

# Magistratura Tributaria

organo dell'Associazione Magistrati Tributarî

ANNO II - N. 2  
MAGGIO - SETTEMBRE 2005  
Reg. Trib. di Roma n. 35 del  
28/01/2004

Rivista quadrimestrale  
dell'Associazione Magistrati Tributarî  
e-mail: [assmagtr@tin.it](mailto:assmagtr@tin.it)

Direttore Responsabile  
*Saverio Masi*

Direttore Scientifico  
*Massimo Scuffi*  
Comitato Scientifico

*Mario Ferrara, Adolfo Gianfreda,  
Daniela Gobbi, Antonio Gravina,  
Guido Grisorio, Giuseppe La Sala,  
Antonio Liberatore, Vincenzo Nappi.*

Hanno collaborato a questo numero:  
Giacomo Caliendo, Riccardo  
Guiducci, Alfiero Riccarelli, Antonio  
Esposito, Marco Miccinesi, Mario  
Cicala, Ciro Maddaloni, Enrico  
Fazzini, Saverio Masi, Massimo  
Scuffi

**Direzione e redazione**  
Associazione Magistrati Tributarî  
Via A. Depretis, 7 (Galleria  
Margherita) Roma  
Tel. 06.47825764 - 06.48776250  
**Progetto redazionale, grafico,  
editoriale**  
*Alessia Masi*

**Stampa**  
Typokolor - via Decollatura, 60 -  
00040 Roma (Morena)  
Tel. 06.79840708 - Fax 06.79814763

*La collaborazione alla rivista è aperta  
a tutti i magistrati tributarî e gli opera-  
tori della giustizia tributaria. I contri-  
buti dovranno pervenire dattiloscritti e  
firmati, insieme ad una copia inviata  
preferibilmente via e-mail:*

*[redazioneamt@tiscali.it](mailto:redazioneamt@tiscali.it)  
oppure su floppy-disk o CD per  
Personal Computer in formato Word  
entro e non oltre il giorno 15 del mese  
precedente alla pubblicazione. Gli ori-  
ginali anche se non pubblicati, non ver-  
ranno restituiti.*

*Gli autori si assumono la responsabilità  
del contenuto dei propri elaborati, delle  
opinioni e dei giudizi espressi.*

## Sommario

- Pag. 3** - Saluti delle autorità  
**Luigi Lucherini, Antonio Boncompagni,  
Giacomo Caliendo, Angelo Gargani,  
Carmineantonio Esposito**
- Pag. 9** - La natura della presunzione della prova bancaria.  
La commutazione dei prelievi in compensi e ricavi  
**Marco Miccinesi**
- Pag. 16** - Gli aspetti processuali delle indagini bancarie.  
La legittimità dell'accertamento emanato in base  
all'utilizzo di dati bancari  
**Mario Cicala**
- Pag. 24** - Analisi ed evoluzione legislativa dell'IRAP  
**Ciro Maddaloni**
- Pag. 27** - L'IRAP con particolare riferimento ai redditi  
di lavoro autonomo  
**Enrico Fazzini**



*Carlo Coppola:  
il Tribunale della Vicaria  
di Castel Capuano*

La Rivista, in questo secondo numero, presenta i lavori del Convegno di studio “Gli aspetti processuali delle indagini bancarie. L’IRAP: un’imposta controversa” che l’Associazione Magistrati Tributarî, Sezione Provinciale di Arezzo ha svolto sabato 28 maggio presso l’auditorium della Prefettura di Arezzo.

Un doveroso ringraziamento va, innanzi tutto, alla Banca Etruria che ha sponsorizzato il convegno e si è assunta l’onere della stampa e dell’invio di questa pubblicazione.

La Banca Etruria ha sempre cercato di creare valore e ricchezza per l’intera comunità a conferma della propria natura di Banca popolare strettamente collegata ai bisogni del territorio.

Un grazie particolare va alla Sezione Provinciale dell’AMT di Arezzo ed al suo Presidente, Dott. Alfiero Riccarelli che ha organizzato il convegno di studio ed ha fortemente voluto questa pubblicazione.

Sappiamo quanti sacrifici e quante difficoltà bisogna superare per ottenere un risultato valido e ne è testimone anche il ritardo di questa pubblicazione.

I convegni che l’AMT organizza, sempre finalizzati alla formazione professionale dei Magistrati Tributarî, testimoniano l’attenzione posta dall’Associazione alla valorizzazione non solo dei suoi iscritti ma di tutti i magistrati tributarî, essendo i convegni sempre aperti a tutti gli operatori della Giustizia Tributaria.

La AMT ha sempre posto in primo piano il problema formazione ed ha anche, in molte circostanze, spronato l’autorità competente, a porre il problema della formazione del personale delle commissioni tributarie.

Crediamo che la Magistratura Tributaria si sia guadagnata sul campo rispetto sul modo in cui ha esercitato la giurisdizione e quindi il rispetto che è dovuto a chi professionalmente esercita il proprio lavoro.

Il direttore responsabile  
Saverio Masi

Il direttore scientifico  
Massimo Scuffi

## *I saluti delle autorità*

### *Arezzo a cuore aperto*

Arezzo ha accolto con piacere i partecipanti al convegno dell'Associazione Magistrati Tributari ed è stata onorata della scelta della città come sede dell'incontro.

Una delle vocazioni di Arezzo è d'altronde proprio quella di essere aperta agli scambi, non solo commerciali, ma anche di cultura, di informazioni, di esperienze.

Credo di poter dire che la tradizione trimillenaria di Arezzo, il suo centro storico, gli antichi palazzi, le mirabili chiese, i tanti segni di una storia gloriosa e lunghissima, ma sempre viva e rinnovata, abbiano offerto a tutti i partecipanti al convegno un contesto ideale per trascorrere questa giornata di studio e di confronto su temi - tra l'altro - di grandissima attualità. Mi auguro che tutti i nostri ospiti abbiano potuto godere appieno del suggestivo scenario di Piazza Grande, la nostra piazza storica, che si apre nel cuore della città medievale ed è teatro della Giostra del Saracino oltre che della celebre Fiera Antiquaria e dove si può ammirare, tra le tante opere d'arte, l'abside della Pieve di Santa Maria, meraviglioso esempio di romanico toscano la cui facciata e il cui campanile esplodono di bellezza tra le caratteristiche vie del centro storico.

Un centro che la nostra Amministrazione ha cercato in tutti i modi di valorizzare anche attraverso la realizzazione di importanti opere strutturali, come il nuovo accesso a Nord che consente ai visitatori di lasciare le auto sotto le mura e di salire con le scale mobili fino al Duomo. Di lì iniziano tutti i percorsi attraverso le vie e le piazze di Arezzo che abbiamo cercato di razionalizzare per offrire a turisti e visitatori diversi percorsi suggestivi legati ai periodi storici o ai protagonisti dell'arte. Primo fra tutti Piero della Francesca, che proprio ad Arezzo ha lasciato opere mirabili, a cominciare - naturalmente - dal grandioso ciclo di affreschi, recentemente restaurato, della Leggenda della Vera Croce, nella gotica Basilica di San Francesco, realizzato tra il 1452 e il 1466 e considerato il capolavoro dell'artista di San Sepolcro.

Dunque, come avrete potuto constatare, la nostra città offre ai visitatori, oltre alla sua tradizionale e calorosa ospitalità, straordinarie opportunità per immergersi nel fascino di una storia incomparabile, che vanno colte e gustate fino in fondo.

Per questo mi auguro di avere tutti Voi presto di nuovo nostri graditi ospiti.

### *Arezzo*

#### *una realtà economica dinamica ed in continua evoluzione*

Sono lieto che l'Associazione Nazionale Magistrati abbia scelto Arezzo per questo convegno che affronta tematiche importanti per la vita delle imprese e per il sistema economico nella sua complessità. Arezzo è una realtà di spicco sotto il profilo economico, tanto da essere la provincia italiana con la più alta densità di imprese artigiane. Ecco perché la Provincia di Arezzo è da sempre impegnata a sostenere la rete di piccole e medie imprese che rappresentano la nostra ricchezza più grande. L'intero territorio provinciale è compreso all'interno dei tre distretti industriali (oro, abbigliamento e tessile) e dei quattro sistemi produttivi locali (cemento-calcegesso, i due dell'abbigliamento e l'alimentare). L'economia locale è saldamente dipendente dalla produzione manifatturiera, con due settori che hanno sicuramente svolto un ruolo trainante: orafa e moda (tessile, abbigliamento, pelletterie). Particolarmente forte è la rete delle 36.000 piccole e medie imprese diffuse sull'intero territorio provinciale, che garantiscono un buon Pil pro-capite, con un tasso di imprenditorialità tra i più elevati a livello nazionale e con un

**Luigi Lucherini**

*Sindaco di Arezzo*

**Antonio  
Boncompagni**  
*Vice Presidente della  
Provincia di Arezzo*

livello di disoccupazione tra i più bassi in Italia. Accanto ad un sistema produttivo dinamico, la provincia di Arezzo può contare su un tessuto sociale fortemente coeso, nel quale si muove un volontariato forte organizzato in 1700 associazioni, con più di 32.000 soci impegnati nelle più diverse attività. Tra le caratteristiche di questo territorio la capacità dell'uomo di convivere con la natura, che ha consentito un ottimo livello di tutela ambientale, ben rappresentato dal sistema di parchi e di aree protette che sono localizzate su tutto il territorio provinciale. Tra le nostre ricchezze possiamo vantare una produzione tipica che offre vini e oli pregiatissimi, accanto ad una produzione tradizionale che ha il proprio simbolo nella carne chianina, ma che comunque offre una vasta gamma di prodotti. Ed è proprio grazie alle bellezze del suo territorio, al ricco patrimonio artistico e culturale, alla sua tradizione eno-gastronomica, che Arezzo ha incrementato anche nell'ultimo anno la presenze turistiche nel territorio, andando in controtendenza rispetto al resto della Toscana. Una terra dove l'arte del vivere bene viene tramandata di padre in figlio, in nome di valori che hanno sopravvissuto alle profonde trasformazioni socio-economiche intervenute.

