicato il risultato fiscale del procedimento e, quindi, l'intero accertamento tributario subito*⁵.

L'autorizzazione della Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate a consentire all'ufficio periferico ad effettuare indagini finanziarie è un atto amministrativo che deve far parte della documentazione che l'Ufficio deve produrre nel caso di contenzioso, a pena di carenza di motivazione⁶.

Quindi, gli eventuali vizi concernenti il rilascio dell'autorizzazione o la contestazione della sua mancanza, possono essere fatti valere solo attraverso l'impugnazione dell'atto di accertamento⁷.

In una recente sentenza, è stato reso nullo l'avviso di accertamento emesso dall'amministrazione finanziaria in quanto agli atti procedurali non era stato allegato il provvedimento di autorizzazione alle indagini bancarie⁸.

³ Circolare Agenzia delle Entrate, n. 32 del 19 ottobre 2006

⁴ Circolare Agenzia delle Entrate, n. 32 del 19 ottobre 2006

⁵ Commis. Trib. Prov. Cosenza, sentenza n. 778 del 18 novembre 2010

⁶ Trib. Reg. Puglia, Sex. IX, sentenza 25 novembre 2010, n. 137

⁷: "la mancanza dell'autorizzazione determina l'illegittimità del successivo avviso di accertamento se il contribuente abbia prospettato un concreto pregiudizio del suo diritto di difesa", Cassazione, sent. 18836 del 30 agosto 2006 e sent. 14023 del 15 giugno 2007

⁸ Commissione tributaria di Varese, sentenza n.163/05/13 del 22 ottobre 2013

Se però l'autorizzazione manca, si pone il problema dell'utilizzabilità delle informazioni che sono state assunte in sua assenza. Parte della giurisprudenza ha affermato che le prove acquisite in assenza di una regolare autorizzazione non sono utilizzabili contro il contribuente poiché non risultano idonee a costituire il presupposto di un atto di accertamento legittimo⁹.

Altra parte della giurisprudenza ha ritenuto invece che le informazioni derivanti dall'accertamento bancario, ottenute senza una valida autorizzazione, siano utilizzabili. Si richiede solo una preventiva verifica dell'attendibilità delle informazioni in termini di effettiva capacità di rappresentare fedelmente le reali movimentazioni poste in essere dal soggetto sottoposto ad accertamento¹⁰.

3.2. IL CONTRADDITORIO PREVENTIVO NELLE INDAGINI FINANZIARIE

Uno degli aspetti più controversi nell'attuale normativa sulle indagini finanziarie è relativo alla obbligatorietà o meno di instaurare un contraddittorio preventivo all'emanazione di un atto di accertamento con il soggetto sottoposto a verifiche.

La procedura indicata dall' art. 32, comma 7 del Dpr 600/73 e dall' art. 51 comma 7 DPR 633/1972, prevede espressamente che *"l'Ufficio possa invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a comparire allo scopo di fornire dati, notizie e – ai soli fini Iva- anche chiarimenti, rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti relativamente ai rapporti ed alle operazioni, i cui dati, notizie e documenti siano stati acquisiti ovvero rilevati direttamente dalla Guardia di Finanza..."*

L'interpretazione letterale della norma, nella quale viene usata la locuzione "possa invitare", ha generato nel tempo numerose sentenze di giurisprudenza e di merito in cui viene ribadito il carattere di facoltà dell'Amministrazione Finanziaria di instaurare un contraddittorio preventivo e non di obbligatorietà.

La dottrina, al contrario, ha sempre sostenuto che il contraddittorio preventivo endoprocedimentale sia un passaggio necessario, opportuno e prodromico all'atto di accertamento. A tali conclusioni, si arriva sulla base di un'interpretazione sistematica fondata:

- **sulla ratio del contraddittorio.** In questo caso, non si discute di contraddittorio con funzione prettamente difensiva, ma di un contraddittorio endoprocedimentale con funzione sia difensiva che di collaborazione tra contribuente e Amministrazione Finanziaria. L'istituto del contraddittorio si fonda su diritti del contribuente e doveri della pubblica amministrazione, diritti e doveri che a loro volta sono ritratti da precetti costituzionali. Infatti, da una parte vi è il principio di buona fede e collaborazione, che trova espressione nell'art. 10 e nell'art. 6 dello Statuto dei diritti del contribuente e dall'altra vi è il precetto, contenuto nell'art. 97 della Costituzione, di buon andamento e imparzialità della funzione amministrativa pubblica. Il contraddittorio consente così al soggetto sottoposto ad indagini di esercitare utilmente e in anticipo il diritto di difesa. Allo stesso tempo consente all'Amministrazione Finanziaria di tutelare il buon andamento degli uffici pubblici, contestualizzando la pretesa tributaria alla realtà fattuale del soggetto verificato. L'azione amministrativa deve condurre a determinazioni corrette ed immuni da censure prospettabili dal contribuente nella fase giurisdizionale. L'espletamento del contraddittorio endoprocedimentale consente di ricostruire correttamente l'intera fattispecie concreta onde verificare la sua attinenza alla fattispecie tributaria astratta.
- **sulla riconosciuta natura del "contraddittorio" quale principio dell'ordinamento comunitario.** Principio ribadito da alcune sentenze della Corte Europea; sentenze nelle quali si afferma la funzione del contraddittorio preventivo, quale diritto irrinunciabile posto a garanzia del contribuente chiamato a fornire le sue ragioni durante le verifiche e i controlli a cui è sottoposto. In particolare, si veda la sentenza del 18 dicembre 2008 della Corte di Giustizia Europea, causa C-349/07 con riferimento ai tributi armonizzati (e l'iva è un tributo armonizzato) in cui viene affermato che *"Il rispetto dei diritti della difesa impone che ogni destinatario di una decisione che incide sensibilmente sui suoi interessi abbia il diritto di essere ascoltato, ossia che possa manifestare utilmente il proprio punto di vista"*.

⁹ Cassazione, sent. n. 19689 del 1° ottobre 2004; Cass. Sent. n. 11283 del 25 febbraio 2005; Cass. Sent. n. 15230 del 3 dicembre 2001

¹⁰ Cassazione, sent. n. 28695 del 23 dicembre 2005, Cass. Sent. 4987 del 1° aprile 2003

In dottrina, quindi, si ritiene che l'invito rivolto al contribuente costituisca una fase fondamentale e non rinunciabile del procedimento di accertamento.

L'Amministrazione Finanziaria può utilizzare i dati raccolti per la costituzione dell'atto impositivo senza ulteriori oneri, mentre il soggetto destinatario di indagini finanziarie ha l'onere di giustificare in maniera specifica il maggior reddito accertato. A fronte di questo ampio potere che il legislatore ha concesso all'Amministrazione Finanziaria e data la natura di presunzione legale delle informazioni acquisite, il contribuente deve poter essere tutelato già in fase di indagini.

Si ritiene, quindi, prioritario procedere ad una consultazione del soggetto sottoposto ad indagini prima dell'emissione di un avviso di accertamento a suo carico. Il soggetto deve essere posto nella condizione di produrre prove contrarie alle presunzioni che derivano dalle indagini, prima dell'emissione dell'atto impositivo. Di conseguenza, gli avvisi di accertamento e di rettifica si devono basare su dati assunti a mezzo delle indagini finanziarie esclusivamente nell'ipotesi in cui il soggetto indagato non abbia fornito una prova contraria rispetto a quanto emerge dai dati stessi.

Il contraddittorio preventivo, oltre a rappresentare una forma di tutela per il contribuente, consente di evidenziare fatti e circostanze che, per la loro forza probatoria, potrebbero essere idonei a rappresentare una realtà ben diversa rispetto all'apparente manifestazione di capacità contributiva che emerge dalle movimentazioni. Questo avverrebbe prima che l'Amministrazione finanziaria ponga in essere tutte le attività amministrative che, altrimenti, verrebbero poste nel nulla solo nella successiva – ed eventuale - fase contenziosa in sede giurisdizionale.

Fino all'anno 2013, il pressoché costante indirizzo giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito, in tema di indagini finanziarie, ribadiva che l'espletamento del contraddittorio preventivo fosse una facoltà dell'Amministrazione finanziaria.

La Suprema Corte di Cassazione con numerose sentenze, ha affermato tale principio considerando l'instaurazione del contraddittorio preventivo come una fase eventuale e non necessaria.

Alla luce di una tale interpretazione, la mancanza di un preventivo "dialogo" con il contribuente sottoposto a controllo non comporterebbe l'illegittimità dell'accertamento emesso in sua assenza. Infatti, in ogni caso, il contribuente potrà far valere le proprie ragioni nelle opportune sedi giurisdizionali producendo documenti e/o memorie ritenuti rilevanti al fine di dimostrare l'infondatezza delle pretese erariali.

Per tali ragioni, la Corte *non ammette che la mancata instaurazione del contraddittorio preventivo possa essere qualificata come una forma di lesione del diritto di difesa*¹¹

Rileviamo positivamente il recente orientamento della Suprema Corte in favore dell'instaurazione del contraddittorio preventivo, in particolare a seguito della sentenza n. 18184¹² del 29 luglio 2013, con la quale le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno stabilito che il contraddittorio tra le parti antecedente all'emissione dell'accertamento stia acquisendo una naturale *vis* espansiva¹³. Ma se si valorizza il contraddittorio, come principio fondamentale, tanto che un atto deve essere di per sé nullo dove esso, pur previsto, non sia stato attuato, deve mutare la giurisprudenza anche in tema di indagini finanziarie. A nostro avviso, non si può continuare a ritenere valido l'accertamento emanato senza che il contribuente non sia stato chiamato a fornire spiegazioni sulle pretese erariali.

Per quanto riguarda, l'Amministrazione Finanziaria, essa attribuisce espressamente al contraddittorio preventivo una notevole rilevanza e importanza ai fini del corretto svolgimento delle successive fasi della procedura di accertamento, pur negando che la mancata istituzione possa essere assunta a motivo di illegittimità della procedura. Su questo punto l'Agenzia delle Entrate, con la Circolare n. 32/E ha precisato che il contraddittorio preventivo in sede di verifica bancaria sia comunque da considerare "*come un*

¹¹Cass., sent. n. 1439 del 25 gennaio 2006

¹² Nella sentenza, in cui si dichiara illegittimo un accertamento emesso prima del decorso di sessanta giorni dalla formazione del processo verbale di chiusura delle operazioni di verifica, si afferma che tale condotta va sanzionata perché non permette al contribuente un periodo di dialettica adeguato con l'amministrazione finanziaria. La sentenza è riferita ad accertamenti da studi di settore, dove il contraddittorio è garantito.

¹³ In seguito a questa pronuncia, sono state emanate successive sentenze in favore del contraddittorio procedimentale preventivo. Di particolare interesse è la sentenza n. 5373 del 07.03.2014 dove si ribadisce "l'evoluzione del sistema tributario verso moduli partecipativi in cui le situazioni dell'erario possono esaurirsi nell'esercizio imparziale di un potere ad imperatività mitigata, che si arresta all'acquisizione delle informazioni utilizzabili e al mero controllo dell'osservanza degli obblighi strumentali dei contribuenti" e che "...incentiva la partecipazione e la collaborazione del contribuente, giustappunto al fine di evitare di pervenire all'accertamento, in base a quel canone di lealtà reciproca valorizzato dalle sezioni unite con la sentenza 29 luglio 2013, n. 18184 e, prima, da questa stessa sezione, con le sentenze 10 gennaio 2013, numeri 453 e 455".

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 ad 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" Tuttavia "il mancato invito dell'Ufficio medesimo non inficia la legittimità della rettifica e la mancata instaurazione del contraddittorio non degrada la prevista presunzione legale a presunzione semplice, fermo restando quindi l'onere probatorio in capo al contribuente" .

Anche la Guardia di Finanza, con la circolare n.128000 del 21 aprile 2005 ha sottolineato l'importanza del contraddittorio preventivo con il contribuente in quanto risponde ad esigenze di economicità dell'azione amministrativa e di ottimizzazione dei rapporti con il contribuente. Con la Circolare n.1 del 2008¹⁴ suggerisce di attivare il contraddittorio ogni volta che non sussistano oggettive circostanze che lo impediscono, allo scopo di acquisire un supporto probatorio completo, evitando che le conclusioni dell'attività ispettiva siano inficiate solo per la mancanza di elementi rilevanti che potevano essere disponibili già nella fase istruttoria.

Ci si chiede poi quali devono essere le modalità di corretta instaurazione del contraddittorio.

La procedura dovrebbe sempre iniziare con la convocazione formalmente notificata al soggetto sottoposto ad indagini. La convocazione può risultare da uno specifico invito oppure da un'attestazione inserita nel processo verbale di verifica. Da questi atti dovranno risultare tutti gli elementi che descrivono la ricostruzione operata dall'Amministrazione finanziaria in merito alla posizione del contribuente, che verrà in questo modo informato delle ragioni della convocazione e degli scostamenti che emergono dal confronto con quanto dichiarato o riportato nella contabilità tenuta e i dati finanziari acquisiti. Allo stesso tempo, sarà chiesto al contribuente indagato di fornire tutti gli elementi probatori fondanti la prova contraria entro un termine prefissato.

4. NECESSARIA PREVENTIVA CONOSCENZA DELLA ISPEZIONE O VERIFICA DEL CONTRIBUENTE IN CASO DI INDAGINI BANCARIE: ASPETTI GIURIDICI , PROCEDURALI E PRASSI (Laura Ceccherini).

Sommario: 4.1. Aspetti giuridici: esame degli artt. 32 DPR 600/73 e 51 DPR 633/72. - 4.2. Aspetti procedurali e prassi: la circolare 32/2006 dell'Agenzia delle Entrate e la circolare 1/2008 della Guardia di Finanza.

4.1. ASPETTI GIURIDICI: ESAME DEGLI ARTT. 32 DPR 600/73 e 51 DPR 633/72

Le indagini finanziarie sono previste dagli articoli **32 del DPR 600/73** e **51 DPR 633/72**, quale potere degli uffici tributari per l'adempimento dei loro compiti.

L'art. 51, secondo comma, n.7) del DPR 633/72 e l'art. 32, primo comma n.7) del DPR 600/73 prevedono che gli Uffici Finanziari e la Guardia di Finanza nell'adempimento dei compiti loro demandati possano richiedere, previa autorizzazione del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del comandante regionale per la Guardia di Finanza, alle banche, alle Poste Italiane SpA, agli intermediari finanziari e agli altri intermediari previsti nella disciplina delle indagini finanziarie notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto o operazione effettuata con i loro clienti.

L'ultimo periodo del n. 7 dell'art. 32 co. 1 DPR 600/73 stabilisce poi che il responsabile della struttura (banca, ufficio postale...) cui viene indirizzata la richiesta deve darne "notizia immediata" al contribuente.

Già leggendo queste due norme ci si chiede se l'autorità finanziaria possa avere accesso alle risultanze finanziarie dei contribuenti **prima di aver instaurato un rapporto di verifica palese**.

Limitatamente al testo degli artt. 32 e 51 sopra citati l'unico obbligo dell'amministrazione finanziaria pare essere quello di essere autorizzata dagli organi superiori indicati e di rivolgere la domanda all'autorità centrale dell'ente bancario. Sarà poi l'operatore finanziario a darne immediata notizia all'interessato.

¹⁴ Circolare GdF n.1 del 22 dicembre 2008 "Istruzioni all'attività di verifica"

Da un punto di vista procedurale si distinguerebbero, attenendosi al testo di legge, due fasi:

- *la prima* che prevede la richiesta e l'ottenimento dell'autorizzazione per accedere alla documentazione riguardante il contribuente, in possesso degli intermediari finanziari;
- *la seconda*, che ha rilevanza esterna, che prevede l'invio delle richieste di acquisizione delle informazioni presso gli intermediari finanziari, il successivo ottenimento delle informazioni richieste o l'accesso diretto presso gli intermediari per ottenere dati laddove quelli forniti non siano completi.

Dal testo di legge non si rileva, da un punto di vista procedurale, che sia necessario informare preventivamente il contribuente circa la richiesta di dati di natura finanziaria fatta a suo carico. Tale informativa è demandata agli intermediari finanziari. *L'ultimo periodo del nr. 7 dell'art. 32 co. 1 del DPR 600/73* stabilisce infatti che sia il responsabile di struttura o di sede dell'operatore finanziario cui viene indirizzata la richiesta a darne "notizia immediata" al contribuente.

4.2 ASPETTI PROCEDURALI E PRASSI: LA CIRCOLARE 32/2006 DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE E LA CIRCOLARE 1/2008 DELLA GUARDIA DI FINANZA.

Passando ad esaminare quanto disposto dall'Agenzia delle Entrate in tema di aspetti procedurali legati alle indagini finanziarie, se è vero che l'art. 32 DPR 600/73, laddove parla di dare notizia immediata, denota comunque l'esigenza e urgenza di dare notizia dell'inizio dell'indagine al contribuente (*seppur non preventivamente informato dell'inizio dell'indagine a suo carico*), l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate sembra addirittura non dare troppa rilevanza neanche a questa informativa.

Nella *Circolare 32 del 2006*¹⁵, infatti, l'Agenzia delle Entrate precisa a tale proposito che: "*al dovere di informativa non corrisponde un vero e proprio diritto di informazione da parte del cliente e l'eventuale inadempimento dell'obbligo informativo da parte dell'intermediario finanziario nei confronti del suo cliente non implica alcun vizio di legittimità del procedimento*"

Lo svolgimento dell'attività istruttoria quindi, secondo l'Agenzia delle Entrate, non è condizionato né dal consenso dell'intermediario né, tanto meno, da quello dello stesso cliente. Ci si avvale del fatto che il contribuente possa essere tutelato dall'informativa che la banca, o altro intermediario finanziario deve dargli.

In realtà l'eventuale inadempienza all'obbligo di informativa da parte dell'intermediario non è neppure sanzionata.

A tal proposito si ritiene poter osservare che la comunicazione da parte dell'intermediario finanziario al contribuente circa l'avvio di un'indagine finanziaria sul suo conto **non è un atto tributario dell'amministrazione finanziaria**, poiché proviene da soggetti che non fanno parte dell'amministrazione finanziaria e quindi si può affermare che essa non può essere sostitutiva di un atto di notifica al contribuente di avvio di una verifica fiscale nei suoi confronti. La mancanza di una preventiva informativa potrebbe comportare come conseguenza **l'invalidità derivata** del successivo atto di accertamento scaturente dall'indagine finanziaria per omissione da parte dell'amministrazione finanziaria di un presupposto essenziale della stessa.

Nel contesto procedurale delle indagini finanziarie si inserisce anche l'analisi del **comma 6 bis degli artt. 32 DPR 600/73 e 51 del DPR 633/72** laddove si prevede la c.d. "richiesta diretta al contribuente": gli organi di controllo hanno cioè la possibilità di **richiedere ai soggetti sottoposti ad accertamento, ispezione o verifica**, previa autorizzazione, il rilascio di una dichiarazione contenente l'indicazione della natura, numero e estremi identificativi dei rapporti intrattenuti con gli intermediari finanziari.

Se l'Agenzia delle Entrate pare non dare rilevanza a questa possibilità, una diversa interpretazione proviene dalla Guardia di Finanza.

La Circolare 1 del 29/12/2008 della Guardia di Finanza¹⁶ considera infatti la possibilità di attivare questa "richiesta diretta al contribuente" come **ulteriore fase propedeutica all'avvio delle indagini finanziarie**.

In effetti, seppure la stessa Circolare 1 rileva che dal tenore letterale della norma non si evince che l'esecuzione di una indagine finanziaria sia necessariamente subordinata al preventivo avvio di una specifica

¹⁵ Circolare Agenzia delle Entrate n. 32 del 19 ottobre 2006

¹⁶ Circolare GdF n. 1 del 22 dicembre 2008 "Istruzioni all'attività di verifica"

verifica fiscale nei confronti del contribuente, **la Guardia di Finanza lo considera una correttezza procedurale da porre in essere.**

Cita infatti testualmente la circolare che “ è indubbio che la richiesta di accesso alla documentazione detenuta dagli intermediari è tendenzialmente inquadrata nell’ambito di una verifica o, al limite, di un controllo.”

Continua ancora affermando che “pur in assenza di una previsione tassativa dei presupposti d’inesco degli accertamenti finanziari, la scelta di ricorrere a tale strumento operativo (l’indagine finanziaria) dovrà essere sempre motivata nonché giustificata dalla necessità di **approfondire l’indagine fiscale in corso**; le ragioni di detta scelta saranno esposte , oltre che negli atti interni della procedura, anche nel piano di verifica, ove sia in corso una verifica.”

La Circolare quindi pone un “freno” alle indagini finanziarie, legando la decisione di attivare questo strumento ai casi in cui sono acquisiti elementi di pericolosità fiscale sul conto del contribuente o per esigenze di economicità e proficuità dell’indagine in corso nel suo complesso e individua la richiesta di informazioni sulle operazioni finanziarie del contribuente come ulteriore elemento procedurale di una indagine in corso (secondo questo schema il contribuente cui vengono richieste tali informazioni è quindi già pienamente consapevole dell’esistenza di una verifica nei suoi confronti).

Secondo queste regole procedurali **presupposto dell’inesco dell’indagine finanziaria sembra quindi essere che il contribuente abbia già avuto conoscenza di essere oggetto di una verifica fiscale mediante un atto tributario notificato allo stesso per l’avvio dell’indagine.**

La Circolare, per di più, evidenzia alcuni casi in cui, a causa della particolare insidiosità e gravità dei fenomeni di evasione da fronteggiare, è auspicabile l’avvio delle indagini finanziarie. Tra questi: forme di evasione totale o paratotale, ipotesi di omessa tenuta delle scritture contabili, casi di fattispecie penali tributarie.

Si tratta quindi di ipotesi piuttosto circoscritte e di particolare gravità.

Secondo questo orientamento l’indagine finanziaria costituisce uno strumento impegnativo e invasivo, quindi occorre porre attenzione alle procedure poste in essere, anche e soprattutto considerato che si corre il rischio di ledere la sfera privata del contribuente, così contrastando anche con **gli articoli 10 e 12 dello Statuto del Contribuente**¹⁷, laddove si afferma che “I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede” , si tutela il “legittimo affidamento” del contribuente (art. 10) e si dettano principi a tutela e garanzia del contribuente sottoposto a verifiche fiscali (art. 12).

Se inseriti in questo contesto, ed in relazione a quanto disposto dal già citato n. 6 bis degli artt. 32 DPR 600/1973 e 51 DPR 633/1972, gli articoli 10 e 12 dello Statuto del Contribuente sembrano comportare che le informazioni richieste dall’amministrazione finanziaria agli intermediari finanziari debbano riguardare soggetti già a conoscenza di essere sottoposti a ispezione o verifica, non potendo riguardare soggetti completamente ignari di essere sottoposti a verifica fiscale.

5. L’ESTENSIONE DELLE INDAGINI FINANZIARIE SVOLTE SUI SOCI E/O SUGLI AMMINISTRATORI NEI CONFRONTI DELLE SOCIETÀ DI CUI FANNO PARTE (Gino Salvietti)

Nei cd. “accertamenti finanziari”, si pone il problema della utilizzabilità della presunzione legale rispetto a movimentazioni intervenute su **conti formalmente intestati a soggetti diversi** dal contribuente “accertato”. Ancorché la norma richiami i conti “intrattenuti” dal contribuente (e le “*garanzie prestate da terzi*”) è principio pacifico, nella giurisprudenza della Suprema Corte, che – ai fini dell’accertamento fiscale e della operatività delle presunzioni – l’Ufficio può utilizzare **non solo** conti intestati al soggetto contribuente accertato, ma anche quelli intestati a soggetti terzi di cui il contribuente abbia la disponibilità o che siano

¹⁷ Legge 27 luglio 2000, nr. 212

collegabili ai primi: purché l'Ufficio dimostri che la intestazione a terzi¹⁸ è fittizia o che i predetti conti e le relative movimentazioni sono "riferibili" al contribuente¹⁹. Ai fini della prova è, però, sufficiente che l'Ufficio metta in evidenza situazioni che solo potenzialmente (e non necessariamente) inducano a ritenere che la "intestazione formale" non coincide con quella "sostanziale"²⁰, potendo anche in sede di giudizio tributario – e anche mediante presunzioni, purché gravi, precise e concordanti (4)²¹ – dimostrare la (effettiva) **riferibilità** delle movimentazioni bancarie al contribuente accertato. D'altra parte, la Corte ha riconosciuto al contribuente – in applicazione del principio di "parità delle parti" anche nel processo tributario – la possibilità di contestare in giudizio la riferibilità a sé delle movimentazioni rilevate su conti intestati a terzi, anche mediante dichiarazioni extraprocessuali del terzo a suo favore, ancorché rilasciate al contribuente stesso o a chi lo assiste²².

Direttamente utilizzabili, ai fini dell'accertamento e delle presunzioni, sono, invece, i dati tratti da **conti correnti cointestati** (al contribuente accertato)²³.

¹⁸Cfr. Cass. 24.09.2010, n. 20197; 04.12.2009, n. 25623; 15.09.2008, n. 23652; 15.07.2008, n. 19362; 24.08.2007, n.18013;). Si ricorda che la vigente prassi non prevede l'obbligo di interpellare preventivamente il soggetto che abbia la titolarità formale dei "conti" oggetto di indagine, essendo prevista soltanto la possibilità di interpello preventivo nei confronti del contribuente sottoposto a controllo. Ovviamente, ove il particolare tipo di accertamento richieda il coinvolgimento del soggetto interposto, nulla impedisce all'ufficio di rivolgersi anche a quest'ultimo mediante apposita procedura autorizzatoria.

¹⁹Cfr. Cass. 28.02.2011, n. 4775; 13.09.2010, n. 19493; 05.10.2007, n. 20860; 14.09.2007, n. 19216; 3.10.2006, n. 22013; 14.11.2003, n. 17243; 12.09.2003, n. 13391; 18.04.2003, n. 6232; 26.03.2003, n. 4423; 17.04.2002, n. 8683; 1.03.2002, n. 2980; 28.06.2001, n. 8826; 2.03.1999, n. 1728. Anche l'Amministrazione finanziaria, con la Circ. 32/E/2006, ha sottolineato la necessità di tale prova.

Le situazioni considerate riguardano essenzialmente rilevazioni su conti intestati a soggetti collegati da vincoli familiari, negoziali o societari con il contribuente verificato, come amministratori di società di persone o di capitali, soci delle stesse, coniuge o parenti e simili. Occorre tuttavia segnalare come in alcune decisioni – numericamente minoritarie – la Corte, rispetto a situazioni particolari come quella delle società di persone, ha ritenuto che il rapporto esistente tra soci amministratori e società amministrata sia talmente stretto da realizzare una sostanziale identità di soggetti, tale da giustificare in via automatica l'utilizzazione nei confronti della società accertata dei dati rilevati sui conti intestati ai soci, salva sempre la possibilità di prova contraria da parte del contribuente (Cass. 5.12.2005, n. 26410; 1.04.2003, n. 4987; 24.02.2001, n. 2738; sent. 12.09.2012 n. 15217). Analogamente in talune decisioni rispetto ai dati risultanti dai conti bancari intestati al coniuge del contribuente verificato o a congiunti (Cass. 5.10.2007 n. 20858 e 20860).

²⁰In tal senso sono stati ritenuti elementi sintomatici il fatto che le movimentazioni siano state intrattenute con soggetti clienti o fornitori del contribuente, ovvero l'assenza di giustificazioni sulla movimentazione, o la presenza di ristretta base societaria di tipo familiare ecc. Mancano tuttavia nella giurisprudenza della Corte parametri concreti univocamente definiti, e ciò in quanto la prova della riferibilità sostanziale del conto al contribuente accertato costituisce oggetto di un giudizio di fatto riservato al giudice di merito e quindi censurabile in Cassazione solo sotto il profilo della insufficiente o contraddittoria motivazione.

²¹Cfr. Cass. 10.04.2006, n. 8357. Sulla natura di tali presunzioni si riscontrano, tuttavia, indirizzi giurisprudenziali diversi. In alcuni casi la Suprema Corte ha ritenuto che la "fittizietà" delle intestazioni (e, in definitiva, la "interposizione" di soggetti) possa basarsi anche su presunzioni semplici (non qualificate), affermando che gli artt. 32/600 e 51/633 costituiscono un "sistema a sé stante". Si è ritenuto, pertanto, non necessario che gli Uffici dispongano di presunzioni "gravi, precise e concordanti" come, invece, richiesto dall'art. 37 co. 3 del D.P.R. 600/1973 a proposito della simulazione soggettiva:

cfr. Cass. Sez. Trib. 12.09.2003, n. 13391; 1.04.2003, n. 4987; 17.06.2002, n. 8683 (in cui, in ragione della connessione e dell'inerenza al contribuente, è stata ritenuta legittima l'indagine e l'acquisizione dei dati relativi ai conti correnti intestati esclusivamente al coniuge del contribuente stesso). In altre circostanze, invece, la stessa Sezione ha insistito perché della "riferibilità" al contribuente di conti di terzi fosse data prova o in via diretta o in via di presunzione qualificata

(Cass. Sez. Trib. 18.09.2003, n. 13819; 18.04.2003, n. 6232: si riconosce la riferibilità delle "movimentazioni annotate su libretti di deposito... in possesso di soci, in presenza di presunzioni gravi, precise e concordanti, ad operazioni eseguite dalla società in evasione d'imposta, soprattutto se trattasi di S.n.c., non essendo l'attività imprenditoriale di una tale società... imputabile ad un'individualità soggettiva distinta dal socio", e si richiede all'amministrazione finanziaria la prova, anche tramite presunzioni, del carattere fittizio dell'intestazione o, comunque, la sostanziale riferibilità all'ente delle posizioni annotate sui conti medesimi al fine di poter utilizzare dette movimentazioni per la rettifica del reddito dichiarato dalla società).

²²Cfr. Cass. 10.04.2006, n. 8357; 26.03.2003, n. 4423. Su questo punto le decisioni della Corte assecondano l'orientamento, già emerso in via generale nella giurisprudenza della stessa sezione tributaria, che riconosce al contribuente la possibilità di introdurre nel giudizio tributario – nel quale è preclusa la prova testimoniale – documenti precostituiti a contenuto dichiarativo proveniente da terzi (Cass. 5.07.2001, n. 9100; 25.03.2002, n. 4269). In simili casi la autenticità e genuinità di elementi così introdotti (il cui valore probatorio è di natura indiziaria: cfr. Cass. 27.06.2011, n. 14055; 24.03.2010, n. 7118; 30.12.2009, n. 28004; ; 11.01.2008, n. 450; 27.09.2007, n. 20353) può essere verificata dalla Commissione tributaria – nell'esercizio dei poteri conferiti dall'art. 7 del D.Lgs. 546/1992 – delegando la Guardia di Finanza a raccogliere le dichiarazioni dai terzi medesimi (Cass. 10.04.2006, n. 8357; 25.03.2002, n. 4269).

Salvo quanto verrà detto infra in altra relazione, nel 2010 la Corte di Cassazione non ha, invece, ritenuto di alcuna efficacia probatoria – a favore del contribuente – eventuali dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà o autocertificazioni rilasciate dallo stesso, stante il divieto – nel giudizio tributario – di giuramento e prova testimoniale (cfr. Cass. 19.03.2010, n. 6755)..

²³Cfr. Cass. 21.06.2001, n. 8457.

Anche i dati ricavati da libretti di deposito al portatore o intestati a nomi di fantasia o privi di intestazione sono stati ritenuti utilizzabili ai fini dell'accertamento, purché l'Ufficio finanziario provi la riferibilità "sostanziale" delle movimentazioni al soggetto accertato²⁴.

Gli ampi poteri riconosciuti agli Uffici, tuttavia, non devono portare ad indagini bancarie indiscriminate, essendo necessarie delle "regole legali" che consentano di definire preventivamente criteri (e giustificazioni) di selezione dei clienti degli operatori finanziari cui riferire le "richieste"²⁵.

"Le movimentazioni relative ai conti correnti dei soci di una società di capitali a ristretta base sociale non possono essere attribuite automaticamente alla società in assenza di un'evidente e dimostrata correlazione tra le posizioni bancarie dei soggetti oggetto di accertamento."

È quanto deciso dalla Commissione tributaria provinciale di Roma, con la sentenza n. 586/01/13 depositata il 10 dicembre 2013.

In estrema sintesi, è noto che, ai sensi dell'art. 32 del DPR n. 600/1973, previa autorizzazione del Direttore centrale dell'Accertamento dell'Agenzia delle entrate o del Direttore regionale della stessa, ovvero, per la Guardia di Finanza, del Comandante regionale, a banche e ad altri enti finanziari possono essere richiesti dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, compresi i servizi prestati, con i loro clienti .

I dati e gli elementi attinenti ai rapporti e alle operazioni finanziarie acquisiti sono posti a base di accertamenti e rettifiche se il soggetto sottoposto a controllo non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del proprio reddito imponibile o che non hanno rilevanza allo stesso fine. Alle stesse condizioni, prelevamenti e versamenti sono considerati ricavi o compensi se il contribuente non ne indica il beneficiario e sempreché non risultino dalle scritture contabili.

Nell'ambito del rapporto che intercorre tra la società e i soci, specie se trattasi di società di capitali a ristretta base sociale, l'orientamento della giurisprudenza di Cassazione è univoco: in tema di accertamento , l'utilizzazione dei dati risultanti dalle copie dei conti correnti bancari acquisiti dagli istituti di credito non può ritenersi limitata ai conti formalmente intestati all'ente, ma riguarda anche i conti intestati ai soci, amministratori o procuratori generali.

È necessario, in ogni caso, che l'Amministrazione finanziaria provi, anche tramite presunzione, la natura fittizia dell'intestazione dei conti correnti ai soci o, comunque, la sostanziale riferibilità all'ente dei conti medesimi o di alcuni loro singoli dati. (Cass. nn. 20199/2010, 15217/2012 e 12625/2012).

Nel caso posto all'attenzione dei giudici della Provinciale di Roma, l'Amministrazione finanziaria ha rettificato maggiori ricavi in capo ad una srl a ristretta compagine sociale, sulla base dei versamenti e prelevamenti effettuati dai soci sui propri conti correnti personali, senza provare la riferibilità alla società delle operazioni risultanti dai rapporti intestati ai soci.

I giudici di primo grado hanno ritenuto l'operato dell'Ufficio non rispettoso delle regole. Pur riconoscendo la possibilità che anche i conti correnti dei soci possono essere controllati, ritengono che la semplice analisi dei prelievi e dei versamenti rilevati sui rapporti bancari intestati ai soci della ricorrente/società, non giustificati da quest'ultima, doveva trovare riscontro e conforto in prove a carico dell'Ufficio. Questo al fine di dimostrare che le operazioni rilevate sui conti correnti dei soci si riferivano a ricavi non dichiarati dalla società.