## ***Il saluto del Presidente dell'Associazione Magistrati Tributaristi***

**Dott. Giacomo  
Caliendo**

Pres. dell'A.M.T.  
Pres. di sezione CPT di  
Milano

Ringrazio la Sezione Provinciale dell'Associazione Magistrati Tributaristi di Arezzo non solo per l'invito, ma per aver scelto come tema del convegno di studio: "Aspetti processuali delle indagini bancarie e l'Irap". Non mi soffermerò sui singoli aspetti e le diverse problematiche che pongono l'una e l'altra questione, tanto più che anche l'Associazione ha dedicato l'ultimo numero della rivista "Magistratura Tributaria", quasi interamente, proprio all'Irap e alle indagini bancarie. Tale concomitante attenzione è un'ulteriore dimostrazione di una comune sensibilità per specifici problemi di interpretazione e di valutazione delle norme, al fine di assicurare una effettiva tutela dei diritti del cittadino e dell'interesse dello Stato.

L'iniziativa della Sezione Provinciale dell'A.M.T. di Arezzo si inserisce in quella attività di promozione della formazione permanente del giudice tributario che l'Associazione, sia a livello centrale che periferico, ha assunto come scopo statutario. Mi riallaccio, perciò, a quanto diceva il Presidente Riccarelli, perché credo che non si possa disconoscere che dal 1996, ossia da quando sono stati istituite le nuove Commissioni Tributarie, la Magistratura Tributaria ha acquisito sul campo, per il modo in cui ha esercitato la giurisdizione, il rispetto per la propria professionalità.

Un chiaro sintomo di tale positivo giudizio è rappresentato dalla sostanziale accettazione delle decisioni assunte dai giudici tributari. Basti considerare che l'appello avverso le sentenze delle Commissioni Tributarie Provinciali non supera il tredici per cento e che la stessa Amministrazione è soccombente – considerando anche i casi di soccombenza parziale - in circa il quaranta per cento delle cause, per renderci conto che vi è una forte accettazione da parte di entrambe le parti processuali delle decisioni dei giudici di primo grado.

Certo, il dato è anche frutto del fatto che, in questi anni, siamo riusciti, come categoria, ad offrire una concreta percezione, non solo della nostra professionalità, ma anche di una sicura e seria imparzialità. Deve essere ricordato che la gestione delle incompatibilità – che ha riguardato non solo professionisti, ma anche e prima ancora i dipendenti delle Amministrazioni finanziarie, la cui incompatibilità segnalata dai vertici dirigenziali dello stesso Ministero delle Finanze ha dato luogo all'iniziativa di modifica legislativa – ha consentito di eliminare quelle situazioni che appannavano, fosse solo sotto il profilo dell'apparenza, l'imparzialità che deve caratterizzare ogni giurisdizione.

Il Comitato Direttivo Centrale della A.M.T. è stato impegnato, in diverse sedute, nella valutazione della attuale rispondenza delle norme dei D.Lgs 545 e 546 del 1992 all'esigenza di un giudice professionalmente preparato, indipendente e imparziale e di regole processuali idonee a garantire la parità delle parti e l'effettività della tutela dei diritti, pervenendo a formulare una complessiva ed articolata proposta di revisione dell'ordinamento dei giudici tributari e del processo.

Non è questa la sede, nè vi è il tempo, per un esame della proposta formulata, e, perciò mi limito a segnalare solo alcune questioni.

Per quanto riguarda il processo, si è meglio precisato l'ambito della giurisdizione tributaria, prevedendo anche nuove competenze. Va anche segnalato un aspetto, che può apparire secondario, ma che è importante per le parti: avviene che, dopo la scadenza dei termini per l'impugnazione e la mancata proposizione dell'appello, non si riesca ad ottenere, con tempestività, la formula esecutiva, in quanto le segreterie delle Commissioni Provinciali non sono in grado di sapere, alla scadenza dei termini, se sia stata proposta impugnazione o meno.

Ciò, in quanto, essendo possibile la notifica dell'atto di appello non a mezzo dell'Ufficio giudiziario, non spiega i suoi effetti la norma di attuazione del codice di procedura civile che impone a quest'ultimo di comunicare all'Ufficio del giudice che ha emanato la sentenza impugnata l'avvenuta proposizione dell'impugnazione. Si è proposto, pertanto, che è onere dell'appellante, a pena di inammissibilità dell'impugnazione, di comunicare, alla segreteria della Commissione che ha pronunciato la sentenza impugnata, la proposizione dell'appello.

Per quanto concerne le modifiche ordinamentali, si è proposto, innanzitutto, di modificare la denominazione delle Commissioni in "tribunale Tributario" e "Corte di Appello Tributaria", non solo perché elimina una denominazione che risale a quando le Commissioni avevano natura amministrativa, ma essenzialmente perché consente di percepire immediatamente la funzione giurisdizionale esercitata, peraltro, in tempi che risultano in linea con il precetto costituzionale della ragionevole durata.

Non vi è dubbio che la questione sulla quale la riflessione è stata più approfondita riguarda la durata decennale dell'incarico, anche perché è la modifica che viene maggiormente richiesta dai giudici tributari.

La durata temporanea – anche se, per la verità, il D.Lgs 545/92, prevedendo un incarico decennale nella stessa Commissione e, alla scadenza, la nomina, con diritto di precedenza negli altri disponibili, in altra Commissione, si configura più, in fatto, come incarico di durata illimitata e con temporaneo esercizio nella stessa Commissione – è stata ritenuta non funzionale ad una corretta amministrazione della giustizia tributaria. E' noto che il processo tributario richiede professionalità e specializzazioni specifiche, tant'è che abbiamo sempre ritenuto e difeso la composizione mista dei collegi giudicanti, ossia con l'apporto di saperi professionali diversi, in ragione della natura e complessità della norma di diritto tributario, ma tale esigenza è contraddetta dalla temporaneità dell'incarico. L'acquisita specializzazione e la professionalità specifica nel processo tributario di primo grado o nel grado di appello saranno, in molti casi, disperse, perché la scelta, con diritto di precedenza, della Commissione in cui si dovrà transitare alla scadenza del decennio, non sempre sarà motivata in ragione della specifica professionalità acquisita, ma sarà condizionata da ragioni diverse: ubicazione nella stessa città, minore lontananza dal luogo di residenza etc.

Ma, poiché, come si è detto, si tratta solo di trasferirsi in altra Commissione, con la certezza di non perdere la funzione di giudice tributario, l'elefantico concorso che il Consiglio di Presidenza dovrà gestire comporterà la sostanziale paralisi dell'attività consiliare ed inciderà negativamente, sia pure per alcuni mesi, sul funzionamento delle stesse Commissioni. Ciò, a prescindere dall'inutile partecipazione, tenuto conto della necessaria pubblicazione dei posti sulla Gazzetta Ufficiale, di migliaia (si può prevedere circa trentamila) di disponibili, la cui domanda, in ragione della precedenza riconosciuta ai già giudici tributari, non sarà nemmeno presa in considerazione, incidendo negativamente sul rapporto cittadino/istituzione.

La proposta dell'Associazione è di eliminare tale durata temporanea, prevedendo, nel contempo, un'obbligatoria quinquennale turnazione tra le sezioni della stessa Commissione e che non incide sulla natura dell'incarico, che resta onorario e che non costituisce rapporto di pubblico come espressamente prevede la norma.

Altro punto qualificante della proposta di riforma è costituito dalla previsione che il Consiglio di Presidenza valuti, in occasione dei trasferimenti o del conferimento di diverse funzioni, l'attitudine, la diligenza e la laboriosità dimostrata, sulla base di criteri obiettivi e predeterminati.

La magistratura tributaria, cioè, deve trovare, al suo interno, strumenti e capacità di

valutazione e selezione, dal momento che l'acquisita effettiva autonomia e indipendenza, ottenuta con l'istituzione del Consiglio di residenza l'ha posta sullo stesso piano delle altre magistrature. Molte altre sono le proposte, che, comunque, potrete valutare ed eventualmente suggerire correttivi, essendo state pubblicate sulla rivista "Magistratura Tributaria".

La settimana scorsa abbiamo avuto un incontro con la Commissione finanze del Senato, che ha rappresentato un po' il completamento degli incontri con i segretari dei partiti politici, dall'On.le Fassino all'On.le Bondi, riscotendo in ognuna di tali occasioni interesse, apprezzamento e, in gran parte, condivisione delle proposte formulate. Martedì prossimo, come ci è stato annunciato, dovremmo incontrare il Ministro dell'Economia e delle Finanze e ci auguriamo che, quantomeno sulle questioni che riteniamo urgenti e necessarie si possa pervenire all'approvazione di una riforma, che, tenuto conto dei risultati dei citati incontri, è condivisa dalle forze politiche della maggioranza parlamentare e da quelle della minoranza.

Comunque, anche dopo l'approvazione delle proposte di riforma più urgenti che abbiamo sollecitato e che sono state recepite in disegni di legge pubblicati sul Notiziario, si porrà il problema delle molteplici competenze che ancora spettano al Ministro dell'Economia e delle Finanze. Abbiamo auspicato l'inquadramento del contenzioso tributario – competenze in materia di personale amministrativo, di compensi dei giudici tributari, di strutture materiali etc.- presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ma, se si ritenesse tale soluzione non praticabile, è necessario che si realizzi una gestione autonoma di tali problemi, anche con una struttura inquadrata negli Uffici di diretta collaborazione con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, in quanto l'attuale inquadramento nel Dipartimento delle politiche fiscali comporta da un lato l'appannamento dell'immagine di terzietà che deve caratterizzare l'Ufficio giudiziario nel suo complesso. D'altra parte, si registra anche una scarsa attenzione alla necessità di corsi di aggiornamento professionali dedicati alle specifiche, delicate e necessarie funzioni del personale di segreteria, previste dalle norme processuali. Per tale personale, proprio in ragione della specialità delle funzioni, deve essere previsto un ruolo autonomo, con posizioni dirigenziali e livelli professionali modellati in ragione delle funzioni svolte. Non difendiamo interessi corporativi o posizioni di privilegio, ma desideriamo contribuire – anche in ragione della nostra capacità di analisi e di individuazione delle possibili soluzioni dei problemi, che ci deriva da anni di esperienza e di esercizio della giurisdizione nelle Commissioni tributarie- a migliorare il servizio di giustizia tributaria, nonché a prevedere norme di garanzia per una completa autonomia della magistratura tributaria e una indiscussa indipendenza del giudice tributario.