Proseguono i giudici di merito: "A conferma dell'onere della prova a carico dell'Ufficio in relazione alle movimentazioni bancarie rilevate dai c/c dei soci la Commissione rileva che tali soci, a differenza della ricorrente, non avevano alcun particolare obbligo di conservare la documentazione di tali operazioni". Con questa motivazione sono state accolte le doglianze della società (sulla stessa scia si veda C.T. Reg. di Milano n. 92 del 2 agosto 2013).

La decisione va salutata con favore, anche perché giustificare per i soci prelevamenti e versamenti è ardua impresa, non avendo l'obbligo di conservare la documentazione, specie se il controllo si verifica a distanza di anni.

²⁴Cfr. Cass. 18.09.2003, n. 13819.

²⁵Cfr. Corte Cost. 18.02.1992, n. 51.

Vale la pena sottolineare che, recentemente, anche la Suprema Corte si è pronunciata su un caso simile a quello trattato dalla C.T. Prov. di Roma. Nell'ordinanza n. 2029 del 30 gennaio 2014, la Cassazione ha confermato che spetta all'Ufficio l'onere di provare la riferibilità delle operazioni rilevate sui conti correnti dei soci al reddito della società. In mancanza di prova, l'Ufficio non può riprendere a tassazione dette operazioni.

Occorre, peraltro, segnalare che la risposta in tema di indagini finanziarie fornita dall'Agenzia delle Entrate a Telefisco 2014, con la quale ha precisato la non operatività della presunzione sui prelevamenti effettuati dai privati, vale anche per i soci persone fisiche non imprenditori, i quali non hanno l'obbligo di tenere le scritture contabili. L'effetto di questa risposta dovrebbe essere quello che i prelevamenti eseguiti sul conto corrente personale non si considerano ricavi evasi riferibili alla società, a meno che l'ufficio non dimostri il contrario.

6. CORRELAZIONE TRA PRELEVAMENTI E VERSAMENTI DELLA PARTE SOTTOPOSTA AD INDAGINI E TENUTA DELLE SCRITTURE CONTABILI (Andrea Spertilli)

Sommario: 6.1. Soggetti in regime di contabilità ordinaria. - 6.2. Soggetti in regime di contabilità semplificata.

6.1. SOGGETTI IN REGIME DI CONTABILITÀ ORDINARIA

La contabilità aziendale costituisce senz'altro lo strumento più importante di cui può avvalersi l'Amministrazione Finanziaria per l'esercizio dei suoi poteri ovvero il contribuente per dimostrare l'infondatezza della pretesa erariale.

Le scritture contabili da un lato costituiscono un adempimento giuridico dell'imprenditore, dall'altro permettono l'esercizio di un diritto. La loro regolarità, formale e sostanziale, può essere disconosciuta dal fisco solo se in possesso di altre prove di eguale rilevanza ed efficacia giuridica.

Ai fini della determinazione dell'efficacia probatoria occorre rifarsi al dettato di cui agli artt. 2709 e 2710 c.c.

L'articolo 2709 c.c. dispone che i libri e le altre scritture obbligatorie delle imprese soggette a registrazione fanno prova scritta contro l'imprenditore facendo pertanto sorgere una presunzione legale *iuris tantum* contraria all'imprenditore dato che quest'ultimo può contestare le proprie registrazioni con qualsiasi mezzo di prova.

I libri e le scritture contabili non hanno valore di prova legale piena e sono pertanto rimesse all'apprezzamento del giudice anche se la comune regola di esperienza e di operatività rendono comunque improbabile che l'imprenditore predisponga dati a proprio carico che non abbiano rispondenza effettiva nella realtà.

L'efficacia probatoria contro l'imprenditore delle scritture da lui tenute è mitigata dalla regola per la quale la parte che vuole avvalersi dell'annotazione non può scinderne il contenuto a proprio esclusivo favore²⁶ dovendo le scritture stesse, una volta evocate ed esibite, essere valutate nella loro interezza quale che sia la parte a cui favore o a cui carico depongono.²⁷

Le richiamate disposizioni dell'art. 2709 c.c., per il quale le scritture contabili fanno essenzialmente prova contro l'imprenditore, attenuate dall'articolo 2710 c.c. il quale precisa che i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando regolarmente tenute, possono fare prova fra imprenditori per i rapporti inerenti

²⁶Cass. Civ. sez. III, novembre 2005, n. 22896

²⁷Cass. Civ. sez. I, 18 aprile 2003, n. 6306

l'esercizio dell'impresa, ammettendo in tal modo che le scritture contabili possono essere prese in considerazione anche in favore dell'imprenditore che ha prodotto in giudizio i libri²⁸.

La massima efficacia probatoria è costituita dal libro giornale che raccoglie ed elenca le singole operazioni con il medesimo ordine e immediatezza con cui quest'ultime si sono verificate nella realtà. E' data comunque facoltà all'imprenditore, ai sensi dell'art 2218 c.c., attribuire la bollatura facoltativa agli altri libri e scritture da lui tenuti al fine di dotarli di efficacia probatoria giuridicamente rilevante.

Nel momento in cui l'Ufficio si attiva attraverso le indagini finanziarie, l'articolo 32 co 1 n.2 del D.P.R. 600/73 prevede che i dati risultanti dalle movimentazioni bancarie sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli articoli 38, 39, 40 e 41 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto a imposte o che non hanno rilevanza allo stesso fine. Alle stesse condizioni sono altresì posti come ricavi o compensi a base delle stesse 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.

Nonostante le presunzioni derivanti dalle movimentazioni bancarie abbiano carattere relativo, potendo quindi fornire il contribuente la prova contraria e riguardino sia i prelevamenti che i versamenti²⁹, le scritture contabili rappresentano anche ai sensi della norma, l'evidenza del comportamento del contribuente.

Le voci di bilancio che maggiormente rientrano sotto il controllo dell'Amministrazione Finanziaria in occasione delle indagini finanziarie sono i prelevamenti e i versamenti e le relative contropartite, generalmente i conti correnti bancari e la cassa.

Relativamente alle operazioni di prelevamento e versamento, operano le presunzioni previste dall'articolo 32 co 1 n. 2 del D.P.R. 600/73 e dall'articolo 51 co 2 n. 2 del D.P.R. 633/72 equiparando dette operazioni, quando non giustificate, a ricavi o compensi salvo che l'imprenditore non dimostri che corrispondono ad operazioni correttamente contabilizzate o estranee all'attività aziendale.³⁰

I riscontri e le indagini condotte tendono a verificare se le movimentazioni attive (versamenti) e passive (prelevamenti) sono coerenti o compatibili con il reddito o il volume di affari dichiarato dal contribuente.

I versamenti sono posti a base delle ricostruzioni di qualsiasi categoria reddituale come componenti positivi di reddito (ricavi, proventi o compensi), per le imprese e i professionisti gli importi riscossi non risultanti dalla contabilità si considerano ricavi o compensi se il contribuente non ne indica l'effettivo beneficiario e sono pertanto alla base per la rettifica del reddito d'impresa o di lavoro autonomo.

A seguito delle indagini finanziarie una delle più importanti prerogative ai fini della valutazione della condotta dell'imprenditore e dei riscontri con le movimentazioni di versamento o prelievo è dunque la corretta tenuta delle scritture contabili.

La base di partenza per il riscontro delle movimentazioni è la situazione contabile che rappresenta un elenco ordinato dei saldi dei conti a una certa data e che ha scopi di pura conoscenza, serve cioè per ottenere e comunicare informazioni sulla situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa.

Nel caso delle indagini finanziarie la presenza o l'assenza di giustificativi contabili è la linea di confine fra un comportamento corretto o una ricostruzione del reddito.

In questi casi si rende quanto mai utile ricorrere al rispetto dei postulati di bilancio, specificamente richiamati dall'art. 2423 c.c. e ripresi dall'OIC 11 – bilancio d'esercizio, finalità e postulati. In particolare, l'articolo 2423 comma 2 del codice civile fissa la clausola generale ovvero la finalità primaria del bilancio secondo la quale quest'ultimo deve essere redatto con chiarezza e rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio.

I principali postulati di bilancio che vengono chiamati in causa in occasione di indagini finanziarie sono il principio della rappresentazione veritiera e corretta dei fatti e accadimenti aziendali, richiesto dall'art. 2423 c.c., al fine di renderli veritieri e aderenti alla realtà, e il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

²⁸Cass. Civ., 18 marzo 1987, n. 2738

²⁹ Cassazione, 6 Ottobre 2010 n. 20735

³⁰ Cassazione, 28 Settembre 2005, n. 19003.

Il postulato della rappresentazione veritiera e corretta si concretizza nell'osservanza delle norme di legge previste dal codice civile e quando necessario attraverso l'ausilio interpretativo dei principi contabili nazionali e internazionali.

Con la prevalenza della sostanza sulla forma, pur con alcune distinzioni quali ad esempio i leasing finanziari per le imprese locatarie o i contratti di cessione e retro locazione e contratti derivati, per ogni operazione fatto o accadimento aziendale, qualunque ne sia l'origine, è necessario rappresentare la sostanza e la funzione economica dell'operazione³¹ al fine di individuare l'elemento prevalente nella contabilizzazione dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato.

La sostanza economica dell'operazione rappresenta così l'elemento prevalente per la contabilizzazione, valutazione ed esposizione dell'evento nel bilancio anche se gli aspetti formali conducono ad una interpretazione differente.³² Nel caso di operazioni di versamento o prelevamento è necessario ricercare la finalità dell'operazione considerando la realtà economica sottostante e quali obbiettivi si è prefissato l'imprenditore dal punto di vista economico.

Con tali finalità, vari sono i tipi di versamento o prelevamento che l'imprenditore pone in essere, distinti in base allo scopo. Per quanto attiene i versamenti, alcune delle causali maggiormente utilizzate nella prassi sono: i versamenti a fondo perduto, a copertura delle perdite, in conto capitale e in conto aumenti di capitale, in conto finanziamento e in conto futuri aumenti di capitale.

Sul versante dei prelevamenti invece possiamo annoverare prelevamenti in conto utili, per dividendi, in conto restituzione di finanziamenti, per prelevamenti del titolare in caso di impresa individuale etc.

Di fronte alle indagini finanziarie il rispetto dei due postulati assiste il contribuente con riguardo alle operazioni di versamento e prelevamento effettuati dall'impresa e annotati nelle scritture contabili.

La veridicità è un requisito sostanziale e attiene alla corrispondenza tra le informazioni desumibili dal bilancio e la realtà sottostante ossia la coerenza fra quanto rappresentato e quanto accaduto.

La correttezza, così come la veridicità, è anch'esso requisito sostanziale che attiene invece all'impiego, nella reazione del bilancio, dei principi e dei criteri tecnici ritenuti corretti oltre all'atteggiamento di buona fede e lealtà in tutte le fasi di redazione del bilancio e annotazione in contabilità degli accadimenti.

Nella pratica, il postulato della rappresentazione veritiera e corretta applicata alle operazioni di versamento e prelevamento consiste nella evidenziazione di un evento realmente accaduto mediante la movimentazione delle relative contropartite dell'attivo o del passivo, in genere i conti di cassa o banca.

Può accadere che siano oggetto di contestazione lo sfasamento fra la data di registrazione in contabilità del prelievo o del versamento e la data di accredito o addebito nei relativi conti di destinazione, specialmente se avvengono, pur nel rispetto della normativa sull'antiriciclaggio, attraverso il conto cassa.

Le normative e prassi ragionieristica e fiscale richiedono una registrazione sistematica e puntuale delle operazioni ma lievi discrepanze in ordine a valuta e date di accredito o addebito possono accadere; nel caso in cui gli importi coincidano, il comportamento può ritenersi lecito posto che la stessa Guardia di Finanza nella Circolare 29 dicembre 2008 n. 1, tollera accrediti o addebiti a ridosso della registrazione in contabilità.

Nel caso in cui l'Ufficio contesti la discrasia temporale fra la data di riscossione o pagamento è comunque sempre possibile chiedere al giudice di disporre una consulenza tecnica come previsto dall'art. 7 co 2 del D.Lg. 31 dicembre 1992 n. 546.³³

Nel momento in cui vengono rilevate irregolarità nei prelevamenti o versamenti rispetto ai giustificativi contabili, l'Amministrazione Finanziaria considera gli incassi e pagamenti avvenuti nei conti correnti come di competenza del periodo di imposta coincidente con la data di addebito o accredito mentre il periodo di maturazione del presunto ricavo o spesa può riferirsi a periodi precedenti. Lo stesso articolo 2423 bis c.c., n. 3 stabilisce che nella redazione del bilancio si deve tener conto dei proventi e degli oneri di competenza dell'esercizio indipendentemente dalla data dell'incasso o del pagamento, principio contemplato anche dall'art. 109 c. 1 e 2 T.u.i.r. Corollario fondamentale del principio di competenza economica è rappresentato

³¹ Articolo 2423 bis c.c. n. 1

³² Sul contribuente grava altresì l'onere di dimostrare, in caso di contestazione dell'ufficio circa la congruità dei costi dedotti e dei ricavi tassati, la coerenza economica dei costi sostenuti nell'attività d'impresa. Cass. Civ. Sez. V, 27.03.2013, n. 7701.

³³ Cass., 1.3.2007, n. 4853.

dalla correlazione costi e ricavi, con la quale si intende esprimere la necessità di contrapporre ai ricavi dell'esercizio i relativi costi, imponendo così di stabilire, in primo luogo, la competenza dei ricavi e, correlativamente, quella dei costi a questi riferibili.

La *ratio* della contabilizzazione per competenza economica risponde all'esigenza di non lasciare il contribuente arbitro dell'imputazione in un periodo d'imposta a in luogo di un altro, evitando in tal modo la formazione di imponibili fiscali a sua discrezione.

Nella pratica si verifica frequentemente che la contestazione riguardi prelevamenti o versamenti effettuati nell'anno successivo quando in realtà il contribuente, nel rispetto del principio di competenza, aveva annotato in contabilità il documento fiscale nell'anno precedente e sul quale aveva maturato e dichiarato il reddito, periodo che potrebbe non essere soggetto ad accertamento o indagine. La pretesa erariale in tali casi si manifesta pertanto nel periodo oggetto dell'incasso o del pagamento a fronte di un imponibile fiscale maturato e dichiarato dal contribuente in un diverso esercizio, circostanza questa che provoca la doppia tassazione di un reddito già dichiarato.

La giurisprudenza di legittimità con varie pronunce³⁴ sul tema affermando che fermo restano il principio della competenza economica delle componenti di reddito, il contribuente è legittimato a pretendere la restituzione di somme pagate a fronte di doppia tassazione.³⁵

Per quanto attiene la presenza in bilancio di beni di modico valore senza il corrispondente pagamento, si precisa che in caso di donazioni di tali beni, come stabilito dall'art. 783 c.c., questi non soggiacciono alla forma dell'atto pubblico sempreché la modicità venga valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante.

In occasione di indagini finanziarie e la relativa richiesta di chiarimenti da parte dell'Ufficio, nella pratica si avrà riguardo di verificare i singoli mastri contabili pertinenti alle risultanze dell'indagine e la sistematica registrazione in ordine di data degli accadimenti aziendali. Sarà necessaria una puntuale ricostruzione delle movimentazioni dei conti riepilogativi i prelievi o i versamenti riassunte nello Stato Patrimoniale che come noto, in base al principio contabile OIC n. 12 espone il patrimonio aziendale e la situazione finanziaria alla data di riferimento in conformità dei principi contabili, presentando, in sede di richiesta di chiarimenti circa le movimentazioni, il giustificativo di ciascuna operazione rilevata.

Uno schema di presentazione da consegnare all'Ufficio unitamente alle copie della relativa documentazione contabile in sede di richiesta di chiarimenti potrebbe essere riassunto come segue:

Anno					
Banca.....		Conto Corrente n.		Intestatario.....	
Num. operazione	Data	Importo in euro	Descrizione giustificativo operazione	Eventuale riferimento contabile	Numero allegato alla presente memoria
1					
2					
3					
4					

³⁴ Nr.16198/01; 24474/06; 16819/07; 6331/09; 10981/09; 16023/09 e più recentemente nr. 1648/13.

³⁵ La stessa Agenzia delle Entrate, con la circolare 31/E del 2 agosto 2012 ha previsto la possibilità di compensare le maggiori imposte nel corso del procedimento di adesione ovvero di richiederne il rimborso.

n.					
---------	--	--	--	--	--

Per i professionisti intestatari di un unico conto corrente bancario e di suo utilizzo in modo promiscuo, cioè sia per l'attività di lavoro autonomo che per operazioni ad essa estranee, modalità consentita dal D.L. 112/2008, le presunzioni poggiate sulle indagini finanziarie non operano, esonerando il professionista dal dover fornire la prova contraria del beneficiario per le operazioni di prelevamento che, pur senza precisarne l'importo, in relazione alla loro esiguità o occasionalità, tenuto conto del tenore di vita del professionista rapportato al volume di affari dichiarato, possano essere facilmente ricondotte alla sfera extra-professionale³⁶ come ribadito dalla Circolare Ministeriale 4 agosto 2006 n. 28/E.

Diversa è invece la fattispecie di accertamento per mancata tenuta della contabilità prevista per legge. L'Amministrazione finanziaria, avvalorata da una recente pronuncia della Cassazione³⁷, potrà presumere che tutti i versamenti e i prelevamenti risultanti dal conto corrente costituiscono presunzioni di reddito in rapporto all'anno nel quale sono effettuati. La prova delle movimentazioni non confluenti nella sfera aziendale o di lavoro autonomo potranno in questo caso essere costituite dalle causali di versamenti o accrediti o da operazioni regolate da contratti o scritture pubbliche o private con data certa comprovanti la natura non fiscalmente imponibile delle operazioni³⁸.

Poiché l'art. 32 D.P.R. 600/73 come detto stabilisce che sia i prelevamenti che i versamenti privi di giustificazione sono indice di ricavi o compensi, si applica il dettato legislativo per cui la ricostruzione del reddito si avrà tra la somma di accrediti e addebiti le cui indagini ne avranno individuato la natura afferente la sfera lavorativa del contribuente, detratta un'incidenza percentuale dei relativi costi,³⁹ mentre risulteranno esclusi i movimenti di cui il contribuente ne abbia puntualmente dimostrato la non imponibilità.

In tale circostanza sembrerebbe comunque più logica una ricostruzione del reddito che parta dall'assunto per cui i versamenti pertinenti con l'attività d'impresa si presumano ricavi e i corrispondenti prelevamenti come costi, circostanza nella quale, non sarebbe esclusa l'eventualità non di un reddito ma di una perdita di esercizio del contribuente, fattispecie questa non contemplata dalla normativa in materia.⁴⁰

E' infatti evidente che riconoscere solo una percentuale forfettaria di costi sui maggiori ricavi presuntivamente accertati, costituiti dalla somma di versamenti e prelevamenti, innesca un meccanismo per il quale si avrà sempre la ricostruzione di un reddito imponibile e mai di una perdita di esercizio.

In tali circostanze sarebbe necessario giungere a conclusioni che proteggano i diritti dell'imprenditore il quale, per coprire i costi con i ricavi contrattati nella libertà di scelta degli attori del commercio si trova costretto, per il vicolo dell'autonomia patrimoniale, a ricercare un'efficiente combinazione dei fattori produttivi i quali subiscono anch'essi il rischio del mercato.

I ricavi o i compensi non dichiarati emersi a seguito delle indagini finanziarie si presumono rappresentativi di imponibili non dichiarati soggetti al prelievo fiscale sul reddito. Ai fini dell'imposta sul valore aggiunto i versamenti non giustificati sono considerati operazioni di vendita e i prelevamenti alla stregua di acquisti⁴¹ o comunque operazioni passive non auto fatturate se non viene dimostrato che il contribuente ne abbia tenuto conto nelle dichiarazioni o che si riferiscono ad operazioni non imponibili.

³⁶ La Guardia di Finanza nella circolare 29 dicembre 2008, n. 1, toglia i prelievi documentati attestanti il sostenimento di costi per l'istruzione dei figli, ristrutturazioni di abitazioni, viaggi etc., aventi data prossima al prelievo e con questo sostanzialmente coincidenti per importo.

³⁷ Cass. Civ., 07.02.2013, n. 2894.

³⁸ Si veda in proposito anche Commis. Trib. Reg. Umbria, Perugia Sez. IV, 15.04.2013 n. 88.

³⁹ La Corte Costituzionale con Sentenza n. 225 del 08.06.2005 giudicava infondata la questione, dichiarandola oltre che apodittica, anche smentita dalla più recente Giurisprudenza di legittimità, secondo la quale "si deve tenere conto - in ossequio al principio di capacità contributiva - non solo dei maggiori ricavi ma anche della incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati".

⁴⁰ Il sillogismo presuntivo "prelevamenti" equiparati ai costi e "costi" equiparato a ricavi ha una *ratio* solo nel reddito d'impresa, ove ai costi, di norma, corrispondono ricavi, ma non nel reddito di lavoro autonomo. Infatti secondo "*l'id quod plerumque accidit*" il professionista si trova a sostenere dei costi atti a concorrere alla formazione del reddito di lavoro autonomo senza che agli stessi seguano compensi, tantomeno in pari misura. Poi, quand'anche si vertesse in tema di reddito d'impresa, il sostenimento di costi non è automaticamente connesso alla produzione di ricavi "nell'anno d'imposta nella stessa misura del costo sostenuto, essendo plurime le componenti di reddito d'impresa. Commis. Trib. Reg. Lazio, Roma Sez. XXIX Ordinanza 6.10.2013 n. 27.

⁴¹ Recentemente la Commissione Trib. Reg. Lombardia Milano, Sez. XXXII, del 10.01.2013 n. 1 ha valutato che la presunzione di ricavi imputabili all'attività di impresa svolta in forma societaria può essere legittimata dai soli versamenti del socio e non anche dai suoi prelevamenti perché il socio ha interesse ad occultare i ricavi e non anche i costi visto che prelevamenti frazionati e frequenti si riferiscono al vivere quotidiano.

Nell'esercizio dell'attività professionale è prassi diffusa l'emissione di notule antecedenti la corrispondente fattura. Non costituisce indizio di compensi non dichiarati la mancata coincidenza tra le date in cui il professionista ha effettuato alcuni versamenti sul conto e quelle di emissione delle corrispondenti fatture. In caso di preavvisi di parcella (o notula), infatti, la fattura può essere emessa successivamente all'incasso dei compensi.⁴²

6.2. SOGGETTI IN REGIME DI CONTABILITÀ SEMPLIFICATA

Differenti argomentazioni e presunzioni scaturenti dalle indagini finanziarie valgono per i soggetti che adottano un regime di contabilità semplificata, prevista dall'art. 18 del D.P.R. 600/73, nella quale non viene richiesta la registrazione delle variazioni numerarie attive e passive confluenti nello Stato Patrimoniale che nella prassi o è totalmente assente o risulta mancante di molte categorie di conti.

Nella pratica si rileva spesso l'assenza dei conti patrimoniali di cassa, banca, conti di prelevamento e di versamento.

Le semplificazioni previste dal regime di contabilità rendono più arduo fornire la prova contraria per le operazioni di prelevamento rispetto a quanto avviene per i contribuenti in contabilità ordinaria.

Nel momento in cui l'Amministrazione finanziaria si attiva attraverso un'indagine finanziaria, il contribuente potrà fornire un'analitica giustificazione per i soli movimenti di conto corrente ai quali corrisponda come contropartita il sostenimento di costi o la maturazione di ricavi e come differenza l'attribuzione del reddito ai soci o al titolare, mentre risulterà più complicato dimostrare e quindi giustificare, vista l'assenza delle contropartite patrimoniali, i versamenti effettuati a copertura di perdite o a fondo perduto, i finanziamenti effettuati dai soci o comunque di operazioni atte a far beneficiare l'azienda di maggiori dotazioni patrimoniali. Identica considerazione per il recupero di eccedenze patrimoniali o di restituzione di finanziamenti nel caso di prelevamenti.

In mancanza di registrazioni contabili si può far ricorso alla contabilità di terzi, clienti o fornitori, per provare il sostentamento di costi o ricavi così come, suffragata dalla Cassazione⁴³, la stessa Amministrazione finanziaria è abilitata a rettificare la dichiarazione quando la sua incompletezza risulta dai dati e dalle notizie raccolti nei modi di cui all'art. 32 D.P.R. 600/73 e quest'ultimo prevede anche ogni altro soggetto ad esibire o trasmettere atti o documenti fiscalmente rilevanti concernenti specifici rapporti intrattenuti con il contribuente e a fornire i chiarimenti relativi.

Come prova dell'avvenuta movimentazione finanziaria può operarsi una ricostruzione anche attraverso documenti complementari alle normali fatture quali il documento di accompagnamento delle merci e la ricevuta fiscale. Entrambi, rientrano nel novero delle scritture contabili intesi nel senso più ampio rispetto alla nozione civilistica in quanto suffragati dai relativi registri di carico e scarico e sono da considerarsi come una prova contro l'imprenditore nel senso che questi, di fronte a cessioni di beni o prestazioni di servizi risultanti dai citati documenti e non assoggettati ad imposta, ben difficilmente potrà esibire prova contraria.

In un'impresa che adotta un regime di contabilità semplificata appare dunque troppo semplicistico presupporre, come avviene sovente nella prassi da parte dell'Amministrazione Finanziaria, che la differenza algebrica fra i ricavi maturati e i costi sostenuti sia da attribuire alla distribuzione del reddito disponibile per i soci o l'imprenditore.

Maggiori prelevamenti effettuati, rispetto al reddito maturato e dichiarato potrebbero essere riconducibili a utili precedentemente formati e rimasti a disposizione oppure rimborso di finanziamenti o versamenti a vario titolo mentre minori prelevamenti potrebbero essere giustificati dalla necessità di lasciare in azienda risorse finanziarie.

Non dobbiamo inoltre dimenticare che la dinamica di cash-flow aziendale può rendere disponibile la possibilità di prelievo in tempi diversi rispetto alla maturazione economica del reddito.

42 Comm.ne Trib. Regionale Puglia, sentenza n. 92/6/11, Così, come si legge sempre nella pronuncia, "non può costituire in assoluto indizio di compensi in nero la non coincidenza delle date di alcuni versamenti rispetto a quelle delle fatture alle quali gli stessi sono riferiti, non potendosi escludere che - sebbene con procedura fiscalmente non corretta ma di fatto molto diffusa - in quei limitati casi la fattura sia avvenuta successivamente all'incasso dei compensi".

43 Cass. Civ. Sez. V, 27.02.2013, n. 4884. L'art. 2710 c.c. prevede che i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per rapporti inerenti l'esercizio dell'impresa.

A ben vedere quindi le operazioni sopra elencate si riferiscono a redditi tassati nel caso di utili o non tassabili nel caso di restituzioni di capitali o finanziamenti ma possono non rinvenirsi nella contabilità aziendale in quanto non tenuta all'appostazione di partite patrimoniali.

Troppe dunque sono le variabili per una ricostruzione del maggior reddito di un'azienda in regime di contabilità semplificata avendo riguardo al solo reddito dichiarato. Tutti i comportamenti e gli atti sopra evidenziati operano infatti nel pieno rispetto delle normative contabili, civilistiche e fiscali e del dettato di cui all'art. 32, co 1 n. 2 del D.P.R. 600/73.⁴⁴

Di estremo interesse è una recente pronuncia⁴⁵ concernente l'impugnazione di un avviso di accertamento a seguito a indagini finanziarie effettuate nei confronti di un soggetto in contabilità semplificata. La Commissione ha ritenuto apprezzabile recependo e adeguandosi alla dottrina per cui i contribuenti in contabilità semplificata non sono soggetti all'obbligo di giustificare le operazioni di prelievo dai conti correnti, escludendo dalla ripresa a reddito tutte le operazioni di prelievo del ricorrente, ritenendo non necessaria la documentazione atta a dimostrare la destinazione di tali somme.

Dello stesso tenore una recente sentenza ha preso in esame la fattispecie di un'attività di tipo agraria ove, non sussistendo l'obbligo di tenuta delle scritture contabili, è impedito il riscontro tra la documentazione bancaria e le scritture contabili, riscontro indispensabile perché possano essere utilizzate le presunzioni di cui all'articolo 32 del D.P.R. 600/73.⁴⁶

Nelle semplificazioni consentite dal regime di contabilità semplificata la mancanza di alcune registrazioni non obbligatorie e la relativa assenza di taluni conti dal bilancio di esercizio non comporta una irregolare o inattendibile tenuta della contabilità.

Di fronte ad una presuntiva ricostruzione del reddito basata sull'assenza di movimentazioni contabili consentite dalla legge può comportare l'impossibilità per il contribuente di apportare giustificativi agli atti o comportamenti tenuti rendendo di fatto impossibile la sua difesa in giudizio.

Da ciò può derivare una violazione dello spirito di garantire un'adeguata tutela del contribuente sancita dalla legge 27 luglio 2000.⁴⁷

Mentre non si ritiene condivisibile la tesi per cui i contribuenti in regime di contabilità semplificata si ritengano esclusi dalle indagini finanziarie, si può però sostenere che per tali soggetti, in assenza di giustificativi contabili, versamenti e prelevamenti non registrati in contabilità per i quali spetta comunque al contribuente dimostrare la correttezza delle operazioni e la loro estraneità alle attività aziendali,⁴⁸ non potendo fare ricorso sulle scritture contabili, il ricorso alle sue dichiarazioni o alle dichiarazioni di terzi possa assumere una valenza probatoria maggiore di quella meramente indiziaria in quanto nulla indica un comportamento contrario alle leggi civilistiche e fiscali, lasciando ovviamente alla valutazione del Giudice il giudizio circa l'operato delle parti. Ciò per assicurare al contribuente una difesa altrimenti impossibile.

Analogamente, secondo l'interpretazione dell'Ufficio fornita in occasione di Telefisco in gennaio 2014, trovano applicazione le presunzioni di versamenti e prelevamenti nei confronti di soggetti che svolgono un'attività economica prescindendo dal fatto che, per effetto dell'utilizzo di un regime fiscale agevolato, il contribuente sia esonerato dalla tenuta delle scritture contabili.

In tali fattispecie la circolare Agenzia delle Entrate 19 ottobre 2006 n. 32/E circoscrive l'applicabilità dell'art. 32 comma 1 n.2 DPR 600/73 ai soli casi in cui sia configurabile un'attività economica, attribuendo rilevanza ai prelevamenti e agli importi riscossi che non risultino dalle scritture contabili. In tali casi, per i prelevamenti la presunzione opera con riferimento ai soli redditi di impresa o di lavoro autonomo posto che per tali categorie si suppone che sia riferibile ad una spesa occultata mentre con riferimento ai versamenti la presunzione opera in quanto si presume un potenziale reddito pertanto, posto che anche per i regimi fiscali agevolati è obbligo la conservazione delle documentazioni contabile, la loro esibizione, per la quale è comunque fatto obbligo di conservazione, costituisce prova a favore del contribuente, in mancanza,

⁴⁴ I dati e gli elementi risultanti dai rapporti e dalle operazioni rinvenuti sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli art. 38, 39, 40 e 41 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine.

⁴⁵ CTP Padova sentenza n. 78/10.

⁴⁶ Commiss. Trib. Sicilia Palermo Sez. XXIV, 04.10.2012, n. 179.

⁴⁷ "Statuto dei diritti del contribuente"

⁴⁸ Cassazione n. 11493 del 14 maggio 2013

analogamente a quanto sopra considerato, si potrebbe operare una ricostruzione dei movimenti finanziari attraverso la contabilità di terzi fornitori e clienti.

Come statuito dalla Cassazione, in tema di prova per presunzioni, è sufficiente che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto quello ignoto sia accertato alla stregua di canoni di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo regole di esperienza. Il convincimento del giudice di merito può ben fondarsi persino su una sola presunzione, purché grave e precisa, nonché su una presunzione che sia in contrasto con altre prove acquisite, qualora la stessa sia ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli elementi di giudizio ad essa contrari.⁴⁹

La stessa Amministrazione Finanziaria, nella Circolare Agenzia delle Entrate 19.10.2006 n. 32/F consiglia gli uffici di astenersi da una valutazione degli elementi acquisiti – non solo dei conti correnti ma di qualsiasi altro rapporto od operazione suscettibili di indagine – particolarmente rigida e formale, tale da trascurare le eventuali dimostrazioni, anche di natura presuntiva, che trattasi di spese non aventi rilevanza fiscale sia per la loro esiguità, sia per la loro occasionalità e, comunque, per la loro coerenza con il tenore di vita rapportato al volume di affari dichiarato.

7. INCIDENZA SOSTANZIALE DEI PRELEVAMENTI NEI CONFRONTI DEI LAVORATORI AUTONOMI E DELLE PERSONE NON ESERCENTI ATTIVITA' DI IMPRESA O DI LAVORO AUTONOMO (Orazio Droandi)

Sommario: 7.1. Fonti legislative. - 7.2. Perché i prelevamenti. - 7.3. Alcune caratteristiche del prelievo: la quantità di somma prelevata e il tenore (e lo stile) di vita del contribuente – il tempo trascorso tra prelevamento e versamento . - 7.4. Il tempo trascorso tra prelevamento e versamento. - 7.5. Le difese dalla presunzione legale relativa . - 7.6. I soggetti interessati alla presunzione sui prelevamenti bancari: le persone non esercenti attività di impresa o di lavoro autonomo. - 7.7. I soggetti interessati alla presunzione sui prelevamenti bancari: i lavoratori autonomi.-

7.1. FONTI LEGISLATIVE

In tema di Indagini Finanziarie l'art. 32 primo comma n.2 del DPR 600/73, per le Imposte sul reddito, e l'art. 51 secondo comma n.2 del DPR 633/72, per l'IVA, stabiliscono, tra l'altro, una **presunzione legale relativa** sui prelevamenti effettuati o degli importi riscossi.

I Prelevamenti vengono considerati Ricavi (per gli imprenditori) e compensi (per i lavoratori autonomi) ove gli stessi dati assunti a base:

- a) non risultino dalle scritture contabili;
- b) non si dimostri di averne tenuto conto nel calcolo del reddito;
- c) non si dimostri che non assumono rilevanza ai fini del reddito
- d) non si indichi il beneficiario della somma prelevata

Presunzione Legale Relativa: siamo di fronte ad una Presunzione che non ha necessità di avere le caratteristiche di Gravità Precisione e concordanza. Il solo fatto di rintracciare nella movimentazione bancaria un movimento bancario di prelievo è sufficiente affinché la presunzione operi senza necessità di ulteriore attività di indagine.

E' stato detto (Corte Cassazione n. 23852 del 11/11/2009 e n. 25132 del 30/11/2009) che l'accertatore non ha neanche la necessità di procedere all'analisi delle singole operazioni; la **Inversione dell'onere della prova** opera immediatamente e ribalta sul contribuente la incombente necessità di provare che dette operazioni siano giustificate e quindi non sensibili ai fini dell'attività di accertamento in atto.