Grazie anche all'impegno dei giudici e del personale amministrativo siamo riusciti ad assicurare una giustizia che, di fatto, viene apprezzata dagli utenti, ma non ci si può negare l'aspirazione, il desiderio di migliorarla ulteriormente, come non ci sembra logico condividere le nostre proposte e non tradurle in riforme. Mi auguro, invece, che in un prossimo futuro l'attenzione si traduca in comportamenti, e in atti concreti. Grazie.

### *Il saluto del Presidente del Consiglio di Presidenza*

**Dott. Angelo  
Gargani**

Presidente del Consiglio  
di Presidenza della  
Giustizia Tributaria  
Pres. di sezione CPT di  
Roma

Il saluto del Presidente del Consiglio di Presidenza, Angelo Gargani inviato per telegramma: "Gli impegni improrogabili connessi con la recente elezione a Presidente del Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria non mi consentono di essere presente ai lavori di codesto convegno, organizzato dalla sezione provinciale dell'associazione magistrati tributari di Arezzo. L'autorevolezza dei relatori, la garanzia dell'approfondito esame delle problematiche relative alla utilizzazione delle indagini bancarie e l'applicazione dell'Irap assicurerà soluzioni adeguate che saranno di ausilio all'interprete e potrebbero sollecitare adeguati interventi legislativi. Il Consiglio di Presidenza continuerà a prestare la dovuta attenzione alla formazione dei Giudici tributari. Ringrazio tutta la sezione, ed auguro buon lavoro a tutti i convegnisti."

## *Il saluto del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria*

Rivolgo un deferente saluto agli illustri relatori di questo importante convegno. Esprimo il mio apprezzamento sincero e convito per la scelta degli argomenti da discutere. Anche a nome del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria debbo complimentarmi con Voi, amici giudici tributari della Toscana, per questa lodevole iniziativa.

Ho ascoltato con attenzione l'intervento del Presidente dell'Associazione magistrati tributari, dott. Giacomo Caliendo, che con efficace sintesi e nota lucidità ha esposto i problemi della nostra categoria. Condivido il contenuto del Suo intervento e pubblicamente devo dargli atto dell'impegno dinamico con cui affronta i temi associativi, puntando con passione e concretezza alla soluzione dei problemi.

Registro con piacere la sintonia tra le finalità perseguite dall'A.M.T. e quelle perseguite dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria: la promozione e la diffusione della cultura della giurisdizione non soltanto tra i giudici tributari ma anche nella coscienza collettiva. Su questa strada molti passi sono compiuti. E' stata riconosciuta a livello legislativo la natura giurisdizionale delle commissioni tributarie, che devono cambiare anche denominazione per evitare che i non addetti ai lavori possano cadere in facili equivoci. Ormai appartengono alla storia del diritto i contrasti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla natura delle funzioni svolte dalle commissioni tributarie. Oggi la esistenza della giurisdizione tributaria quale giurisdizione unica, speciale ed esclusiva è una conquista che non può mettersi più in discussione alla luce della norma di cui all'art.2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n.546, che amo definire codice processuale tributario.

Ho detto che molti passi sono stati compiuti; aggiungo che la strada da percorrere è ancora lunga.

Auspichiamo un riconoscimento a livelli di norma costituzionale della giurisdizione tributaria accanto alla giurisdizione ordinaria ed alle altre giurisdizioni speciali (amministrativa, contabile e militare). La giurisdizione è unica nella sua essenza: risoluzione dei conflitti intersoggettivi mediante l'applicazione di norme generali ed astratte a fattispecie concrete.

La diversità dei moduli processuali, che sono strumentali rispetto ai valori tutelati dalle norme giuridiche sostanziali, non può minimamente incidere sulla pari dignità di tutte le giurisdizioni, atteso anche che la discrezionalità del legislatore ordinario nella disciplina dei diversi sistemi processuali può attuarsi soltanto nei limiti della ragionevolezza e con l'osservanza delle regole sul giusto processo contenute nel novellato art.111 della Costituzione ed applicabile ad ogni processo. Ulteriore tappa di questo ideale viaggio è costituita dall'acquisizione anche per i giudici tributari dei principi che la nostra Costituzione ha consacrato negli articoli 102, 108, e 111. Il giudice italiano (anche il giudice tributario) non svolge più un'attività meramente burocratica ma ha anche il compito di attuare i valori fondamentali della nostra Costituzione. Questo compito è assegnato al giudice direttamente dalla Costituzione ed, in particolare, dagli artt.134 e 137 nonché dalle leggi costituzionali 9 febbraio 1948, n.1 ed 11 marzo 1953, n.1.

Il meccanismo introdotto dalle sopraindicate norme attribuisce esclusivamente al giudice il filtro per l'esercizio del controllo (affidato alla Corte Costituzionale) di "legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni".

Il corretto esercizio di questo potere di filtro (avente natura politica nel senso più nobile del termine) postula l'esistenza di giudici dotati di elevata professionalità.

Ecco perché ancora una volta dico grazie agli organizzatori di questo convegno. La professionalità legittima l'autonomia del giudice tributario (di ogni giudice), che, essendo scelto mediante concorso e non mediante elezione, risulta privo di una investitura democratica.

Questo convegno si svolge in piena sintonia con il programma che l'organo di autogoverno sta promovendo e realizzando su tutto il territorio nazionale, nella piena consapevolezza dei propri compiti istituzionali e delle proprie responsabilità.

*Dott.*  
**Carmineantonio**  
**Esposito**

Componente del  
Consiglio di Presidenza  
della Giustizia Tributaria  
Pres. di sezione CPT di  
Napoli

Posso garantire, anche nella qualità di presidente della Commissione referente per l'aggiornamento professionale, che il conseguimento da parte di tutti i giudici tributari di un elevato livello di professionalità costituisce un obiettivo fondamentale ed irrinunciabile per il Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria. Ho accennato prima alla giurisdizione tributaria attribuita in via elusiva alle Commissioni tributarie. Devo aggiungere che la giurisdizione tributaria è connotata da una elevata esposizione al diritto internazionale ed al diritto comunitario.

Il giudice tributario deve conoscere non solo l'ordinamento giuridico nazionale ma anche quello comunitario, potendo egli, per l'attuazione del principio che stabilisce il primato del diritto comunitario su quello nazionale, disapplicare il diritto nazionale o rivolgersi alla Corte di Lussemburgo.

Non voglio sottrarre altro tempo ai relatori ma consentitemi di concludere questo intervento con un invito: l'invito è di andare avanti uniti. L'unità di intenti non esclude la diversità dei metodi, che, anzi, è connaturale al diverso ruolo rivestito dagli organi di autogoverno e dagli organi associativi. Saranno raggiunti traguardi lusinghieri, se ognuno farà la sua parte nell'interesse dei giudici tributari, i quali agiscono per il bene della collettività nell'applicazione della legge. La nostra categoria, che raccoglie in una feconda e felice sintesi persone portatrici di esperienze professionali diverse (che si fondono e si uniscono nella comune cultura della giurisdizione), ha dato e dà costanti e tangibili prove di impegno e dignità. Ciò è dimostrato dalla qualità, dalla quantità e dalla tempestività che caratterizzano la giurisdizione tributaria. Questa constatazione ci consente di sperare in una maggiore attenzione del legislatore per le auspiccate modifiche normative in ordine al trattamento giuridico ed economico dei giudici tributari.

Di nuovo grazie ed auguri buon lavoro.



## *La natura della presunzione della prova bancaria La commutazione dei prelievi in compensi e ricavi*

La disciplina delle presunzioni legate agli accertamenti bancari è stabilita dall'articolo 32 del DPR n. 600 del 1973 e, per quanto riguarda l'IVA, dall'art. 51 del DPR n. 633 del 1972.

In virtù di queste disposizioni - che, per altro, non sono fra loro perfettamente sovrapponibili - i dati e gli elementi attinenti ai rapporti e alle operazioni bancarie *sono posti a base delle rettifiche degli accertamenti previsti dagli articoli 38, 39, 40 e 41 del DPR n. 600/1973 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 indichi il soggetto beneficiario e semprechè non risultino dalle scritture contabili i prelievi o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti* (così l'art. 32, comma 1, n. 2 del DPR n. 600/1973).

Dunque le disposizioni che andiamo ad esaminare, anche con l'ausilio della Giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, riguardano tanto le operazioni che potremmo in prima approssimazione definire in entrata, quanto (e vedremo in che misura) quelle in uscita dai conti bancari.

Non credo che sia superfluo ricordare che la Corte Costituzionale ha statuito in modo nitido e perentorio che il valore assegnato dalla legge alle risultanze dei conti consiste in una presunzione sempre suscettibile di prova contraria. La presunzione bancaria è costituzionalmente legittima in quanto si fonda ragionevolmente sul carattere oggettivo di dette risultanze relative ai rapporti facenti capo al contribuente. Vi è, dunque, un riconoscimento importante ed esplicito della ragionevolezza della presunzione introdotta nell'ordinamento tributario.

Quanto alla natura della presunzione bancaria, alla sua concreta operatività, è proprio la Corte di Cassazione ad avere chiarito che la fonte legale della presunzione rende utilizzabili, da parte dell'amministrazione finanziaria, i dati e gli elementi risultanti dai conti, ferma restando la possibilità per il contribuente di fornire la prova contraria (presunzione relativa) dimostrando di averne tenuto conto nella determinazione della base imponibile. Onde, prosegue la Cassazione, è erronea l'affermazione del giudice circa la necessità dei requisiti di gravità, precisione e concordanza riguardanti, invece, le presunzioni semplici. Dalla presunzione legale deriva per definizione l'effetto di inversione dell'onere della prova.

Quindi, abbiamo un quadro di principi estremamente nitido: la presunzione che ha fonte legale esime dalla necessità in capo all'amministrazione finanziaria di riscontrare i caratteri della gravità, precisione e concordanza che, invece, costituiscono elementi fondanti delle presunzioni semplici; ed, evidentemente, la presunzione legale relativa determina l'effetto di invertire l'onere della prova, addossandolo sul contribuente.

Questa massima della Suprema Corte di Cassazione è stata più volte ribadita (cfr. recentemente la sentenza della Cassazione n. 15538 del 2002 che in termini sostanzialmente analoghi ha confermato la natura della presunzione e della sua funzione.)