⁴⁹Cass. Civ. Sez. V, 10.01.2013, n. 446.

7.2. PERCHÉ I PRELEVAMENTI

La norma è ormai a sistema dal 1991 seppur essendo stata modificata nel tempo. Chi scrive era alle prime esperienze lavorative e fin da subito si è dovuto scontrare sulla anomalia della disposizione. Nella impostazione ragionieristica del Dare e dell'Avere è del tutto evidente che i Versamenti non giustificati da una pezza giustificativa possano esprimere un reddito non dichiarato; ma il prelievo, che per sua natura dà innesco ad un costo, come può essere correlato ad ricavo o ad un compenso?

La ratio della norma è fondata sulla presunzione che i prelievi siano utilizzati per sostenere costi al “nero” e che, in teoria, da essi si originino dei ricavi o compensi non dichiarati.

Negli accertamenti analitici o induttivi, normalmente, l'assioma è del tipo “costo al nero” = “ricavo al nero” maggiorato da ricarico; nella norma sulle indagini finanziarie il prelevamento non giustificato è assunto alla pari quale ricavo o compenso non dichiarato.

7.3. ALCUNE CARATTERISTICHE DEL PRELIEVO: LA QUANTITÀ DI SOMMA PRELEVATA E IL TENORE (E LO STILE) DI VITA DEL CONTRIBUENTE – IL TEMPO TRASCORSO TRA PRELEVAMENTO E VERSAMENTO

o La quantità di somma prelevata e il tenore (e lo stile) di vita del contribuente

Nella fase istruttoria della verifica da Indagine Bancaria si possono incontrare diversi *modus operandi* tra i nuclei accertatori di Guardia di Finanza o Agenzia delle Entrate in merito alla soglia minima di prelevamento sensibile.

La circolare 32/E del 2006, richiamando la 28/E del medesimo anno, riferisce: "*i contribuenti interessati possono ritenersi sollevati dall'onere di fornire la predetta dimostrazione in relazione a prelievi che, avuto riguardo all'entità del relativo importo ed alle normali esigenze personali o familiari, possono essere ragionevolmente ricondotte nella gestione extra-professionale*"

Del medesimo tenore la Commissione Tributaria Provinciale di Alessandria; con sentenza 9/5/2012 n. 61/01/12, determina che non devono essere considerate, ai fini delle indagini finanziarie sui conti correnti dell'imprenditore e dei suoi familiari, le operazioni che, per l'entità del loro importo, sono presumibilmente riferibili alle esigenze personali e familiari

Quindi è lasciata alla libera discrezione del verificatore valutare come procedere. Tuttavia accade, sovente, che l'Amministrazione non ponga alcun limite e richieda giustificazioni anche per importi minimi. Questo potrà essere fatto valere in sede difensiva, rilevando al Giudice che trattasi di spese di carattere personale dimostrate dall'occasionalità o dalla modesta entità delle stesse. Però sarà solo nella giustezza o clemenza del collegio giudicante riuscire ad ottenere un annullamento della pretesa.

Personalmente ho assistito a verifiche dove la soglia minima è stata determinata in euro 500,00; in altri casi mi è stato riferito di soglie da 200,00 euro o anche di 1.000,00 euro.

Ulteriormente: è noto che la soglia di sensibilità del contante, oggi, ai fini antiriciclaggio è determinata in 999,99 euro. Mi domando spesso se questa norma è idonea a costituire la soglia sensibile anche ai fini fiscali; e se essa debba essere in previsione sul singolo prelievo o anche se ripartita in operazioni di prelievo in 5/7 giorni al fine di evitare le elusioni in tema.

D'altro canto è vero che il diritto, ed in ciò anche il tributario, è chiamato a regolare la vita sociale comunemente svolta con tutti i suoi infiniti aspetti e particolarità singole. E' vero, altrettanto, che il “**tenore di vita**” o, meglio, “**lo stile di vita**” dell'una o dell'altra persona (*rectius*: nucleo familiare) è diverso e incomparabile nei limiti della capacità reddituale di ognuno. In sostanza vi è chi spende più e chi spende meno così regolando il tenore di vita stesso.

Non si può attribuire generalizzando, quindi ad un valore fisso, il concetto di soglia prelevata per il tenore di vita di ogni nucleo familiare. Ma esso dovrà esser misurato di caso in caso a seconda delle abitudini particolari di ogni famiglia.

Il Buon senso, che deve sempre accompagnarci nella vita, mi fa asserire che in ogni verifica dovrebbe esser riconosciuta una somma di prelevamenti non incidenti nei calcoli accertativi in funzione delle spese di vita sostenute dal contribuente.

Nella verifica la mancanza di una previsione di spesa esente in ragione dello stile di vita della famiglia, potrebbe, anzi, dovrebbe generare nel Giudice, se fatta adeguatamente rilevare nel ricorso, il dubbio della legittimità dell'accertamento o del suo carattere fuorviante dal concetto Costituzionale di capacità contributiva.

Gli argomenti a sostenere il tema sono davvero molti. Mi limito a produrre qua dei quesiti / riflessioni che faccio a me stesso ognuna delle quali ritengo meriterebbe adeguati capitoli di studio:

- 1) Il redditometro, per sua natura, allorché misura il reddito in funzione di particolari utilizzi di beni immobili o beni mobili o di spese sostenute (cavalli barche o quant'altro) non va a determinare il reddito minimo e quindi la spesa che il contribuente ha deciso di sostenere per il proprio "stile di vita"? Pertanto una serie di prelevamenti annui fino all'importo determinabile con redditometro sono già "giustificati" a priori ancorché lo strumento calcoli per massa?
- 2) Il prelievo costante nel tempo (anni) di una somma fissa o simile con cadenza giornaliera/settimanale/mensile può essere giustificazione della spesa derivante dal proprio "stile di vita"?
- 3) Il prelievo effettuato in giornate tipiche dello svago, tipo il venerdì, sabato o domenica, il prefestivo ecc. può essere, alla stessa stregua, giustificazione del proprio operato e quindi esclusa dalla verifica?

Io ritengo che tali fattispecie hanno tutte un grado di presunzione (semplice) tale da poter opporre giustificazione della spesa del proprio "stile di vita"; con particolare riferimento al reddito calcolabile con redditometro il quale se è valido per giustificare un accertamento, allo stesso modo, deve esser valido a giustificare la spesa (o la quota del proprio reddito) necessaria al proprio stile di vita.

La Commissione Tributaria Provinciale di Cremona, sentenza n. 58/3/13, riconoscono congrui prelievi personali forfettari per euro 20.000,00 in favore del contribuente (una Presunzione semplice opposta alla Presunzione legale relativa).

7.4. IL TEMPO TRASCORSO TRA PRELEVAMENTO E VERSAMENTO

Nella fase istruttoria di una indagine finanziaria spesso incontriamo operazioni bancarie di segno opposto: magari un prelevamento in un conto e successivamente un versamento in altro conto. Non sempre, anzi molto spesso, le somme non coincidono, oppure il lasso di tempo trascorso tra l'una e l'altra operazione è troppo elevato.

Nelle verifiche di cui ho notizia il tempo assunto ritenuto giustificato non è mai stato superiore alla settimana; in caso di coincidenza di valori anche 10 giorni ma con difficoltà operative e magari oggetto di "scambio interpretativo" di operazioni ammesse / non ammesse.

Nella vita sociale vi sono i più disparati accadimenti. Succede, ad esempio, che Lehman Brothers nel 2008 dichiara l'intenzione di avvalersi del (famoso) chapter 11 o, nel 2011/2012, si ipotizzi a livello finanziario il crollo dell'Euro; e cosa succede? Il **panico bancario** (vedi Treccani.it – dizionario di economia e finanza 2012 – Giuseppe Marotta). E' noto che milioni di Italiani hanno fatto la coda presso tutti gli istituti bancari per il ritiro fisico di moneta contante da porre, al "sicuro", "sotto il mattone"; e i Direttori di Banca, di Filiale, agenzia, sportello gravati e stressati in discussioni con la clientela per arginare la emorragia finanziaria.

Operazione discutibile: certo; operazione anomala (dirà il verificatore): altrettanto certo. Eppure è successo!! In tali casi assistiamo a denaro contante che permane nelle mani del contribuente in tale stato per mesi, se non per anni; che potrebbe essere rilevante ai fini della presunzione prelevamenti (non giustificabile) e del successivo riversamento (ai fini antiriciclaggio qualcuno ha provato ad assumere la prova della provenienza dallo stesso prelievo).

Tutti elementi che dovrebbero essere assunti dal verificatore per "buoni" e che invece rischiano di far scaturire accertamenti da rimettere al Giudice.

Anche in questo tema, ripeto, di vita comune, appare non agevole, anzi difficile, la soluzione con eventuale ed evidente indebito accertamento da parte della Amministrazione Finanziaria.

7.5. LE DIFESE DALLA PRESUNZIONE LEGALE RELATIVA

In parte l'argomento è sopra trattato. Qui sottolineo la tematica in connotazione giuridica e giurisprudenziale. Le difese vanno assunte, innanzitutto, dalla interpretazione letterale della norma; interessante è commentare, pertanto, le dizioni:

- a) "*sempreché non risultino dalle scritture contabili*", ci porta a considerare che la presunzione non operi, quando, nel caso di contabilità ordinaria (anche non obbligatoria), nelle scritture contabili è specificato che il beneficiario risulta lo stesso imprenditore o professionista (dottrina: D.Deotto "contribuenti una difesa a regola d'arte" sole 24ore 27.2.2006 – Giurisprudenza: Cassazione 14420/2005).
- b) "*indica il soggetto beneficiario*", al di là di quanto sopra detto, si presenta come "prova diabolica". Non deve essere un'indicazione di carattere generico ma deve essere idoneo affinché

il verificatore possa individuare se il soggetto indicato abbia fatto concorrere la somma nel proprio reddito essendocene i presupposti. Vedremo *infra* alcune riflessioni su questo argomento.

Abbiamo detto che la norma sui prelevamenti bancari è una Presunzione Legale relativa. Come tale essa prevede l'**inversione dell'onere della prova sul contribuente**. Si è a lungo discusso, ed a tutt'oggi non pare univoca la linea, sulla difesa del contribuente ed in particolare sul rango della Prova da portare a suffragio delle proprie tesi: in sostanza è sufficiente una presunzione semplice?

Si è ritenuto talvolta (Cassazione 14675/2006 – 25365/2007) che la difesa del contribuente deve essere specifica e non generica; che la difesa deve esser data movimento per movimento e non in senso generale (Cassazione 1739/2007 – 25502/2011); con prove e non per presunzioni (Cassazione 16062/2010 – 20735/2010 – 13034/2012 – 2484/2013).

Recentemente la tendenza sembrerebbe ampliare la previsione includendo, nei mezzi di difesa, la presunzione semplice (Cassazione 25502/2011 – 13500/2012 – 17250/2013) in quanto essa, quando è grave precisa e concordante, rientra nel concetto di prova; altrimenti ne deriverebbe, in assenza di disposto specifico legislativo, una limitazione ulteriore al diritto di difesa. Difesa per presunzioni che, ovviamente, è rimessa all'apprezzamento del Giudice in particolare sulla individuazione del fatto noto da cui dedurre il fatto ignoto.

7.6. I SOGGETTI INTERESSATI ALLA PRESUNZIONE SUI PRELEVAMENTI BANCARI: LE PERSONE NON ESERCENTI ATTIVITÀ DI IMPRESA O DI LAVORO AUTONOMO

Da una prima lettura della norma la disposizione sulla presunzione dei prelevamenti appare valida e adottabile per tutti i contribuenti siano essi soggetti a reddito d'impresa, lavoratori autonomi o privati (o più precisamente delle persone non esercenti attività di Impresa o di Lavoro Autonomo).

L'analisi letterale della norma mette però in luce la necessaria presenza delle scritture contabili (ancorché di tipo semplificato, super semplificato o soggetto a particolari agevolazioni) nonché la impossibilità da parte del privato, non obbligato alla conservazione dei documenti, di difendersi dalla presunzione.

Da questi assunti già nel 2006, con la circolare 32/E, l'amministrazione finanziaria sembrava escludere i soggetti "non partita Iva" dalla presunzione; recentemente, dopo che la giurisprudenza più volte non ha rilevato differenze tra Versamenti e Prelevamenti nei soggetti accertati, l'Agenzia è intervenuta e in occasione di un incontro con la stampa specializzata tenutosi in data 30 gennaio 2014 ha chiarito che la presunzione sui prelevamenti, diversamente da quella sui versamenti, non opera nei confronti dei soggetti non esercenti attività di impresa o lavoro autonomo.

E' doveroso porre l'attenzione, però, sul fatto che la fase istruttoria non è preclusa. Sembra ormai univoco l'assunto per il quale in fase di indagine l'Amministrazione Finanziaria possa richiedere la documentazione, chiedere notizie, porre nel contraddittorio del soggetto "non partita Iva" anche i dati rilevati sui Prelevamenti. Infatti qualora l'accertatore provi (o presuma) e quindi emetta accertamento con attribuzione di attività di lavoro autonomo o impresa, gli indizi e i prelevamenti, non giustificati dal contribuente, potranno essere posti a base di recupero di reddito quali ricavi o compensi.

Ulteriormente doveroso è riferire che il solo fatto di detenere disponibilità di conto corrente non è stato ritenuto sufficiente per l'attribuzione della qualità di "lavoratrice autonoma" ad una dipendente (sentenza CC 11/11/2009 n. 23852 citata).

7.7. I SOGGETTI INTERESSATI ALLA PRESUNZIONE SUI PRELEVAMENTI BANCARI: I LAVORATORI AUTONOMI.

La categoria dei lavoratori autonomi è interessata alla Presunzione Prelevamenti dal 1 gennaio 2005 (L.311/2004 – finanziaria 2005) con riflessi, secondo la circolare 32/E del 2006, anche per le annualità precedenti trattandosi di disposizione interpretativa.

La ratio della norma, così come per gli esercenti l'attività d'impresa, è l'assioma prelevamenti = costi al nero – costi al nero = compensi al nero.

L'amministrazione Finanziaria già nel 2006 con le citate circolari 28/E e 32/E, pur nella sostanziale uniformità tra le regole dettate agli esercenti Impresa con i lavoratori autonomi, ebbe a differenziare gli approcci in sede di verifica per questi ultimi.

La circolare 1/2008 del Comando Generale della Guardia di Finanza – III reparto Ufficio Tutela Entrate – rileva questi elementi e detta istruzioni dettagliando il diverso modo procedurale da attuare nei confronti del lavoratore autonomo; dove prevede, solamente, di dare atto a verbale dei dati e della documentazione per i quali il contribuente ritenga di esser sollevato in funzione dell'irrelevanza fiscale o per l'entità o perché utilizzato per il proprio stile di vita, fornirà le proprie considerazioni sugli assunti del contribuente, rimettendo poi il tutto all'Ufficio delegato all'accertamento.

La norma qui in commento ha quindi subito critiche sfociate, poi, in discussioni anche Costituzionali.

Così nel 2002 la CTR di Torino ebbe a sollevare la legittimità costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 53 della Costituzione Repubblicana in quanto il contribuente sarebbe assoggettato ad una doppia presunzione (fatto noto - prelievo = fatto ignoto - costi al nero (1° presunzione) = fatto ignoto – ricavi o compensi al nero (2° presunzione)); in più la norma e la sua applicazione pratica hanno sempre teso a non riconoscere i costi, determinanti il calcolo dei ricavi, quale deduzione dell'accertato, andando così contro ai principi fondamentali della nostra legislazione Tributaria (doppia imposizione e riconoscimento dei costi sui ricavi accertati)

La sentenza della Corte Costituzionale 225/2005 determinò l'infondatezza della questione.

Recentemente la Commissione Tributaria del Lazio con sentenza n. 27/29/2013 ha sollevato legittimità costituzionale della norma per diversi profili. La fattispecie di causa sono i prelevamenti effettuati nel 2004 da alcuni professionisti. Il primo profilo di incostituzionalità sollevato riguarda, pertanto, la retroattività della norma rispetto alla data di entrata in vigore. Il profilo, seppur importante, ai fini del presente scritto riveste una peculiarità di rango inferiore.

Di maggiore importanza, per gli scopi qui prefissati, sono le critiche argomentate quali:

a) **Sospetto di violazione dei Principi di parità di Armi processuali e Norma troppo limitativa del diritto di difesa del contribuente –**

Che valenza ha iscriverne nel prelievo il nome del beneficiario? La sola iscrizione è da sola sufficiente a evitare la operatività della Presunzione? Una risposta positiva porterebbe all'assurdo che la norma diventerebbe inutile stante la facilità della soluzione adottabile. La risposta negativa alla domanda, e quindi che il nominativo sarebbe indicazione operativa, apre scenari senza dubbio difficili anche per l'azione dell'Amministrazione Finanziaria;

Infatti la norma non richiede che il contribuente iscriva o individui il nesso causale tra prelievo e beneficiario indicato. Di tal ché, è stato eccepito, che la norma è parziale o, meglio, "insufficiente ed irrazionale" in quanto richiederebbe al contribuente altro sforzo probatorio senza il quale si troverebbe incagliato nella difesa riconoscendo all'amministrazione Finanziaria un vantaggio considerevole nell'istruttoria e nelle prove.

b) **Deducibilità del costo (determinato dal prelievo) dal compenso presuntivamente accertato –**

La norma appare irrazionale ulteriormente nella parte in cui i costi presunti in base ai prelievi non sono riconosciuti deducibili, neanche percentualmente, dal compenso che lo stesso costo fa presumere esistente.