Credo che sarà affrontato nella relazione del consigliere Cicala il tema relativo al collegamento fra la presunzione legale e il contraddittorio. Ricordo soltanto che la Cassazione ha, con oramai consolidato orientamento, statuito che in realtà la presunzione legale di cui all'articolo 32 citato e all'articolo 51 per l'Iva opera a prescindere dall'espletamento del contraddittorio pre-processuale, del contraddittorio in sede amministrativa.

In particolare la Cassazione ha avuto modo di precisare che nessuna norma impone la convocazione del contribuente in sede amministrativa per giustificare le operazioni bancarie oggetto di verifica. Ciò in quanto l'ufficio può sicuramente agire con il ritiro eventuale del provvedimento in via di autotutela, in caso di osservazioni e di giustificazioni proposte dell'interessato anche dopo il suo intervento nella stesura del verbale della

**Prof. Marco  
Miccinesi**

Ordinario di Diritto  
Tributario  
Università degli Studi  
di Siena

Guardia di Finanza. La presunzione legale relativa posta dalle norme che stiamo commentando non richiede e non si inserisce in un contraddittorio procedimentale antecedente al processo.

Personalmente ritengo corretto questo atteggiamento e questo orientamento della Suprema Corte e lo ritengo anche coerente con un sistema complessivo di accertamento processuale delle risultanze emergenti dai conti bancari sui quali mi soffermerò in seguito.

Dunque la presunzione legale, che è originata dalla prova che i conti bancari offrono di un fatto semplice quale, appunto, la movimentazione bancaria e quindi il flusso di denaro in entrate e in uscita, assolve la funzione di non richiedere all'amministrazione finanziaria di riscontrare quei requisiti di gravità, precisione e concordanza propri delle presunzioni semplici; assolve, come statuito dalla Cassazione, l'ovvia funzione di invertire l'onere della prova.

La presunzione è destinata ad agevolare l'attività di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria, compreso l'accertamento in senso "tecnico", perché evidentemente esonera l'amministrazione, nel momento dell'espletamento dell'istruttoria, dal proseguimento delle indagini oltre le movimentazioni bancarie e verso la identificazione, per esempio, dei soggetti che hanno dato vita alle operazioni, delle causali o meglio dei rapporti giuridici sottostanti alle movimentazioni bancarie stesse. Correlativamente, così come esonera l'amministrazione dalla prosecuzione di una complessa attività di indagine, potendo la stessa arrestarsi al diretto utilizzo della movimentazione bancaria che identifica versamenti e prelevamenti ed altre operazioni che vedremo, esonera l'amministrazione in sede di redazione dell'atto impositivo da un complesso obbligo motivazionale che viene più semplicemente risolto con l'identificazione della movimentazione bancaria e, quindi, con quel meccanismo di inversione dell'onere della prova di cui abbiamo già parlato.

A questo si aggiunga, anche alla luce delle recenti modifiche apportate alla disciplina delle indagini bancarie dalla finanziaria 2005 che esplicitamente dilata la portata dell'accertamento bancario a tutte le operazioni cosiddette "extra conto", che la presunzione può evidentemente e logicamente innescarsi su tutti i dati concernenti i flussi in entrata ed in uscita relativi al contribuente nei cui confronti viene svolta l'indagine. Tuttavia, rimane ferma la rilevanza probatoria di tutti gli altri elementi ottenuti per il tramite delle indagini bancarie - dalla verifica della consistenza patrimoniale del soggetto verificato alla presenza di disponibilità del soggetto verificato - che potranno essere utilizzati dall'amministrazione fuori dal meccanismo legale presuntivo ed in una pluralità di ottiche che si estendono dalle ipotesi di accertamento sintetico alle ipotesi di accertamento extra contabile del reddito di impresa. Si osservi, inoltre, che con l'evoluzione del nostro sistema di imposizione sull'impresa, le indagini bancarie assumono rilevanza per tanti altri profili: pensiamo al contrasto alla sottocapitalizzazione in tema di reddito di impresa, all'accertamento dei fenomeni di interposizione, all'accertamento di situazioni completamente diverse come possono essere quelle concernenti l'effettiva residenza di un soggetto o la localizzazione di una serie di direzione effettiva di un'attività societaria.

In altri termini, tutti i dati relativi a vicende diverse dalla semplice dinamica dei flussi delle disponibilità finanziarie sono e restano utilizzabili dal Fisco ai fini delle rettifiche e degli accertamenti, ma fuori dal meccanismo presuntivo legale cioè, per usare l'espressione della legge, non ne costituiscono essi stessi la base, ossia il fondamento della rettifica, ma possono essere utilizzati con gli altri e noti meccanismi.

A questo proposito ricordo la sentenza della Cassazione n. 7338 del 1999 che ha censurato la sentenza impugnata per aver omesso di valutare se il "fatto noto" e non controverso della disponibilità di somme cospicue da parte del contribuente sui propri conti correnti negli anni di riferimento, non potesse condurre in via inferenziale, cioè presuntiva, al fatto in accertamento della provenienza di quelle somme da un'attività di impresa del contribuente stesso, fornendo così quella prova per presunzione di cui l'ufficio è autorizzato ad avvalersi ai sensi dei citati articoli 38 e seguenti. Cioè un uso delle risultanze bancarie fuori dal meccanismo presuntivo legale all'interno degli altri meccanismi che sorreggono gli accertamenti nei confronti del contribuente.

A questo proposito segnalo anche l'eventualità che le indagini conducano, per l'appunto, ad accertare la presenza di disponibilità non di singoli flussi o di una totalità di flus-

si in entrata e in uscita ma di disponibilità non coerenti con i redditi dichiarati dal contribuente esercente l'attività economica.

In tal caso l'amministrazione finanziaria potrà evidentemente valutare se questo elemento, insieme ad altri, assurga a presunzione grave, precisa e concordante di occultamento di ricavi, oppure se, in difetto di tali requisiti (e quindi in difetto della possibilità di integrare una presunzione semplice non legale), le risultanze bancarie debbano, piuttosto, o possano essere integrate in un contesto diverso come quello dell'accertamento sintetico del reddito complessivo della persona fisica.

Questo per chiarire l'ampiezza del quadro in cui vanno a collocarsi le risultanze delle indagini bancarie, oggi - come si ricordava - ancor più dilatate per effetto della vigente disciplina, la quale si spinge fino a consentire di richiedere agli istituti bancari una pluralità di dati addirittura estranei alle operazioni in senso stretto, per esempio i servizi e la natura dei servizi che sono stati resi al cliente. È chiaro che dall'indagine su questi stessi servizi, sulla loro natura, sul loro oggetto, evidentemente, sarà possibile trarre elementi che si collocano al di fuori di questa presunzione che stiamo commentando ed utilizzarli negli altri contesti.

Vorrei anche ricordare che questa presunzione è nata in un sistema ordinamentale diverso da quello attuale, è nata in un contesto in cui l'impiego dei dati bancari presupponeva l'esistenza di gravi indizi e, quindi, un primo riscontro giurisdizionale circa la presenza di fattispecie di evasione. Forse, in quel contesto, l'inversione dell'onere probatorio di cui alle presunzioni legali si collegava anche all'esigenza di impedire che la rapidità ed l'efficacia dell'accertamento venissero compromessi da un sistema che all'epoca accordava tutela al segreto bancario e quindi frapponeva, evidentemente, ostacoli e difficoltà alla pienezza dell'espletamento delle indagini fiscali.

Caduta la tutela del segreto bancario, la permanenza di questa presunzione e, quindi, la sua evoluzione si sono sviluppate nel senso di un sempre più accentuato sostegno all'accertamento tributario operato dall'amministrazione finanziaria attraverso l'addossamento sul contribuente di maggiori quote dell'onere probatorio.

Dobbiamo prendere atto dell'evoluzione del sistema in questa direzione: così l'accertamento sintetico si è trasformato oggi in una metodologia di accertamento perfettamente alternativa all'accertamento analitico e non più subordinata al preventivo espletamento di un controllo e di un accertamento analitico, così accade con l'utilizzo degli strumenti presuntivi, studi di settore e quant'altro di cui l'amministrazione dispone.

Naturalmente la prova contraria è assolutamente libera e può consistere nella prova diretta di un fatto primario contrario, cioè l'irrelevanza fiscale dell'operazione bancaria - perché già inserita nel circuito in positivo o perché totalmente estranea alle vicende che afferiscono il circuito in positivo - ma può consistere anche in una prova contraria di tipo presuntivo, attraverso l'utilizzo di indizi o di elementi desumibili dalle dichiarazioni di soggetti terzi.

Questo è lo spunto che mi pare di aver colto in una pronuncia della Cassazione, la n. 4423 del 26 marzo 2003.

Questa libertà di prova contraria, questa pienezza di prova contraria, a me sembra che sia da salvaguardare e da ribadire con forza perché perfettamente coerente con il principio generale dell'ordinamento processuale secondo il quale, in mancanza di divieti o di preclusione *ad hoc* stabiliti dalle norme, ogni prova può essere addotta in senso contrario, spettando poi solo al prudente apprezzamento del Giudice valutarne l'efficacia, l'attendibilità, la fruibilità.

Sempre sul piano della spendibilità delle prove contrarie, vorrei ricordare che la Corte Costituzionale con ordinanza del 26 febbraio del 2002, n. 33, ha ritenuto non operante ai fini della possibilità di offrire prova contraria alla presunzione legale relativa, la preclusione che l'articolo 32 comma terzo e quarto pone. In altri termini ha ritenuto non operante la preclusione in base alla quale "*le notizie e i dati non adottati e gli atti, i documenti, i libri e i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativo contenziosa*".

Norma che, se utilizzata al contraddittorio procedimentale pre processuale, avrebbe comportato l'impossibilità per il contribuente di fornire, dati, elementi, documenti a sostegno della sua prova contraria in quanto non fossero già stati utilizzati e adottati in

risposta all'invito dell'amministrazione di fornire i chiarimenti sulle operazioni bancarie.

La Corte Costituzionale ha stabilito con riferimento alla parallela disposizione stabilita per l'IVA nell'articolo 51 del DPR n. 633/1972 che questa preclusione non opera. In effetti in tema di IVA la preclusione in questione richiama esplicitamente ipotesi di invio di questionari o di trasmissioni di dati, documenti e non, quindi, l'ipotesi del numero 2, secondo comma, dell'articolo 51 relativa alle indagini bancarie.

L'affermazione della Corte Costituzionale circa la inoperatività della preclusione in materia di IVA dev'essere estesa all'articolo 32 in materia di imposte sui redditi, il quale, pur con una diversa formulazione, ha la stessa *ratio* dell'art. 51 citato.

Mi sembra, cioè, che la soluzione a cui è giunta la Consulta trovi un fondamento solido nell'esigenza di non comprimere alla sola fase pre processuale - procedimentale l'acquisizione delle prove e del relativo contraddittorio su profili così rilevanti importanti e complessi. Del resto è questa una logica che si collega a quella che ha scelto la Corte Costituzionale circa la non necessità del contraddittorio pre processuale, cioè la scelta di attendere comunque il processo anche a costo di qualche diseconomia temporale proprio per assicurare quella pienezza di contraddittorio e di accertamento che solo la fase processuale può essere in grado di assicurare in misura massima.

La presunzione di ricavi postula che sia nota e accertata la fonte del reddito, reddito di impresa o reddito di lavoro autonomo.

Sempre per insegnamento della Cassazione, la stessa documentazione bancaria acquisita in esito alla verifica può comprovare l'esistenza di un'attività economica non dichiarata. E' chiaro che per l'accertamento di questa attività non soccorrono più le presunzioni legali di cui stiamo parlando, ma deve'essere altrettanto chiaro che la stessa documentazione bancaria può consentire contestualmente di accertare, evidentemente attraverso una presunzione semplice, l'esistenza di un'attività economica non dichiarata e, successivamente, far scattare la presunzione legale sia pur relativa che configura in termini di ricavi le operazioni bancarie.

Questo è lo spunto che mi pare di aver colto nella Cassazione del 6 novembre del 2002 n. 15538.

Vorrei fare anche alcune precisazioni sui fatti che innescano la presunzione.

E' evidente che per quanto attiene alle imposte dirette la presunzione riguarda i versamenti ed, a certe condizioni, anche i prelevamenti nei confronti dei titolari dei redditi di impresa e di lavoro autonomo. Per tutti gli altri soggetti, rispetto ai quali abbiamo l'assenza di un sistema contabile di rappresentazione dell'attività, non opera la presunzione sul versante dei prelevamenti. Anzi sul versante dei prelevamenti si dice (e anche su questo è conforme l'orientamento della Cassazione almeno sino all'odierna modifica che parla di ricavi e compensi con riferimento ai prelevamenti) che neppure nei confronti del titolare di un reddito di lavoro autonomo la disposizione che tramuta i prelevamenti in ricavi può (o poteva) essere utilizzata.

Comunque per i soggetti non titolari di redditi di impresa, non titolari di reddito di lavoro autonomo i versamenti innescano presunzioni di componenti reddituali e innescano, a mio avviso, sempre presunzioni legali relative di componenti reddituali proprie del tipo di reddito cui quelle operazioni possono essere ricondotte. Si potrà trattare di emolumenti di lavoro dipendente, si potrà trattare di plusvalenze. L'identificazione della fonte, che non è mai sorretta da queste presunzioni legali, è evidentemente antecedente da un punto di vista logico all'utilizzo del dato bancario. Anche se, evidentemente, in questi settori il dato bancario e la possibilità di estrarre dal dato bancario non solo il fatto semplice e primario del versamento ma qualche cosa di più circa i soggetti e le caratteristiche delle operazioni potranno soccorrere l'amministrazione finanziaria nell'attività che deve svolgere per poter giungere alla prova dell'esistenza o della riconducibilità ad un tipo di reddito diverso da quello di impresa o di lavoro autonomo.

Vorrei però ricordare che la presunzione di redditività delle entrate bancarie può comunque consentire di innescare - ovviamente ricorrendone le condizioni, compresa quella quantitativa posta dall'articolo 38 del DPR n. 600/1973 - un accertamento sintetico, cioè l'indagine, la ricognizione in ordine alla fonte del reddito non è necessaria laddove le disponibilità bancarie risultanti consentano comunque di far scattare quel livello di rilevanza reddituale che nell'accertamento sintetico è accertamento di reddito prodotto da

fonte che resta per definizione ignota.

Per quanto attiene l'imposta sul valore aggiunto, solo i versamenti costituiscono ricavi, danno vita a presunzioni di ricavi, mentre i prelevamenti si configurano come acquisti extra contabili. Questo lo si desume dall'articolo 51, dalla diversa formulazione dell'articolo 51 rispetto all'articolo 32, e dal testuale riferimento in quella norma alle vendite e agli acquisti che si accertano presuntivamente attraverso le risultanze bancarie.

Questa presunzione di ricavi in ordine ai prelevamenti, che opera invece sul versante delle imposte sui redditi, a tutti o a molti di noi è sembrata avere una funzione meta probatoria, secondo alcuni sanzionatoria, in quanto volta a ripristinare la pienezza dell'informazione proveniente dal sistema delle scritture contabili per ciò che riguarda i rapporti con i terzi.

Tant'è che la presunzione non opera solo laddove si indichi in termini attendibili il beneficiario del prelevamento, ma neanche si richiede – affinché la presunzione non operi – di fornire la prova contraria circa l'estraneità della operazione al circuito in positivo o la sua già intervenuta inclusione nel circuito in positivo. Come dire, ribaltando il discorso, che la presunzione opera in quanto resti totalmente ignota l'operazione economica nei suoi profili soggettivi e oggettivi, perché appunto non se ne indica neppure il beneficiario e nel qual caso torna sufficientemente ragionevole attribuirvi rilevanza reddituale dal punto di vista di una correlata produzione di ricavi. Cioè nel momento in cui resta totalmente ignoto anche il beneficiario dell'operazione, perché non indicato nelle scritture e non indicato comunque dal contribuente, allora nella totale oscurità dell'operazione di prelevamento mantiene ragionevolezza la presunzione legale che al prelevamento di una somma di denaro dal conto bancario collega un momento di produzione di reddito in occultamento di imposta e quindi una presunzione di corrispondenti ricavi.

È a tutti evidente che questa ragionevolezza di presunzione è molto più forte per attività che presuppongono acquisti e rivendite di beni ed è molto più labile ogni qual volta le attività abbiano ad oggetto l'erogazione di servizi, rispetto ai quali la correlazione fra acquisti al nero e produzione di ricavi al nero è molto più tenue.

Per altro verso, la mancata indicazione del beneficiario non priva tuttavia il contribuente della facoltà di offrire la prova contraria, cioè la prova circa l'irrelevanza reddituale del prelevamento, pena in difetto l'incostituzionalità della disciplina per contrasto con l'articolo 24 della Costituzione perché resterebbe, di fatto, talmente circoscritta la possibilità di vincere la presunzione legale da rendere impossibile l'esercizio del diritto di difesa. Del resto mi sembra che un appiglio testuale in questo senso, cioè circa la possibilità di fornire una prova contraria pur non indicando il beneficiario, si trovi nell'articolo 32 citato, nella parte in cui stabilisce che gli elementi attinenti ad operazioni bancarie “*alle stesse condizioni*” sono posti come ricavi o compensi se il contribuente non ne indica il beneficiario. “*Alle stesse condizioni*” penso voglia dire “sempre che il contribuente non riesca a dimostrare, a provare che l'operazione è estranea a quelle fiscalmente rilevanti o è già stata ricompresa nel sistema di determinazione dell'imponibile”. Naturalmente il superamento della presunzione legale con l'indicazione del beneficiario non elide la rilevanza probatoria del prelevamento quanto alla presenza di costi extracontabili. E questo sia a favore del Fisco - per quanto concerne l'applicazione delle sanzioni, la prova di un sistema contabile tenuto in modo irregolare con conseguente possibilità di addivenire a un accertamento extracontabile e per quanto riguarda la possibilità di fondare una presunzione semplice di ricavi in evasione di imposta sulla base della intervenuta constatazione di un acquisto effettuato in evasione di imposta – sia a favore del contribuente, il quale, una volta che abbia indicato il beneficiario dell'operazione, dovrebbe poter utilizzare questa prova ai fini del vecchio articolo 75 TUIR cioè ai fini della possibilità di correlare i costi ai ricavi anche se non regolarmente imputati a conto economico, non transitati nel sistema di scritture contabili a conto economico in quanto, tuttavia, risultino da elementi certi e precisi.

Mi sembra che una movimentazione bancaria e l'indicazione del beneficiario che copra l'identificazione dell'operazione di acquisto possa ritenersi elemento certo e preciso.

Ai fini IVA, viceversa, la presunzione non opera e, quindi, i prelevamenti entrano nel sistema di accertamento di acquisti regolari. Questa diversità è del tutto plausibile tenuto anche conto che l'irregolarità dell'acquisto è già autonomamente e sufficientemente presidiata dalle relative sanzioni e dal meccanismo applicativo dell'imposta sul valore aggiunto.

L'estensione di questa disciplina, di questa presunzione di ricavo ai prelevamenti effettuati dai professionisti che, dal punto di vista semantico, è riconducibile all'aggiunta del termine "compensi" a quella dei ricavi, ha destato e sta destando non dico perplessità, ma certamente grande attenzione per la difficoltà di fornire una indicazione del beneficiario da parte di quei soggetti titolari di una attività economica (e con obblighi contabili anche se limitati) ma che tradizionalmente, utilizzano i loro conti bancari in chiave di assoluta promiscuità fra operazioni economiche e operazioni della sfera privata e che in questa promiscuità di utilizzo dei conti, evidentemente, possono trovare delle difficoltà nella identificazione puntuale dei beneficiari delle varie operazioni di prelevamento.

Penso che questo tipo di problema possa essere affrontato e risolto solo con un attento utilizzo anche da parte dell'amministrazione nell'impiego dei prelevamenti come presunzioni di ricavi.

Certamente per il professionista, ma lo stesso problema si pone per l'imprenditore, per il socio di società di persone ed in tutte quelle situazioni nelle quali non vi è né esigenza né obbligo di una separatezza fra le movimentazioni finanziarie ascrivibili all'attività economica e quelle ascrivibili alle altre sfere del soggetto coinvolto, diventa molto più complesso fornire la prova contraria e fornire l'indicazione del beneficiario stesso. Però credo che qui non si possano non tenere in debita considerazione le caratteristiche del soggetto, le caratteristiche dell'attività svolta, e parallelamente le caratteristiche di questi prelevamenti che per le loro entità, per le loro modalità potrebbero o potranno essere, in via anche meramente presuntiva, ricondotti alla sfera privata piuttosto che alla sfera dell'attività economica.