D'altronde la deducibilità del costo "nero" dal ricavo o compenso accertato è ormai un principio pacifico nel sistema della verifica induttiva in conformità con il principio Costituzionale della capacità contributiva.

Sembra pertanto ineccepibile, anche nel reddito da lavoro autonomo, che il costo (anche percentualizzato) debba essere riconosciuto in deduzione dal compenso presuntivamente rilevato

c) **Valutazioni in merito alla doppia presunzione applicata al reddito da lavoratore autonomo –**

Abbiamo già sopra annotato il dubbio che l'assioma prelievo = costo = compenso sia una doppia presunzione. La CTR Lazio solleva legittimità costituzionale sul punto. Ancorché già rigettata nel 2005 il nuovo profilo è motivato in maniera diversa allorquando pone le differenze anche di determinazione del reddito tra quello di impresa e di lavoro autonomo

E' evidente che l'ampliamento della Presunzione da Prelevamenti agli autonomi sia avvenuto non con norma *ad hoc* ma unicamente prevedendo valida ai professionisti quella già in essere sulle imprese. Sappiamo, però, che i due redditi vengono calcolati in maniera profondamente diverso:

- a. Al reddito d'impresa si applica la competenza mentre per il professionista vige la cassa;
- b. Nell'impresa, in quanto organizzazione di capitale e lavoro, rilevano anche i movimenti finanziari mentre nel lavoro autonomo questi ultimi non vengono ad essere rilevati e non hanno incidenza;

proprio la loro natura differente e il fatto che nel reddito di lavoro autonomo l'aspetto finanziario non sia oggetto legislativo della determinazione dell'imponibile (a differenza del reddito d'impresa) fa sostenere che la norma di accertamento stia tentando di introdurre un nuovo e diverso elemento rilevante ai fini reddituali per il lavoro autonomo; il tutto in maniera contraria alla Legge.

Al momento in cui scrivo queste note la Corte Costituzionale non si è espressa sulle doglianze della CTR Lazio.

Nell'ultimo tema trattato si deve ulteriormente rilevare che la doppia relazione prelevamento = costo – costo = compenso non sia accettabile anche per altro motivo. A differenza del reddito d'impresa, dove la relazione tra costo e ricavo può essere esistente, nel lavoro autonomo, professionale o artistico, il compenso viene creato attraverso l'*intuitu personae* non per effetto del sostenimento di un costo.

Di tal che il prelevamento, e quindi il costo, non ha mai una automaticità di correlazione con il reddito (compenso) dichiarato mancando il nesso causale.

A servizio del lettore, per maggiori e qualificate informazioni, segnalo l'articolo "La presunzione sui prelevamenti bancari non si applica ai <<privati>>" di Ferranti G. su Corriere Tributario n. 10 pagg. 739 e segg.

8. VALENZA DELLA COMPENSAZIONE FRA PRELEVAMENTI E VERSAMENTI (Maria Cristina Biondini).

Il contesto normativo è costituito dal Dpr 29 settembre 1973 n. 600 art. 32, 1° comma e dal Dpr 26 ottobre 1972 n. 633 art. 51, secondo comma n. 2)

Quest'ultimo prevede, ai fini IVA, che i dati in argomento, siano acquisiti sia secondo la procedura di cui al successivo numero 7) sia attraverso i poteri e le facoltà di cui ai successivi art. 52, ultimo comma, o dell'art.63, primo comma, nonché acquisiti ai sensi dell'art. 18 comma 3 lettera b) del dlgs n. 504 del 1995.

Ulteriormente, per quanto riguarda il contesto dell'IVA , la disposizione dell'art.51 stabilisce con disposizioni similari ma non identiche all'art. 32 dpr 600/73 in quanto ai fini iva i prelevamenti non vengono presi in considerazione.

In questo quadro normativo di riferimento abbiamo in sintesi:

1. Le **operazioni attive** che si presumono **RICAVI O COMPENSI**:
 - **VERSAMENTI**
 - **INCASSI**
 - **SCAMBIO DI ASSEGNI**

SONO RILEVANTI TANTO AI FINI DELLE IMPOSTE SUI REDDITI CHE DELL'IVA

2. Le **operazioni passive** che si presumono **RICAVI O COMPENSI**:
 - **PRELIEVI**
 - **PAGAMENTI**

SONO RILEVANTI SOLO AI FINI DELLE IMPOSTE SUI REDDITI NON AI FINI DELL'IVA

In base alla disciplina normativa il contribuente, per vincere la presunzione, deve provare:

- per le **operazioni attive** di cui al punto n. 1 che sono dichiarate ai fini delle imposte sui redditi e iva o che sono irrilevanti per i medesimi fini impositivi;
- per le **operazioni passive** di cui al punto n. 2 che sono state registrate in contabilità o che sono stati effettuati in favore di un determinato soggetto beneficiario di cui occorre fornire i dati identificativi.

L'art. 32 dpr 600/73 co. 1°, nel 2° periodo dello stesso comma (a valere solo per i possessori di reddito d'impresa e di lavoro autonomo) introduce una presunzione anomala e asimmetrica:

Anomala perché trasforma quello che potrebbe essere indizio di un costo (il prelevamento) in una presunzione legale di un ricavo o di un provento;

Asimmetrica perché vale solo ai fini delle imposte sui redditi art. 32 dpr 600/73 dato che in materia di iva, ex art. 51 del dpr 633/72 il prelevamento continua ad essere indizio di un acquisto in nero (vedi cassazione sentenza n. 14420 del 08/07/2005).

Quindi per il legislatore i prelevamenti, in assenza di giustificazioni, devono essere considerati ricavi o compensi; non spese sostenute per acquisti che a loro volta hanno determinato vendite quindi ricavi, come viceversa, ritiene l'Agenzia delle Entrate (circolare 32/E/2006).

In giurisprudenza si trovano le seguenti indicazioni:

a) Sentenze contrarie presunzione come ricavi sia dei versamenti che dei prelevamenti

Sentenza della Cassazione n. 4688/2012 del 23/03/2012 : movimenti del conto corrente come ricavi non dichiarati.

Nella sentenza la corte di cassazione fornisce un'interpretazione della norma, che presiede alle indagini finanziarie, assolutamente inequivocabile precludendo la possibilità al contribuente in fase istruttoria e, successivamente, in sede giurisdizionale, di operare "compensazioni" tra costi (prelevamenti) e ricavi (versamenti) **essendo i versamenti non documentati, al pari dei relativi prelevamenti, identificabili quali "ricavi" non dichiarati.**

b) Sentenze a favore

- Cassazione sentenza 20735 del 6/10/2010: attenua la presunzione per gli accertamenti. In questa sentenza i giudici ritengono che negli accertamenti bancari i prelevamenti possono essere riconosciuti quali costi, senza che scatti la presunzione di maggior ricavi, se il contribuente prova di averli sostenuti.
- Corte costituzionale 08/06/2005 n. 225: **capacità contributiva**
Nel dispositivo della sentenza di legge "in caso di accertamento induttivo, si deve tener conto - in ossequio al principio di capacità contributiva - non solo dei maggior ricavi ma anche della incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno dunque detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati.

Così interpretata la norma si sottrae dalla censura di violazione dell'art.53 della Costituzione, risolvendosi quanto alla destinazione dei prelievi non risultanti dalle scritture contabili, in una presunzione di ricavi suscettibile di prova contraria.

In una presunzione siffatta non appare, poi, lesiva del canone di ragionevolezza di cui all'art.3 della Costituzione, non essendo manifestamente arbitrario ipotizzare che i prelievi ingiustificati dai conti correnti bancari effettuati da un imprenditore siano stati destinati all'esercizio dell'attività d'impresa e siano, quindi, in definitiva, detratti i relativi costi, considerati in termini di reddito imponibile .

c) Proposta operativa in presenza di conti correnti in cui sono stati rinvenuti sia versamenti che prelevamenti:

Nel caso in cui in verifica vengano riscontrati maggiori prelevamenti e maggiori versamenti si arriverebbe alla determinazione di un maggior reddito imponibile derivante sia dei presunti ricavi (versamenti) che dei presunti costi (prelevamenti); considerando che il contribuente avrebbe tenuto una contabilità occulta e parallela dando vita ad un conto economico irregolare.

Buon senso e giustizia tributaria deve portare, invece, a considerare i movimenti di prelevamento e versamento come compensabili tra loro specialmente se originatisi in un lasso di tempo breve; ma ben può dirsi anche per lassi di tempo più ampi tra loro.

In caso contrario, si determinerebbe una doppia imposizione e la base imponibile sarebbe non il reddito prodotto dal contribuente soggetto economico ma un importo astratto espressione solo di un intento punitivo e quindi sicuramente contrario al principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione.

9. GLI ATTI NOTORI NELLE INDAGINI FINANZIARIE (Pietro Benedetti)

SOMMARIO: 9.1. Le dichiarazioni sostitutive di atto notorio nel DPR 445/2000. 9.2. Risoluzione AGE 19.03.2009 N.68 e dichiarazioni sostitutive di atto notorio. 9.3. Libertà della parte nella scelta dei mezzi di prova. 9.4. I Rapporti bancari di emissione. 9.5. "Probatio diabolica" e avversione del sistema nei confronti della stessa. 9.6. Soggetti in regime d'impresa e di lavoro autonomo non obbligati alla tenuta di scritture contabili. 9.7. Soggetto privato al di fuori di regimi d'impresa o di lavoro autonomo. 9.8. Dichiarazioni sostitutive di atto notorietà offerte per la prima volta nel processo tributario.

9.1. LE DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE DI ATTO NOTORIO NEL DPR 445/2000.

L'articolo 47 del Dpr 445/2000 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa) dispone che l'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è costituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con l'osservanza delle modalità di cui all'articolo 38 dello stesso decreto.

Aggiunge, inoltre, la disposizione sopra citata che la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza.

Dalla lettura della disposizione si evince, pertanto, che la dichiarazione sostitutiva di atto notorio può riguardare sia stati, qualità personali e fatti di cui l'interessato è a diretta conoscenza, sia relativi ad altri soggetti, di cui naturalmente lo stesso sia a diretta conoscenza.

9.2. RISOLUZIONE AGE 19.03.2009 N.68 E DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE DI ATTO NOTORIO.

La risoluzione Agenzia Entrate 19.3.2009 n. 68 ha precisato che lo scomputo delle ritenute subite sui redditi di lavoro autonomo può avvenire anche se il contribuente/sostituito non è in grado di esibire la certificazione prevista dall'art. 4 del DPR 322/98, a condizione che egli possa dimostrare l'avvenuta effettuazione della ritenuta mediante documentazione alternativa.

In particolare, l'Agenzia delle Entrate specifica che il contribuente, in sede di contraddittorio ai sensi dell'art. 36-ter del DPR 600/73, può produrre congiuntamente la fattura emessa nei confronti del sostituto e la documentazione bancaria comprovante che l'importo è stato incassato al netto della ritenuta.

È però necessario che il contribuente alleggi una dichiarazione sostitutiva di notorietà ove egli dichiari, sotto la propria responsabilità, che la documentazione attestante il pagamento si riferisce a una determinata fattura.

Precisa infatti la risoluzione in oggetto nell'indicare che: *"la generale applicazione dell'istituto ai rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, sancita dal comma 3 dell'articolo 47, fa propendere per l'applicabilità dell'istituto anche ai rapporti tra fisco e contribuente"*.

9.3. LIBERTÀ DELLA PARTE NELLA SCELTA DEI MEZZI DI PROVA.

Nel rito tributario, è noto, è vietata la testimonianza: di conseguenza, i terzi che hanno, nella precedente fase di verifica, reso dichiarazioni, non possono essere chiamati a confermare quanto esposto.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 21.1.2000 n. 18, ha statuito che il suddetto *divieto* non comporta *"l'inutilizzabilità, in sede processuale, delle dichiarazioni di terzi eventualmente raccolte dall'amministrazione nella fase procedimentale"*.

Da questa base si è formato nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione un orientamento consolidato secondo cui: *“Il divieto di ammissione della prova testimoniale nel giudizio davanti alle commissioni tributarie, sancito dal D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 7, comma 4, si riferisce alla prova testimoniale da assumere nel processo - che è necessariamente orale, di solito ad iniziativa di parte, richiede la formulazione di specifici capitoli, comporta il giuramento dei testi, e riveste, conseguentemente, un particolare valore probatorio -, e non implica, pertanto, l'inutilizzabilità, ai fini della decisione, delle dichiarazioni raccolte dall'Amministrazione nella fase procedimentale e rese da "terzi", e cioè da soggetti terzi rispetto al rapporto tra il contribuente - parte e l'Erario”* (fra le tante, di recente, Cass., Sez. Trib., 21.10.2013, n.23729).

Seconda la stessa giurisprudenza degli Ermellini deve essere: *“confermato il principio che, in tema di contenzioso tributario, anche al contribuente oltre che all'amministrazione finanziaria, deve essere riconosciuta - in attuazione dei principi del giusto processo e della parità delle parti di cui al nuovo testo dell'art. 111 Cost. - la possibilità di introdurre, nel giudizio dinanzi alle commissioni tributarie, dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale (come appunto le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà)”* (fra le tante, di recente, Cass., Sez. V., 18.09.2013, n.21305).

Significativi i passi della Sentenza di legittimità da ultimo citata secondo cui: *“ora è ben vero che l'art. 32 citato (del DPR n. 600 del 1973, ndr) prevede una presunzione legale a fronte della quale il contribuente, in mancanza di espresso divieto normativo e per il principio di libertà dei mezzi di prova, può fornire la prova contraria anche attraverso presunzioni semplici”* e *“nondimeno è certo che i ripetuti eventuali elementi di prova contraria valgono come presunzioni semplici, e debbono essere poi comunque sottoposte a un'attenta verifica da parte del giudice, il quale è tenuto a individuare analiticamente i fatti noti dai quali dedurre quelli ignoti, correlando ogni indizio (purché grave, preciso e concordante) ai movimenti bancari contestati. Il cui significato deve essere invero apprezzato nei tempi, nell'ammontare e nel contesto complessivo, senza ricorrere ad affermazioni apodittiche, generiche, sommarie o cumulative”*.

Si assiste quindi ad una rilevante apertura degli Ermellini verso le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà fornite da terzi in relazione ai movimenti bancari della parte contribuente che, se *“ripetute”* (quindi offerte al processo in maniera consistente) e se *“analitiche”* (con spiegazione analitica e non generica del fatto) valgono come *“presunzioni semplici”* nei confronti della presunzione legale da indagini finanziarie, la quale come prova contraria non è vietata dall'impianto normativo disciplinato dai nn. 2) degli art.li 32, DPR 600/73 e 51, DPR 633/72.

9.4. I RAPPORTI BANCARI DI EMISSIONE.

A norma dell'art.lo 117, comma 1, del TUB (D.lgs. 01.09.1993, n.385) i rapporti contrattuali bancari *“sono redatti per iscritto”* e *“un esemplare e consegnato ai clienti”*.

Nelle indagini finanziarie l'esistenza giuridica di detti rapporti bancari non è mai contestata, anzi gli stessi sono a base della presunzione legale dell'amministrazione

In tale contesto le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà allegare al processo e le spiegazioni in esse contenute sono intimamente ed inscindibilmente collegate agli assegni, bonifici, ecc., che hanno interessato detti rapporti bancari e che sono stati oggetto di scritture da parte delle aziende di credito.

Premesso che gli assegni bancari sono titoli astratti che esulano dal rapporto sottostante e che i bonifici bancari sono delegazioni di pagamento che hanno la loro fonte nell'art.lo 1269, del C.C. (fra le tante, Cassazione civile Sentenza, Sez. I, 19/09/2008, n. 23864), gli atti notori offerti dalla parte al processo relativi a detti assegni e a detti bonifici, se ripetuti ed analitici, non hanno semplice valore indiziario, ma hanno efficacia di presunzione semplice contro la presunzione legale dell'Ufficio.

Secondo la Commissione tributaria Regionale di Milano, Sez. XXXII, del 06.06.2013, n.76, in relazione alla tematica degli assegni bancari (ma quanto asserito dalla indica CTR può essere esteso ai bonifici bancari), in considerazione del rapporto contrattuale esistente fra contribuente e banca, gli atti notori offerti al processo, di fronte al privilegio probatorio dell'amministrazione, non hanno semplice valore indiziario, ma le dichiarazioni degli emittenti e beneficiari di detti assegni inserendosi nel contesto contrattuale esistente fra banca e contribuente *“non possono essere assimilate a dichiarazioni di terzi”* e *“fanno piena prova di tali negoziazioni anche nei confronti dell'amministrazione finanziaria”*.

9.5. “*PROBATIO DIABOLICA*” E AVVERSIONE DEL SISTEMA NEI CONFRONTI DELLA STESSA.

L'apertura della CTR Lombardia n. 76/32/13 sopra citata è sicuramente evolutiva rispetto alla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, sia rispetto a quella che riconosce agli atti notori solo semplice valore indiziario la cui valutazione è rimessa al giudice tributario (fra le tante, Cass. 21.10.2013, n. 23729), che a quella che ammette in relazione agli atti notori, se ripetuti ed analitici, valore di presunzione semplice opponibile alla presunzione legale dell'Ufficio (da ultimo Cass., 18.09.2013, n.21305), come tale necessità di dovuti approfondimenti.

Un passo della stessa è, tuttavia, sicuramente significativo, nel momento in cui prende atto che la parte contribuente, di fronte al privilegio probatorio dell'amministrazione, di sovente si trova in una situazione di “*probatio diabolica*”, di “prova impossibile”.