Voglio dire, è giusto preoccuparsi del prelevamento, di come si fa a dimostrare che il prelevamento di duecento, trecento, quattrocento euro fatto dal professionista non significa acquisti in nero e non significa svolgimento di attività di evasione di imposta. Ma, forse, in un quadro di analisi complessiva dell'attività di quel soggetto durante l'attività istruttoria e, comunque, in sede di dimostrazione delle caratteristiche di svolgimento della sua attività, per esempio, del suo tenore di vita, del suo fabbisogno di vita, non credo che si possa immaginare preclusa la possibilità di offrire, anche su base presuntiva, la prova della inerenza di date operazioni di prelevamento alle esigenze di vita quotidiana, alla sfera privata e non allo svolgimento di attività in evasione di imposta.

Certo è che questo tipo di situazione suscita qualche interrogativo sulla mancanza di una doverosità di un contraddittorio pre procedimentale. Effettivamente questo tipo di giustificazioni, questo accertamento complesso che anzitutto incombe sull'amministrazione finanziaria nel momento in cui va a scandagliare l'attività del contribuente, forse, presuppone un momento collaborativo e partecipativo nell'attività di accertamento, che può offrire risultati importanti proprio nella formazione di quel quadro conoscitivo sul quale poi l'amministrazione può o meno utilizzare i dati che ha estrapolato. Da questo punto di vista va rilevato che, pur non esistendo un obbligo per i professionisti di tenere conti bancari distinti, una situazione che potrebbe rendere più chiaro il quadro conoscitivo e quindi più semplice sia l'attività di verifica all'amministrazione finanziaria sia l'innesto di prove contrarie, di carattere anche presuntivo al contribuente, potrebbe proprio consistere nella tenuta ordinata dei conti bancari, in una loro distinta destinazione alle attività economiche e alle sfere private. Separatezza di conti che se non vincola l'amministrazione a considerare solo quelli deputati alle attività economiche, tuttavia, con più immediatezza e con più chiarezza è in grado di fornire un quadro rappresentativo e, quindi, conoscitivo per l'amministrazione (e per il giudice poi) dei flussi finanziari e della loro diversa riconducibilità all'una e all'altra sfera.

L'ultimo aspetto che vorrei trattare riguarda la rilevanza probatoria delle risultanze di conti di soggetti diversi da quelli del soggetto investito dall'accertamento.

Le presunzioni di cui agli articoli 32 e 51 citati sono in grado di operare allorché il Fisco abbia dimostrato, anche avvalendosi di presunzioni, o l'intestazione fittizia del conto, o comunque la riconducibilità del conto, pur promiscuamente utilizzato da un soggetto terzo, al contribuente ed alle sue attività, o comunque la riconducibilità di alcune operazioni alla sfera economica dell'imprenditore o dell'esercente attività economica soggetto all'accertamento.

È evidente che in questi casi o l'amministrazione ha raggiunto la prova della intestazio-

---

ne solo formale del conto al terzo e, quindi, tutte le operazioni di quel conto godono della presunzione legale relativa, oppure l'amministrazione ha accertato l'effettività dell'intestazione del conto al terzo ed il fatto che su quel conto sono transitate operazioni del contribuente soggetto ad accertamento ed, in tal caso, l'amministrazione può usufruire della presunzione solo per quelle operazioni di cui ha preventivamente dimostrato la riferibilità al soggetto contribuente.

Mi pare che sia questo l'orientamento della Cassazione quando fa riferimento alla circostanza che la lettera dell'articolo 32 del DPR 600/1973 non ne autorizza l'applicazione con riguardo a conti bancari o libretti di deposito di cui risulti intestatario esclusivamente un terzo, solo perché legato al contribuente da vincoli familiari o commerciali, salvo che l'ufficio opponga e poi provi, eventualmente avvalendosi degli indizi ricavabili da tale vincoli, che l'intestazione sia fittizia, cioè esprima una apparenza voluta per far risultare come altrui operazioni in realtà compiute dal contribuente, o comunque sia superata, in relazione alle circostanze del caso concreto, dalla sostanziale imputabilità al contribuente delle posizioni creditorie e debitorie annotate sui conti dei libretti di deposito. Quindi, non automatica trasposizione delle risultanze del conto ma preventiva dimostrazione o della fittizia intestazione del conto o della riconducibilità ad un soggetto diverso di operazioni su un conto pur effettivamente nella disponibilità di un terzo rispetto al contribuente.

Questo per la Cassazione vale anche quando il destinatario dell'accertamento sia una società ed i conti bancari appartengano ai relativi soci. La legittimità di detta acquisizione di conti intestati a soci postula il carattere fittizio formale di tale intestazione, nel senso di una sostanziale imputabilità dei conti medesimi alla società.

Ed ugualmente le sentenze della Cassazione n. 6073 e n. 17243 del 2003 ribadiscono come la dimostrazione della riconducibilità dei conti bancari dei soci alla società spetti al Fisco, che può assolvere il relativo onere anche fornendo prove di carattere preventivo.

A me sembra che questo nutrito corpo di sentenze della Cassazione abbia fatto sufficiente chiarezza anche su alcune affermazioni della stessa Cassazione in sentenze precedenti che si sono prestate ad una interpretazione diversa. Probabilmente in quelle sedi la Cassazione si preoccupava soltanto di stabilire che la presunzione legale si potesse innescare anche su conti intestati a terzi, ma il *dictum* in quelle sentenze era sganciato dalle considerazioni che, invece, sono chiaramente emerse nelle sentenze degli ultimi anni. Si è temuto, a mio avviso ingiustamente, una sorta di estensione della presunzione di cui agli articoli 32 e 51 citati addirittura a tutti i conti comunque ascrivibili a soggetti in qualche modo collegati al contribuente, per vincoli familiari o economici, senza dover passare per quella prova di una fittizietà dell'intestazione o di una sostanziale riferibilità delle operazioni della disponibilità economiche che invece, ripeto, ultimante la Cassazione ha molto serenamente ribadito.

## ***Gli aspetti processuali delle indagini bancarie La legittimità dell'accertamento emanato in base all'utilizzo di dati bancari***

**Prof. Mario  
Cicala**

*Consigliere di  
Cassazione, componente  
del Consiglio di  
Presidenza Giustizia  
Tributaria*

*Primi appunti per un intervento, premessa:*

Ringrazio tutti voi, in particolare, ringrazio l'amico Riccarelli per questa occasione di approfondimento.

Dopo un certo tempo - ormai due anni - di partecipazione al Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, si cerca un pò il filo, la ragion d'essere della presenza di ciascuno di noi. Io credo di aver trovato questo filo in una sottolineatura nella funzione che la cultura assume come valore non solo conoscitivo; ma come valore - con le debite virgolette- "politico". Le istituzioni si qualificano e vivono per la loro cultura cioè per l'insieme di valori, di saperi, di prassi, di comportamenti, che ne costituiscono il collante. Quel discorso che prima ci ha fatto Giacomo Caliendo sulle rivendicazioni della nostra categoria, poggia sulla cultura. Se non possedessimo una cultura, non vi sarebbe ragione per non sostituire tutti i Giudici Tributari ogni nove anni ogni dieci; ma con questo rinnovo di perderebbe un patrimonio culturale.

Ed ancora: la cultura comune porta all'unità del corpo giudiziario e quindi rende anacronistiche particolar vantaggi che ancora oggi esistono per alcune categorie di Giudici Tributari, tra cui i Magistrati Ordinari cui io appartengo.

E portando il problema della cultura al concreto come facciamo oggi con il tema della legittimità dell'accertamento basato su indagini bancarie, toccheremo con mano il gioco delle diverse componenti della giustizia tributaria: il ruolo attivo che assume la giurisprudenza di merito proponendo anzi affermando soluzioni che dissentono rispetto a quelle della giurisprudenza di legittimità. Per questo a quel massimario a cui precedentemente qualcuno ha cortesemente accennato, e chi desidera può ricevere, della giurisprudenza di Cassazione si è affiancato un massimario di Giurisprudenza di merito, certo meno completo perché si basa su l'invio volontario di sentenze da parte di colleghi, ma che serve a alimentare un dialogo e quindi un approfondimento, a sottolineare il ruolo attivo della giurisprudenza di merito nell'elaborazione della nostra problematica.

Problemi che la Cassazione non può affrontare con la concretezza dell'oggi, perché si occupa di fatti remoti. Ho qui una sentenza importantissima per i principi che afferma, in tema di rilevanza di norme comunitarie, ma che nel concreto riguarda un prelievo sugli zuccheri importati. Credo che sia prelievo soppresso da chissà quanti anni. Ed ecco quindi da un magistrato di Cassazione non ci si può aspettare l'attualità: per noi è attualissima l'IGE.

*L'utilizzo ed i modi di acquisizione dei dati bancari*

Il mio intervento sarà -come già accennato- probabilmente fonte di delusione per gli operatori che mi ascoltano, e che si attendono -presumo- un esame dell'attuale assetto normativo degli "accertamenti bancari", nei suoi riflessi sull'avviso di accertamento.

La responsabilità di questa delusione ricade per altro, almeno per la gran parte, sull'amico Alfiero Riccarelli organizzatore di questo incontro.

Invero chi desideri una disamina del diritto vigente non deve ricorrere -come relatore- ad un consigliere della Corte di Cassazione, organo giudiziario che abitualmente si pronuncia su fatti risalenti quanto meno di una decina di anni, applicando norme pur esse sovente superate dal decorso del tempo, che sempre più celermente, specie nel settore tributario, cancella disposizioni, modifica dizioni legislative.... non poche volte con ondeggiamenti scarsamente comprensibili (si pensi alle alternanti modifiche legislative in tema di accatastamento delle centrali elettriche).

Ma di cosa può parlare un giudice della Cassazione?

Di taluni problemi che l'applicazione giudiziaria del diritto tributario costantemente ripropone, del modo in cui questi problemi si atteggiano in relazione agli accertamenti bancari.

Due di questi snodi balzano immediati alla nostra attenzione: la legalità della prova, che costituisce il cuore del mio intervento, e la valutazione presuntiva degli elementi di



causa (che è stata trattata dal Prof. Miccinesi).

Ho utilizzato impropriamente il termine “legalità della prova”; dal momento che il tema del mio intervento parla -giustamente- di legittimità dell’avviso di accertamento.