Secondo canoni di ragionevolezza l'inversione dell'onere probatorio in capo al contribuente non può tradursi nell'imporre a quest'ultimo una prova impossibile, a ben notare, a fronte delle prove prodotte dalla parte, fra cui le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, l'ufficio non può limitarsi a negarne semplicemente la rilevanza, a meno che non ne dimostri la falsità.

Alle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà mendaci sono connessi sul dichiarante specifici effetti sul piano penale, indicati nell'articolo 76 del D.P.R. n. 445 del 2000.

Tale circostanza di responsabilizzazione della parte contribuente è evidenziata espressamente nella su indicata risoluzione dell'Agenzia Entrate n.68 del 2009.

Con l'art.lo 11, comma 1, del DI n. 201 del 2011 (legge n.214/2011) è stata inoltre disposta la soggezione alla sanzione penale dettata dall'indicato art.lo 76, DPR 445/200, del contribuente (o di chi lo rappresenta) che nell'ambito dei poteri disciplinati, fra l'altro, dai su indicati art.li 32, DPR 600/73 e 51, DPR 633/72, “esibisce o trasmette atti o documenti falsi in tutto o in parte”.

9.6. SOGGETTI IN REGIME D'IMPRESA E DI LAVORO AUTONOMO NON OBBLIGATI ALLA TENUTA DI SCRITTURE CONTABILI.

A mente dell'**art.lo 32, n.2), del DPR n.600 del 1973**, le movimentazioni bancarie derivanti dalle indagini finanziarie, sono poste, quale presunzioni legale di “*ricavi*” d'impresa ovvero di “*compensi*” professionali: “*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*”.

La struttura della norma sopra scritta di: presunzione legale delle movimentazioni bancarie come ricavi d'impresa / compensi professionali → inversione dell'onere probatorio nei confronti dell'imprenditore / professionista - → tipizzazione delle prove contrarie contestualmente richieste, in tale contesto è significativa la presenza della lettera “*e*” nei confronti della inderogabilità delle “*scritture contabili*”, **impedisce**, alla parte in regime d'impresa o di lavoro autonomo, non soggetta tuttavia, *legalmente*, all'obbligo di tenuta delle scritture contabili (ad esempio perché nel regime dei minimi), di offrire la prova contraria richiesta, inderogabilmente, dalla norma.

Ne consegue che la parte in regime d'impresa o di lavoro autonomo, tuttavia, non *legalmente* soggetta ad obbligo di scritture contabili è soggetta a “*probatio diabolica*”, a “*prova impossibile*”, in violazione del suo diritto di difesa costituzionalmente tutelato **dall'art.lo 24 della Costituzione**.

Anteposto che ai sensi dei commi 3 degli art.li 61, DPR 600/73 e 59, DPR 633/72 i contribuenti soggetti all'obbligo di scritture contabili non possono discernere fatti omessi nelle scritture o in contrasto con le stesse, nel merito, la presenza di scritture contabili può rappresentare, sia in fase istruttoria che processuale, un **primo efficace schermo ed effettiva e compiuta spiegazione contraria alla pretesa presuntiva dell'amministrazione**.

Pertanto in assenza di scritture contabili, in quanto parte non *legalmente* soggetta all'obbligo, le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà offerte dalla medesima, inserendosi nel rapporto contrattuale fra contribuente e banca, specie se **ripetute ed analitiche**, non possono avere semplice valore indiziario, ma hanno efficacia di prova sostanziale del rapporto bancario nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

Le stesse non possono essere semplicemente ritenute non rilevanti da parte dell'amministrazione resistente, salvo che la medesima provi la falsità delle stesse.

9.7. SOGGETTO PRIVATO AL DI FUORI DI REGIMI D'IMPRESA O DI LAVORO AUTONOMO.

Premesso che l'Agenzia delle Entrate in Telefisco 2014 del 30.01.2014 ha precisato che i privati al di fuori di regimi d'impresa o di lavoro autonomo sono soggetti solo alla presunzione legale sui versamenti, quanto sopra può essere esteso anche ai soggetti passivi d'imposta che, non esercitando né attività d'impresa, né di lavoro autonomo, per ovvi motivi non ha un impianto di scritture contabili.

Gli atti di notorietà offerti dagli stessi all'amministrazione finanziaria in relazione ai versamenti, inserendosi anch'essi in un rapporto contrattuale fra parte e banca, specie se "ripetuti" e con dichiarazioni "analitiche", non possono avere semplice valore indiziario, ma hanno efficacia di prova sostanziale del rapporto bancario nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

Le stesse non possono essere semplicemente ritenute non rilevanti da parte dell'amministrazione resistente, salvo che la medesima provi la falsità delle stesse.

9.8. DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE DI ATTO NOTORIETÀ OFFERTE PER LA PRIMA VOLTA NEL PROCESSO TRIBUTARIO.

Gli atti di notorietà depositati dal contribuente nel corso della fase istruttoria per ovvi motivi possono essere offerti nel processo tributario.

Può accadere, tuttavia, che la dichiarazione del terzo, viene reperita per la prima volta dopo la notifica dell'atto impositivo ed offerta solamente al processo con specifica allegazione agli atti processuali della parte.

Quindi con specifica opposizione nel ricorso sul punto, in conformità all'art.18, del D.lgs n.546 del 1992 sul contenzioso, e con allegazione dell'atto notorio all'atto introduttivo del giudizio o perfino dopo in uno scritto processuale successivo della parte depositato nel rispetto del termine di almeno venti giorni liberi prima dalla data di trattazione della controversia disposto dall'art.10, del citato D.lgs.n.546/92.

Considerando che la sede naturale dell'istruttoria delle indagini finanziarie è nell'ambito dei c.d. "controlli a tavolino" in forza dei poteri esercitati dall'amministrazione in Ufficio ai sensi degli art.li 32, del DPR 600/1973 e 51 del DPR 633/1972, la preclusione probatoria sancita dal quarto comma dell'art.10, DPR 600/1973 (richiamato dall'ultimo comma dell'art.10, DPR 633/1972, tuttavia, almeno letteralmente, non per le indagini finanziarie ex. n.2, del citato art.10, DPR 633/1972), costituendo una limitazione al diritto di difesa costituzionalmente tutelato della parte dall' art.10, della Carta Costituzionale, necessità secondo la giurisprudenza degli Ermellini che, nell'elemento oggettivo, vi sia stata da parte dell'amministrazione una richiesta circostanziata con l'avvertenza specifica al contribuente sul rischio della preclusione (fra le tante, Cassazione, Sez. V, Sentenze 10.01.2013, n.453 e 28.10.2009, n.22765).

Inoltre quanto precede (richiesta circostanziata ed avvertenza) è necessario che sia provato dall'amministrazione nel corso del processo tributario.

Quanto all'elemento soggettivo, trattandosi di documentazione non obbligatoria, la cui conservazione non è, per ovvi motivi, imposta, a parere di chi scrive è necessario il dolo, l'intenzionalità del contribuente alla non esibizione del documento in fase pre-contenziosa, non potendo bastare la semplice colpa, derivante da negligenze, disattenzioni o carenze amministrative della parte (sul punto, si veda Cass. Sezioni Unite, 25.02.2000, n.45; di recentissimo sulla necessità comunque, anche per la documentazione obbligatoria, dell'elemento soggettivo del dolo, si veda Cass.11.04.2014, n.8539).

10. CONFIGURAZIONE DEL REDDITO DERIVANTE DAGLI ACCERTAMENTI FINANZIARI (Laura Marrini).

Sommario: 11.1. Premessa. - 10.2. Configurazione reddito in materia di IVA. - 10.3. Configurazione reddito in materia di Imposte sui Redditi. - 10.4. Configurazione reddito in materia di Imposta di registro.

10.1. PREMESSA

Gli art. 32 del D.P.R. n.600/73 e 51 del DPR 633/72 ad opera del DL 223/2006 hanno stabilito che lo strumento delle indagini bancarie e finanziarie è divenuto utilizzabile anche ai fini dell'accertamento dell'imposta di registro e delle imposte ipo-catastali.

In base alle indagini finanziarie svolte su conti correnti bancari del contribuente possono essere rinvenute movimentazioni contabili che non trovano riscontro nella contabilità dell'impresa o del professionista. I prelevamenti ed i versamenti infatti, possono dar luogo a presunzioni legali in base alle quali le somme prelevate e o versate si presumono compensi e o ricavi non dichiarati.

In particolare con la circ. 1/2008, la Guardia di Finanza può *“acquisire tutte le informazioni relative a flussi finanziari, disponibilità di qualsiasi genere, titoli e valori riconducibili ai contribuenti monitorati”*.

Dunque, rientrano nell'ambito delle indagini:

- Operazioni finanziarie: transazioni di denaro;
- Operazioni relative a mezzi di pagamento, *“ossia quelle che interessano gli incassi, i pagamenti, i trasferimenti in denaro contante, gli assegni, i vaglia postali, i bonifici e la gestione di carte di credito”*;
- Operazioni relative a servizi accessori: locazione di cassette di sicurezza, domiciliazione bollette e utenze, intermediazione in cambi, concessione di finanziamenti agli investitori.

A tali strumenti poi si aggiungono quelli relativi ad operazioni *“extra-conto”* ovvero tutte quelle operazioni che, essendo eseguite allo sportello, non comportano alcuna registrazione contabile all'interno di rapporti continuativi (es. cambio assegni, consegna effetti al dopo incasso, pagamenti per cassa, richiesta assegni circolari ed in valuta estera, richiesta di vaglia e buoni postali) e i rapporti di conto corrente intestati a soggetti terzi sui quali il contribuente può operare.

L'art. 32 co.1 n.2 del DPR 600/73 prevede che i dati risultanti dalle movimentazioni bancarie *“sono sottoposti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 38 - 39 - 40 - 41 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine; alle stesse condizioni sono altresì posti come ricavi o compensi a base delle stesse rettifiche ed accertamenti, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e semprché non risultino dalle scritture contabili, i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni”*. La norma istituisce una presunzione legale relativa, per cui il contribuente può fornire la prova contraria dimostrando ad esempio, che i versamenti e o i prelevamenti trovano giustificazione nella contabilità o che concernano fatti fiscalmente irrilevanti.

10.2 CONFIGURAZIONE REDDITO IN MATERIA DI IVA

Gli uffici dell'Agenzia delle Entrate e la Guardia di finanza possono ⁵⁰, invitare gli esercenti imprese, arti e professioni a comparire di persona o a mezzo di rappresentanti per fornire dati, notizie e chiarimenti rilevanti ai fini degli accertamenti nei loro confronti, anche relativamente alle operazioni annotate nei conti la cui copia è stata acquisita mediante accertamenti bancari o presso l'Amministrazione postale.

Qualora il contribuente non sia in grado di dimostrare che le movimentazioni dei conti non si riferiscono ad operazioni imponibili, ovvero che di tali movimentazioni ne ha tenuto conto nelle dichiarazioni, gli accrediti e gli addebiti sono da considerare, rispettivamente, come corrispettivi imponibili non fatturati, o come

⁵⁰art.51, comma 2, n. 2), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633

pagamenti per operazioni passive non autofatturate, applicando le sanzioni amministrative previste dai commi 1 e 8 dell'art.6 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n.471, oltre al pagamento dell'imposta relativa. Per le operazioni che si considerano non fatturate e che si riferiscono a periodi di imposta passati, oltre alle sanzioni previste nel caso di violazione agli obblighi di documentazione, si applicano anche le sanzioni previste dall'art.5, comma 2, dello stesso D.Lgs.n.471/1997 per violazione agli obblighi di dichiarazione. Sia le operazioni, imponibili, sia gli acquisti determinati in via presuntiva, si considerano assoggettati all'aliquota che, in prevalenza è stata applicata o avrebbe dovuto essere applicata.

Con specifico riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la disciplina contenuta nell'art. 51, secondo comma, numero 2), del D.P.R. n. 633 del 1972 prevede che i dati in argomento, acquisiti sia secondo la procedura di cui al successivo numero 7), sia attraverso i poteri e le facoltà di cui ai successivi articoli 52, ultimo comma, ed art. 63, primo comma, siano posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti agli articoli 54 e 55 del medesimo decreto, se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto in dichiarazione o che gli stessi non si riferiscono a operazioni imponibili.

I versamenti non giustificati potranno essere contestati come operazioni imponibili, cessioni o prestazioni non contabilizzate, mentre i prelevamenti potranno essere valorizzati come acquisti in nero.

Si ricorda che, in relazione al trattamento fiscale degli acquisti non fatturati, non è più previsto il pagamento dell'imposta, stante l'abrogazione dell'articolo 41 del decreto IVA a opera dell'articolo 16 del decreto legislativo n. 471 del 1997.

L'art. 2, commi 8 e 9, DL 203/2005, riconosce all'Amministrazione finanziaria la possibilità di utilizzare, ai fini dell'accertamento IVA ed imposte dirette, i dati desunti dall'esame della documentazione acquisita, presso banche e poste, in materia di imposte sulla produzione e sui consumi, come previsto dall'art. 18 comma 3, lettera b), D.lgs. 26 ottobre 1995, .504.

La norma da ultimo richiamata legittima difatti la Guardia di Finanza al reperimento e all'acquisizione di elementi utili ad accertare la corretta applicazione delle disposizioni in materia di accise, richiedendo ad aziende e istituti di credito, o all'amministrazione postale, tutta la documentazione relativa ai rapporti intrattenuti con il cliente.

10.3 CONFIGURAZIONE REDDITO IN MATERIA DI IMPOSTE SUI REDDITI

Analoga procedura è adottata nell'ambito dei controlli in materia di imposte dirette, ove opera la presunzione che costituiscono elementi da tenere a base dell'accertamento le operazioni di accredito o di addebitamento dei conti bancari, qualora il contribuente non dimostri che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito imponibile, o che queste non rilevano allo stesso fine.

Le presunzioni proprie degli accertamenti bancari, ai fini delle imposte dirette sono di due tipi:

1. I versamenti configurano presunzioni di componenti reddituali positive, quali proventi, ricavi, compensi e pertanto sono utilizzabili per rettificare qualsiasi categoria di reddito, e non solo d'impresa o di lavoro autonomo, ma anche redditi da lavoro dipendente derivante cioè da "lavoro nero"⁵¹. Viene estesa, quindi, anche ai lavoratori dipendenti la presunzione legale d'imponibilità prevista dagli articoli 32 del Dpr 600/1973 e 51 del Dpr 633/1972 e posta a fondamento degli accertamenti bancari. I giudici osservano, infatti, che la presunzione d'imponibilità "ha portata generale e riguarda le dichiarazioni dei redditi di qualsiasi contribuente, a prescindere dall'attività svolta". Il tutto sempre che il contribuente non dimostri di averne tenuto conto ai fini della determinazione del reddito o che le operazioni cui gli stessi si riferiscono non hanno rilevanza fiscale.
2. I prelevamenti non risultanti dalle scritture contabili, a queste stesse condizioni ed in assenza di indicazione del soggetto beneficiario da parte del contribuente, erano considerati esclusivamente come ricavi. Tale presunzione per l'espresso riferimento ai soli componenti positivi qualificati "ricavi", era applicabile esclusivamente nei confronti di contribuenti titolari di reddito d'impresa. A seguito delle modifiche apportate dalla legge Finanziaria 2005 il citato punto 2) prevede ora che sia i "prelevamenti" che gli "importi riscossi" nell'ambito dei "rapporti od operazioni" intrattenuti o effettuati con gli enti creditizi e di intermediazione finanziaria, siano posti a base di rettifiche ed accertamenti, tanto come "ricavi", quanto come "compensi", ove il contribuente non dimostri che le anzidette movimentazioni

⁵¹Cass. 27.9.2011 n. 19692

hanno concorso alla determinazione del reddito ovvero che sono irrilevanti a tal fine e sempre che non ne indichi il soggetto beneficiario. A prescindere dal riferimento ai “prelevamenti ed agli importi riscossi” e non più solo ai primi – introdotto in ragione dell’ampliamento dell’ambito oggettivo delle disposizioni, non più limitato ai “conti” (cioè ai rapporti che accolgono prelevamenti), bensì, come fatto rilevare, a tutte le operazioni (quindi anche a quelle di riscossione) – l’aspetto più importante è il richiamo non solo ai “ricavi”, ma anche ai “compensi”.

La legge ha anche avviato a una palese disparità di trattamento in materia di imposte dirette, fra imprenditori e lavoratori autonomi, stabilendo che ai fini della valenza presuntiva i prelevamenti e gli importi riscossi nell’ambito dei rapporti od operazioni, intrattenuti o effettuate con gli enti creditizi e intermediari finanziari, in assenza dell’indicazione del beneficiario, sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti – ricorrendone i presupposti – sia come ricavi che come compensi.

Per effetto di ciò, infatti, il campo di applicazione della presunzione legale in parola si allarga a comprendere anche i titolari di reddito di lavoro autonomo.

I dati e le informazioni bancarie e postali, acquisiti nell’ambito dell’attività di controllo esperita ai fini dell’IVA e delle imposte sui redditi, possono essere utilizzati anche per l’accertamento di altri tributi erariali.

10.4 CONFIGURAZIONE REDDITO IN MATERIA DI IMPOSTA DI REGISTRO

Il comma 24 dell’art. 35 del decreto legge n. 223 del 2006 ha introdotto il nuovo articolo 53-bis nel D.P.R. n.131 del 1986, che estende i poteri di controllo previsti per le imposte sui redditi dal D.P.R. n. 600 del 1973, in particolare negli articoli 32 e 33, anche ai fini dell’imposta di registro, nonché delle imposte ipotecaria e catastale previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347.