Invero le indagini bancarie suscitano ben raramente il problema della legalità della prova dal momento che esse quasi mai costituiscono uno strumento di prova formato nel corso del processo; mediante l’applicazione del primo comma dell’art. 7 del D. Leg. 546/1992, che -come noto- autorizza il giudice tributario ad esercitare tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari ed all’ente locale da ciascuna legge d’imposta.

Nella quasi totalità dei casi l’indagine bancaria viene invece compiuta al di fuori del processo e anzi prima del processo; nel processo non entra dunque l’indagine bensì il documento in cui il frutto dell’indagine è cristallizzato e -per così dire- “raccontato”.

In relazione a tale documento, si pone in senso proprio il quesito della legalità della prova, che dovrà essere vagliata in base alle regole comuni che disciplinano la produzione e la acquisizione di documenti nel giudizio.

Il più delle volte nel processo tributario non si discute però dalla “validità” del documento o della legalità della sua produzione in giudizio; ma della utilizzabilità degli elementi probatori che nel documento sono cristallizzati; oppure della legittimità dell’avviso di accertamento che sulla base di tali documenti è stato emesso dalla Amministrazione.

Una volta accertatane la validità, o meglio la utilizzabilità ai fini processuali di quanto il documento ci dice, si passerà al problema oggetto della prima relazione di questa mattinata, cioè ai criteri, in genere presuntivi, attraverso cui sia (o meno) possibile dedurre dai fatti che il documento rende noti altri fatti: ad esempio dedurre dai movimenti di un conto corrente il reddito proprio di un professionista.

Si tratta di ordini di problemi strettamente connessi, ma concettualmente distinti.

Se la Amministrazione sorregge la sua pretesa riversando in giudizio un documento, il contribuente può formulare un considerevole numero di deduzione, che tento di formulare (senza alcuna pretesa di completezza) in via gradata:

a) contestare la ricevibilità della produzione stessa (ad esempio affermando che essa è tardiva);

b) contestare la genuinità del documento (ad esempio asserendo che è falso, disconoscendo che esso sia copia di atti realmente esistenti...)

c) contestare che questa produzione in giudizio sia idonea a sanare la invalidità dell’atto di accertamento che derivi dal fatto che tale avviso richiama il documento, senza allegarlo<sup>1</sup>.

d) contestare la utilizzabilità dei dati contenuti nel documento in quanto acquisiti illegittimamente (ad esempio attraverso un accesso in abitazione privata non debitamente autorizzato), argomentando da questa contestazione la illegittimità dell’avviso di accertamento, oppure la conseguente infondatezza della pretesa tributaria per difetto di prova; e) contestare che i dati contenuti nel documento costituiscano adeguata prova (anche presuntiva) del fatto impositivo.

La nostra attenzione al tema della rilevanza che assumono nel processo tributario le regole che disciplinano la acquisizione dei dati bancari in sede amministrativa, e dunque sul profilo che ho indicato come d).

Per la precisione, mi pare che il tema del mio intervento sia la acquisizione di dati bancari mediante indagini bancarie, compiute cioè presso l’istituto di credito; altra cosa è il problema dell’utilizzo di dati bancari acquisiti non a mezzo di indagini bancarie, ma e reperiti presso il contribuente o presso terzi<sup>2</sup>, o acquisiti in via derivata dagli atti di un processo penale o civile.

*Legalità o attendibilità della prova?*

Si riflettono sulla discussione relativa alla utilizzabilità della prova illegittimamente assunta, tensioni antiche, oserei dire “ataviche”; l’eterno contrasto fra garantismo e sostanzialismo, nonché la problematica -più moderna almeno per il nostro Paese- della “parità delle parti”.

Invero nel rapporto di imposta il creditore è fortemente avvantaggiato sul debitore in tutta la fase amministrativa di accertamento. Questa fase assume poi un considerevole rilievo pratico in un processo caratterizzato, come già si è detto, dall’ampio e prevalente utilizzo di prove “precostituite” al di fuori del processo stesso; dalla circostanza che

le prove documentali possono esser liberamente prodotte –nel processo tributario e solo nel processo tributario- anche in grado di appello; dallo scarso rilievo che assumono le prove costituite in giudizio, specie a fronte del divieto di assunzione di prove testimoniali. Dunque la disparità delle parti nel rapporto sostanziale tributario, si riflette se non in una disparità certo in una scarsa parità delle parti nella vicenda processuale.

Simile squilibrio viene, nella giurisprudenza più recente, in qualche misura corretto attraverso l'affermazione secondo cui nel processo tributario possono aver ingresso solo le prove raccolte con atti amministrativi conformi alla legge (di particolare rilievo è, in proposito la pronuncia delle Sezioni Unite n. 16424 del 21 novembre 2002 cui si può affiancare la sentenza della sezione tributaria n. 1543 del 3 febbraio 2003)<sup>3</sup>.

Riaffiora, per altro, periodicamente un filone secondo cui in materia tributaria non vige il principio, proprio invece nel codice di procedura penale, che rende inutilizzabile la prova acquisita irrualmente; e quindi gli organi di controllo potrebbero utilizzare tutti i documenti dei quali siano venuti in possesso salvo la verifica della attendibilità, in considerazione della natura e del contenuto dei documenti stessi, e dei limiti di utilizzabilità derivanti da eventuali preclusioni di carattere specifico (sentenza n. 8273 del 26 maggio 2003; spunti in questo senso sono presenti anche nella sentenza n. 4987 del 1° aprile 2003)<sup>4</sup>. Con il che, tenuto conto della circostanza che gli atti di raccolta della prova non sono autonomamente impugnabili<sup>5</sup>, le leggi che disciplinano la attività istruttoria della Amministrazione verrebbero degradate al rango di “nuda consilia”.

Mi pare perciò si debba dar per scontato il principio della legalità del mezzo di prova, che costituisce uno strumento per ricondurre il rapporto fra le parti ad un ragionevole equilibrio, ancorchè non a quella parità che sembrerebbe imposta dal “nuovo” art. 111 Cost. ma che certo è nel processo tributario un mito.

La esatta portata di simile impostazione non è ancora stata compiutamente esplorata; ci si deve infatti domandare se la violazione di ogni adempimento imposto dalla legge comporti inutilizzabilità della prova; o se non invece si debba distinguere fra inadempimenti che comportano la violazione di diritti del contribuente, cioè inadempimenti a regole di “garanzia” e perciò rilevanti, ed inadempimenti a regole prive di simile radice, la cui violazione quindi non inciderebbe sulla utilizzabilità della prova<sup>6</sup>.

Ma prima ancora dobbiamo domandarci se l'accertamento bancario sia disciplinato dalle regole giuridiche vigenti al momento in cui viene posto in essere, o da quelle vigenti nel periodo storico cui l'accertamento si riferisce.

In altre parole, e venendo all'attualità: ove la Amministrazione acquisisca oggi dei dati utilizzando le modifiche introdotte dall'art. 1, commi 402 e 403, della legge Finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311, rispettivamente agli artt. 32 del D.P.R. n. 600/1973 e 51 del D.P.R. n. 633/1972, questi dati possono essere utilizzati per accertare un maggior reddito, o un maggior imponibile Iva per gli anni 2002, 2003, ancorchè la legge vigente nel 2002 o nel 2003 non consentisse queste modalità di acquisizione dei dati, o addirittura di acquisire simili dati?

Una prima risposta la troviamo nei repertori in riferimento ad altri casi di successione di leggi nel tempo; ha affermato la Cassazione: l'art. 18 della L. 30 dicembre 1991, n. 413, che consente gli accertamenti bancari, previa autorizzazione dell' Ispettorato compartimentale, costituisce non già una norma sostanziale, ma una norma procedimentale relativa all'acquisizione delle prove, la quale può spiegare i suoi effetti anche in ordine a rapporti pregressi. È, pertanto, legittimo l'avviso di rettifica relativo a dichiarazione Iva, riguardante annualità pregresse rispetto alla data di entrata in vigore della citata L. n. 413 del 1991, fondato su di un'indagine bancaria relativa a dette annualità<sup>7</sup>.

La risposta mi par persuasiva in riferimento a norme meramente procedurali; più delicato è il problema della applicazione “retroattiva” delle presunzioni, che non sono istituti meramente procedurali.

Mi spiego, la Finanziaria 311/2004 non ha solo accresciuto le ipotesi di accertamenti bancari e finanziari, ha anche stabilito –almeno secondo la interpretazione corrente- che le presunzioni ricavabili da questi dati siano opponibili solo ai contribuenti che percepiscano “ricavi”, ma anche a quelli che percepiscano “compensi” (cioè ai lavoratori autonomi). Ora, altro è dire che il professionista è ora esposto alla possibilità che la Amministrazione acquisisca dati relativi alla sua attività anteriore al 1° gennaio 2005, altro è affermare che di fronte a questi dati scatta la presunzione secondo cui essi rive-

lano entrate tassabili “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”.

*Legalità delle indagini ed inutilizzabilità dei risultati*

Possiamo così dire di aver superato il primo dei possibili scogli: ma affiorano altri –e più complessi- problemi.

Occorre domandarsi: la violazione di qualsiasi regola che disciplina la attività amministrativa di accertamento, determina la inutilizzabilità dell’accertamento stesso?

O si deve distinguere fra regola e regola? Ed in base a quale criterio?

Il primo criterio che ci balza alla mente è quello della attendibilità; determinerebbero cioè la inutilizzabilità della documentazione solo quelle regole che sono poste a garanzia della attendibilità, della credibilità della prova. Si tratta per altro di un criterio palesemente troppo restrittivo, che si risolverebbe nella sostanza nella piena utilizzabilità in linea di principio di ogni strumento di prova comunque acquisito, essendo di per sé evidente che esso risulta inutile (più che inutilizzabile) ove le modalità con cui sia stato formato ne inficino la attendibilità.

Se abbandoniamo questa prima tesi che potremmo considerare espressione del principio cinico ed efficace “male captus sed bene retentus”, ci troviamo di fronte alla tesi contrapposta secondo cui ogni irregolarità determina inutilizzabilità. Anche questa seconda tesi viene però, e mi pare ragionevolmente respinta come eccessivamente formalistica.