Sul punto la circolare numero 6/E, del 6 febbraio 2007, dell’Agenzia delle Entrate, ha chiarito la portata dei nuovi poteri antievasione nel settore del registro.

Un’attenzione particolare merita il numero 7), dell’art. 32, comma 1, del D.P.R. n. 600 del 1973, che a seguito dell’introduzione dell’art. 53-bis T.U.I.R., estende le indagini finanziarie anche ai controlli ai fini delle imposte di registro, ipotecaria e catastale.

In forza delle modifiche apportate dall’art. 1, commi 402 e 403, della legge 30 dicembre 2004 n. 311⁵², al sopra citato art. 32, sono stati notevolmente ampliati il numero e la quantità degli elementi informativi accessibili da parte degli uffici.

Quanto all’utilizzo del potere delle indagini finanziarie con specifico riferimento all’imposta di registro e alle relative imposte ipotecaria e catastale, si evidenzia che lo stesso potrà risultare particolarmente utile ai fini dell’accertamento degli atti di compravendita immobiliare.

Infatti, come da indicazioni fornite con la circolare numero 6/E/2007, monitorando le movimentazioni “in conto” ed “extra-conto” delle parti contraenti in prossimità della data di stipula dell’atto di compravendita e raffrontandole con gli elementi riportati nelle dichiarazioni sostitutive, è possibile acquisire validi elementi di prova circa il corrispettivo effettivamente pagato, legittimando il potere di rettifica della base imponibile dichiarata dai contribuenti e l’applicazione delle sanzioni amministrative.

Da ultimo, con particolare riferimento agli atti di compravendita immobiliare soggetti a Iva, appare opportuno ricordare l’art. 1, comma 164, della legge Finanziaria 2008, che inserendo il comma 3-bis nell’art. 60-bis del D.P.R. n. 633/1972, ha introdotto, per il pagamento dell’Iva, la responsabilità solidale dell’acquirente con il cedente, anche soggetto privato, in caso di compravendita di immobili con corrispettivo, indicato in atto e in fattura, inferiore a quello effettivamente pagato. In particolare, la responsabilità riguarda l’Iva sul maggior corrispettivo e le relative sanzioni.

Pertanto, dal 1° gennaio 2008 nel caso di cessione di immobile, se l’importo del corrispettivo indicato nell’atto di cessione e nella fattura è diverso da quello effettivo:

- “il cessionario, anche se non agisce nell’esercizio di imprese, arti o professioni, è responsabile in solido con il cedente per il pagamento dell’imposta relativa alla differenza tra il corrispettivo effettivo e quello indicato, nonché della relativa sanzione”;

⁵²legge finanziaria per il 2005

- “il cessionario che non agisce nell’esercizio di imprese, arti o professioni può regolarizzare la violazione versando la maggiore imposta dovuta entro sessanta giorni dalla stipula dell’atto”;
- entro lo stesso termine, il cessionario che ha regolarizzato la violazione deve presentare all’ufficio fiscale competente copia dell’attestazione del pagamento e delle fatture regolarizzate. In sostanza, viene coinvolto nel meccanismo sanzionatorio dell’Iva l’acquirente che non è impresa o professionista.

Si ricorda che l’assoggettamento alle sanzioni Iva del cessionario che eserciti impresa, arte o professione, è già stabilito dall’art. 6, comma 8, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, il quale dispone la procedura di auto-fatturazione.

In sostanza, se vengono acquistati “beni o servizi senza che sia stata emessa fattura nei termini di legge o con emissione di fattura irregolare ...” da parte del cedente:

- il cessionario è punito, fatta salva la responsabilità del cedente, con la sanzione amministrativa pari al 100% dell’imposta;
- la sanzione non si applica se il cessionario provvede a “regolarizzare” l’operazione presentando all’Agenzia delle Entrate un documento (sostitutivo della fattura non emessa o integrativo della fattura emessa) con i dati che avrebbe dovuto contenere la fattura non emessa o emessa irregolarmente e pagando l’imposta non assolta.

Altro elemento saliente è che le somme spese per esempio, per l’acquisto di una macchina o di una casa o altro sono frutto di redditi che hanno già subito una tassazione a monte come nel caso di **redditi di capitale** derivante per esempio dal possesso di titoli di stato, fondi comuni di investimento, e altri che sono soggetti alla ritenuta d’acconto al momento della loro percezione o maturazione e che come tali “entrano” sul conto in banca senza poi essere tassati in unico, de facto aumentando la capacità reddituale del contribuente. Oppure possiamo avere dei **redditi di fabbricati** per esempio come quelli derivanti dai canoni di affitto o locazione che entrano nel modello unico in misura inferiore rispetto a quella percepita: è il caso della decurtazione forfettaria del 15% o del 25% prevista esplicitamente dal Tuir e che seppur indicata nel modello unico, il FISCO spesso non è in grado di calcolare nella reale misura in cui alimenta la capacità reddituale del contribuente. Sempre sul versante dei redditi derivanti dagli immobili potremmo addirittura trovarci in una situazione peggiore: **la vendita di un fabbricato da parte di persona fisica trascorsi i 5 anni dal possesso oppure la cessione di terreno agricolo** che non diviene reddito tassabile in capo al contribuente pertanto entrerà come provento sul conto corrente bancario ed il fisco non potrà dire nulla perché neanche li indichiamo nella dichiarazione dei redditi 730 o Modello Unico. Poi ci sono i **redditi che sono soggetti a tassazione separata** che sono quelli indicati nell’articolo 17 del TUIR e a quelli che si riferiscono a redditi che scontano un’imposta sostitutiva per esempio quelli derivanti dal regime dei minimi. Per quello che concerne i redditi soggetti a tassazione separata ad esempio gli emolumenti arretrati per prestazioni di lavoro dipendente, riferibili ad anni precedenti, le indennità percepite per la cessazione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, o anche le indennità di mobilità o le plusvalenze, compreso il valore di avviamento, realizzate mediante cessione a titolo oneroso di aziende possedute da più di cinque anni.

11. CHIUSURA DELLE INDAGINI FINANZIARIE E AVVISO DI ACCERTAMENTO: NECESSARIETÀ DEL PVC? (Stefano Capaccioli)

Sommario: 11.1. Premessa. - 11.2. Considerazioni. - 11.3. Necessità della consegna di Processo Verbale di Constatazione

11.1. PREMESSA

L'Articolo 24 - Constatazione delle violazioni finanziarie della Legge del 7 gennaio 1929 n. 4⁵³ Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 111 del 9 dicembre in vigore dal 1 luglio 1931 (e mai abrogato, anzi ritenuto tuttora in vigore dalla D.Lgs. 179/2009⁵⁴) che riporta: “Le violazioni delle norme contenute nelle leggi finanziarie sono constatate mediante processo verbale.”

La dottrina sottolinea sul punto che il disegno di legge poi divenuto legge 4 del 1929 non conosceva la distinzione fra constatazione ed accertamento, introdotta, con apposito emendamento, dalla giunta generale del bilancio, il quale chiarì che i verbali di constatazione hanno per loro contenuto essenziale la constatazione obiettiva dei rilievi fatti dal funzionario che li compila, aggiungendo che, per taluni tributi, tali constatazioni devono essere vagliate dagli uffici finanziari competenti, allo scopo di stabilire se esse siano o no da accertare in via definitiva e da contestare al contribuente per l'ulteriore corso della procedura.

La prassi considera la necessità del PVC a seguito della fase istruttoria di accesso, verifica o ispezione nei locali e sta emergendo il dottrina e giurisprudenza un interessante dibattito e filone sulla necessità del PVC, al fine di permettere il contraddittorio procedimentale (che segue quello endoprocedimentale durante la fase delle indagini).

11.2. CONSIDERAZIONI

L'attività di verifica tributaria, incidendo nei diritti soggettivi del contribuente è attività soggetta a riserva di legge (art. 23 della Costituzione e art. 97). Può essere individuato il seguente procedimento:

1. attività di verifica
2. consegna del processo verbale di constatazione per la fase istruttoria
3. apertura del termine per la presentazione di osservazioni e richieste ex art. 12, comma 7, L. n. 212 del 2000
4. eventuale notifica dell'avviso di accertamento a conclusione del procedimento istruttorio, previa valutazione delle memorie predisposte dal contribuente ex art. 12.

Detta procedura, non discrezionale, comporta che tutti i contribuenti, indipendentemente dalle modalità con le quali è stata esercitata l'attività istruttoria, hanno diritto a presentare osservazioni e richieste prima della notificazione dell'avviso di accertamento.

Lo richiede il principio di uguaglianza.

Lo richiede l'art. 97 secondo comma della Costituzione: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione”.

Lo richiede la ratio l'Art. 10 dello Statuto del Contribuente “I. I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede”.

⁵³ La legge è richiamata dall'Art. 70 del DPR 29.09.1973 n. 600, Norme applicabili. “Per quanto non e' diversamente disposto dal presente decreto si applicano, in materia di accertamento delle violazioni e di sanzioni, le norme del codice penale e del codice di procedura penale, della legge 7 gennaio 1929, n. 4 e del regio decreto-legge 3 gennaio 1926, n. 898, e successive integrazioni.”

⁵⁴ Il comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 1° dicembre 2009, n. 179 (Disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246), in combinato disposto con l'allegato 1 allo stesso decreto, ha ritenuto **indispensabile la permanenza in vigore della Legge del 7 gennaio 1929 n. 4**, limitatamente agli articoli 9; 10; 13; 14; 16; art. 21 commi 1, 2 e 3; 22; **24**; 25; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 52; 53 e 54.

Lo richiede la ratio dell'art. 12, comma 7, dello Statuto del Contribuente (7. *Nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza.*)

Lo richiede, sempre per il principio di uguaglianza, l'articolo 5-bis D.Lgs 218/97, comma 1, che consente l'adesione "ai verbali di constatazione in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto redatti ai sensi dell'articolo 24 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, che consentano l'emissione di accertamenti parziali (...)".

Lo richiede l'art. 6, comma 1 della legge n.212/2000: "l'amministrazione finanziaria deve assicurare l'effettiva conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati", da intendersi come conoscenza della pretesa non solo da un punto di vista formale (di ricezione dell'atto), ma anche e soprattutto sostanziale, del perché motivazionale della sussistenza della stessa e "l'amministrazione finanziaria deve informare il contribuente di ogni fatto o circostanza in suo possesso dai quali possa derivare (...) l'irrogazione di una sanzione";

Da ciò è di solare evidenza come il richiamo al *processo verbale di chiusura delle operazioni* sia da coordinarsi necessariamente con la legge 4/1929 sia per (i) evitare l'emissione di atti impositivi che si rivelino, ex post, infondati, sia per (ii) beneficiare dell'istituto della definizione agevolata del PVC. In particolare Cass. 15/03/11 n. 6088: "La norma -Art. 12, co. 7 Statuto del Contribuente- non distingue in relazione al contenuto dei verbali, potendo il contribuente comunicare osservazioni e richieste anche in relazione a verbali che, pur non contenendo contestazioni, potrebbero in ogni caso dare luogo alla emissione di avvisi di accertamento"

In caso contrario, qualora non fosse necessaria la notifica del p.v.c., si assisterebbe allo svuotamento della citate disposizioni.

Invero, nell'organizzare in questo modo l'attività amministrativa, l'Ufficio si pone nella condizione di scegliere a proprio piacimento i contribuenti da immettere nel campo di applicazione della disposizione garantistica (l'art. 12, comma 7, cit.)/ definitiva agevolata (art. 5-bis) e quelli da escludere.

11.3. NECESSITÀ DELLA CONSEGNA DI PROCESSO VERBALE DI CONSTATAZIONE

Per certo, il diritto del contribuente a presentare osservazioni e richieste prima della notifica dell'avviso di accertamento non può essere lesa, come si evince, inequivocabilmente, dai principi enunciati dalla Suprema Corte.

La mancata consegna del p.v.c. ed il mancato rispetto del termine perentorio di cui all'art. 12, ultimo comma, L. n. 212 del 2000 comporta nullità radicale dell'avviso di accertamento in epigrafe, alla luce della ribadita giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La Giurisprudenza ha affermato CTR Milano 38/38/2011 che se è stato eseguito un controllo, a prescindere dalla denominazione del documento redatto il contribuente non può essere privato del diritto di presentare osservazioni. In aggiunta (CTP Ascoli Piceno n. 302/2/13) è priva di fondamento la distinzione tra attività interna ed esterna, in quanto il comma 3 dell'art. 12 dello Statuto del Contribuente prevede la possibilità di tramutare una verifica esterna in interna (3. *Su richiesta del contribuente, l'esame dei documenti amministrativi e contabili può essere effettuato nell'ufficio dei verificatori o presso il professionista che lo assiste o rappresenta.*) senza cambiare la natura sostanziale dell'operazioni effettuate.

La CTR Cagliari n. 83/1/2013 rileva, acutamente, come "l'attività di "verifica" consiste nel ricercare e constatare la verità, ovvero l'esattezza di qualsiasi fatto o asserzione, mediante un'appropriata azione deliberata a tal fine e, nello spirito di cui è impregnata la normativa contenuta nella L. del 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del Contribuente), la ricerca della correttezza del rapporto tributario e dell'assolvimento degli obblighi tributari da parte del cittadino contribuente, deve essere ricercata "nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente" (co. 7 dell'art. 12 della citata L. n. 212 del 2000), poiché "i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede" (co. 1 dell'art. 10 stessa L. n. 212 del 2000)".

“Per cui l'Ufficio è sempre tenuto a rispettare le garanzie offerte al contribuente dall'art. 12 della L. n. 212 del 2000, permettendogli non solo il diritto di giustificare il suo comportamento (a parte il diritto di difesa), ma anche al fine di poter ottenere tutti gli elementi necessari alla stessa Pubblica amministrazione per la valutazione del caso ed il corretto espletamento della sua azione accertatrice; nonché di beneficiare degli strumenti deflattivi come l'invocato art. 5 bis del D.Lgs. n. 218 del 1997.”

Non può affermarsi, come taluni hanno argomentato, che l'art. 12, comma 7, rappresenta una norma sprovvista di sanzione. Questo aspetto è già stato definitivamente chiarito dalla Corte Costituzionale attraverso la sentenza n. 244/2009 con la quale, in sintesi, il Giudice delle leggi ritiene che la sanzione possa essere individuata in via interpretativa dal combinato disposto dall'art. 7, comma 1, dello Statuto e dall'art. 21 septies della legge sul procedimento amministrativo.

In sintesi, durante le indagini finanziarie è necessario un contraddittorio endo-procedimentale, contraddittorio che può portare alla necessaria consegna del PVC. Il contribuente ha il diritto di presentare le proprie osservazioni e, l'Ufficio finanziario è obbligato a valutare tutte le eventuali deduzioni formulate dal contribuente, nonché le richieste e le osservazioni eventualmente proposte. Costituisce *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui l'atto d'imposizione tributaria deve contenere un'adeguata replica in grado di superare (*rectius* di disattendere) le deduzioni formulate dal contribuente in sede di contraddittorio. In mancanza di una simile attività di analisi l'atto è ritenuto radicalmente nullo per difetto di motivazione. Ciò, in quanto sono in gioco beni giuridici e valori di rango costituzionale, il diritto di difesa in primis, che ben potrebbero essere lesi o messi in pericolo da atti impositivi difformi dallo schema legale predisposto dal legislatore (Cfr. Cass. sent. n°. 26638 del 18.12.2009 – Cass. sent. n°. 4624 del 22.2.2008).

Attraverso la formulazione di richieste ed osservazioni il contribuente è chiamato a svolgere il proprio diritto di difesa, al fine di evitare, mediante puntuali e fondate argomentazioni logico-giuridiche, l'emissione dell'atto impositivo che, anche in relazione alla provvisoria esecutività, incide direttamente sulla propria sfera.

La mancata emissione di tale PVC costituisce causa di nullità dell'intero atto amministrativo. Giurisprudenza costante prevede che gli atti preparatori e/o endo-procedimentali non sono impugnabili autonomamente, ma la loro illegittimità comporta la illegittimità dell'intero procedimento amministrativo per illegittimità derivata. (Cass. n. 7977 del 02.04.2012, Cons. Stato n. 8688 del 9.12.2010, Cass. S.U. n. 5791 del 04.03.2008, Cass. S.U. n. 16412 del 15.07.2007, Cass. Sez. Unite n. 16424 del 21.11.2002, Cass. N.21974 del 16.10.2009) sulla base del principio che la eventuale illegittimità/irregolarità (formale e sostanziale) di qualsiasi atto istruttorio-prodromico, determina la caducazione, per illegittimità derivata, dell'atto finale impugnato. In tal caso vi è senza alcuna ombra di dubbio la carenza di un atto necessario!

Ma vi è di più. Quando l'Amministrazione non procede alla notifica del p.v.c., si assiste allo svuotamento dell'art. 12 comma 7 della 212/2000. Invero, nell'organizzare in questo modo l'attività amministrativa, l'Ufficio si pone nella condizione di scegliere a proprio piacimento i contribuenti da immettere nel campo di applicazione della disposizione garantistica (l'art. 12, comma 7, cit.) e quelli da escludere. E ciò non può essere in funzione dei principi costituzionali di EGUAGLIANZA (art. 3) ed IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (art. 97)!

Il diritto del contribuente a presentare osservazioni e richieste prima della notifica dell'avviso di accertamento non può essere lesa, come si evince, inequivocabilmente, dai principi enunciati dalla Suprema Corte.