Ci si trova così costretti ad una disamina caso per caso per valutare gli interessi, i valori che ogni singola norma tutela e quindi considerare se essi siano posti a garanzia del contribuente o a garanzia di altri interessi ed altri valori che non comportino la inutilizzabilità della documentazione acquisita. Senza che sia necessaria la esplicita previsione legislativa della inutilizzabilità (o nullità della prova illegalmente acquisita)<sup>8</sup>.

Un esempio in proposito è costituito dalle norme che disciplinano la messa a disposizione della Amministrazione finanziaria di dati e documenti acquisiti nel processo penale. Che interessi tutela il sistema di autorizzazioni da parte della autorità giudiziaria previsto per tale “trasmigrazione”?; un interesse (magari alla riservatezza) dei soggetti coinvolti o un interesse inerente all’efficienza ed efficacia del processo penale, alla “riservatezza” di esso? E’ ovvio come solo se si imbocca la prima strada si perviene ad una valutazione di inutilizzabilità del documento in sede tributaria, mentre se si accedeva al secondo corno del dilemma la soluzione è opposta<sup>9</sup>.

Un nodo in qualche misura simile si pone in ordine alla individuazione dei soggetti che le garanzie tutelano; esse tutelano cioè soltanto colui che costituisce l’oggetto primario dell’indagine, o ogni soggetto nei cui confronti i risultati dell’indagine possono essere utilizzati?.

Occorre ribadire che qui ci poniamo solo il problema della astratta utilizzabilità dei dati acquisiti e non il problema della loro rilevanza probatoria, cioè della sussistenza o meno di indizi che inducano ad esempio a ritenere che quel determinato conto corrente, di cui è stata legittimamente acquisita la documentazione, è riconducibile non all’intestatario, per così dire, “formale”, ma ad altro soggetto, ad esempio che il conto corrente del coniuge non imprenditore fosse in realtà utilizzato dal coniuge imprenditore<sup>10</sup>.

La giurisprudenza di merito si è espressa in proposito in senso diremmo ultragarantista sancendo che nell’espletamento di accessi, ispezioni o verifiche in locali adibiti anche ad abitazione, siano rivenuti documenti extra-contabili non riferibili al contribuente nei confronti del quale l’attività di accertamento viene svolta, tale documentazione non può essere acquisita se non previa nuova e specifica autorizzazione da darsi dal Procuratore della Repubblica, ovvero dalla autorità più vicina, in ragione del diverso soggetto e addirittura del contenitore (nella specie, borsa di pelle)<sup>11</sup>. Ma la giurisprudenza della Cassazione appare assai più corriva ad ammettere l’utilizzo nell’accertamento relativo ad un contribuente dei dati raccolti in relazione ad altro soggetto, con una attività amministrativa corretta solo in relazione alla posizione del secondo soggetto. Ferma restando –lo ribadisco- l’esigenza che la Amministrazione dimostri, anche con la prova presuntiva, ad esempio che il conto corrente del socio era in realtà uno strumento operativo della società<sup>12</sup>.

In sostanza: l’Amministrazione può procedere alla ricostruzione del reddito di un contribuente utilizzando dati anche bancari acquisiti presso altri contribuenti, senza che sus-

sista alcun obbligo di contestare tali dati al contribuente o agli estranei presso cui sono stati acquisiti. Occorre, tuttavia, la prova anche presuntiva del fatto che i movimenti bancari formalmente intestati ad un terzo in realtà sono attribuibili all'imprenditore o che le operazioni economiche documentate fra il terzo e l'imprenditore hanno inerenzia alla attività di impresa. In simile valutazione il contribuente può addurre elementi a sostegno delle proprie tesi, e debbono essere prese in considerazione dal giudice anche eventuali dichiarazioni del terzo, pur se rilasciate al contribuente o a chi lo assiste<sup>13</sup>.

Occorre, del resto, sottolineare che a seguito della legge 311/2004 è scomparso il riferimento contenuto nei n. 2 e 7 del secondo comma dell'art. 51 del D.P.R. 633/1972 (e nell'art. 32, Dpr. n. 600/1973) ai "conti intrattenuti con il contribuente", dagli istituti di credito ed oggi si parla di conti intrattenuti con i clienti degli istituti stessi; è quindi esplicitamente consentito chiedere conto al contribuente di operazioni risultanti da documentazione riferibile ad altri clienti dell'operatore finanziario<sup>14</sup>.

#### *Le autorizzazioni alle indagini bancarie*

Per quanto attiene alle autorizzazioni necessarie per gli accertamenti bancari la Cassazione ha affermato che l'autorizzazione dell'Ispettore compartimentale (o, per la Guardia di finanza, del Comandante di zona), prevista dall'art. 51, comma 2, n. 7), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, attiene ai rapporti interni degli uffici ed in materia tributaria non vige il principio (presente nel codice di procedura penale) della inutilizzabilità della prova irritalmente acquisita, ben possono essere utilizzati ai fini dell'emissione di un avviso di accertamento (e nel successivo processo tributario) le copie dei conti bancari intrattenuti da una banca con il contribuente, acquisite dall'ufficio tributario presso l'istituto bancario in difetto della suddetta autorizzazione<sup>15</sup>. La sentenza in si può coordinare con le affermazioni contenute nella già ricordata pronuncia delle SS.UU. n. 16424, che ha affermato l'inutilizzabilità delle prove non ritualmente assunte, sottolineando che nel caso di specie l'irritualità riguardava forme di coordinamento interno degli uffici, e non una garanzia posta a tutela del contribuente.

Comunque si deve porre in evidenza che la Cassazione è invece abbastanza ferma nel sostenere che i dati acquisiti attraverso accessi domiciliari compiuti senza le necessarie autorizzazioni amministrative non sono utilizzabili, ed addirittura il giudice tributario può (e deve) sindacare che l'atto autorizzativo sia congruamente motivato<sup>16</sup>.

Su questa scia la giurisprudenza di merito ha affermato che anche la "richiesta e il provvedimento di autorizzazione all'acquisizione dei dati bancari sono atti amministrativi che, in quanto tali, vanno motivati: la mancata produzione in giudizio da parte dell'Ufficio di entrambi non permette alla Commissione di valutare i motivi in base ai quali, ancor prima dell'inizio dell'attività di verifica contabile, si rendeva necessario estendere ai singoli soci ed ai terzi estranei alla società l'acquisizione dei dati bancari a loro direttamente intestati<sup>17</sup>.

#### *Indagini bancari e principio del contraddittorio*

Secondo una diffusa, e significativa giurisprudenza di merito, l'Amministrazione Finanziaria ha, l'obbligo di instaurare con il contribuente ai sensi dell'art. 32, comma 2, n. 2 - Dpr. n. 600/1973 il contraddittorio sui dati bancari acquisiti, al fine evidente di consentire allo stesso di fornire chiarimenti e precisazioni sulle risultanze emerse. Ciò è preliminare a qualsiasi ulteriore attività di accertamento. Ed il contraddittorio istaurato con la società non è sufficiente per giustificare la utilizzabilità dei dati nei confronti dei singoli soci<sup>18</sup>. Ed ancora: la normativa vigente impone agli uffici (art. 32, comma 1, numeri 2 e 8, e comma 2, D.P.R. n. 600/1973, artt. 51 e 52, D.P.R. n. 633/1972) di utilizzare notizie, documenti e dati rilevanti che potranno essere posti a base delle rettifiche e degli accertamenti solo se notificati al contribuente e "se il contribuente non dimostra che non hanno rilevanza"; ed inoltre "le richieste fatte e le risposte ricevute devono risultare da verbale sottoscritto anche dal contribuente". È perciò illegittimo l'accertamento emesso sulla base di documentazione bancaria, senza che al contribuente sia stato nelle debite forme "invitato" o "richiesto" di fornire chiarimenti. Inoltre per adempiere all'obbligo, gravante sulla Amministrazione, di procedere nel necessario contraddittorio con il contribuente non è sufficiente una "telefonata" del contribuente stesso (tra l'altro non essendo possibile l'identificazione certa dell'interlocutore da parte dell'Ufficio)<sup>19</sup>. Verrebbe così ad assumere corpo una sorta di contraddittorio procedurale se non processuale<sup>20</sup>, che può sembrare meglio risponda alle esigenze ed ai valori cui è ispirata la

moderna legislazione tributaria. Si pensi al rilievo che questa attività di contraddittorio preprocessuale può assumere ai fini di procedere ad un accertamento per adesione; alla utilità di simile confronto ove la Amministrazione utilizzi dati, come la legge 311/2004 maggiormente consente, riferibili a soggetti diversi dal contribuente. Al rilievo che il contraddittorio può assumere per il superamento delle presunzioni poste dalla legge<sup>21</sup>.

Si può ricordare che con riguardo alla procedura di determinazione induttiva dell'ammontare dei ricavi e dei compensi sulla base di coefficienti presuntivi, disciplinata dall'art. 12 del D.L. 2 marzo 1989, n. 69 (convertito, con modificazioni, nella L. n. 154 del 1989), la sanzione della decadenza dal potere di accertamento, nel caso in cui l'ufficio avesse proceduto alla rettifica omettendo la priver richiesta di chiarimenti al contribuente, è stata introdotta dall'art. 7 della L. 30 dicembre 1991, n. 413, il quale ha integralmente sostituito l'art. 12 citato "a partire dagli accertamenti relativi al primo periodo di imposta avente inizio successivamente al 31 dicembre 1991"; a sua volta, l'art. 62 *quarter* del D.L. 30 agosto 1993, n. 331 (convertito, con modificazioni, nella L. n. 427 del 1993) il quale ha nuovamente sostituito il comma 1 del suddetto art. 12, ha previsto la nullità dell'accertamento effettuato senza il menzionato adempimento, disponendo l'applicabilità della nuova disciplina a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore della citata legge di conversione<sup>22</sup>.

La Giurisprudenza della Cassazione appare però attestata su posizioni più attente alle esigenze degli uffici finanziari. Ha quindi affermato che in tema di accertamento delle imposte sui redditi d'impresa, ai sensi dell'art. 39 del D.P.R. n. 600 del 1973, qualora l'Amministrazione finanziaria abbia raccolto dati e notizie relative ai conti correnti bancari di una società commerciale, ai sensi dell'art. 32 del suddetto D.P.R. n. 600, la validità dell'accertamento non è subordinata alla preventiva comunicazione di specifiche contestazioni alla contribuente, riguardo a singoli elementi dei detti conti, atteso che tali richieste costituiscono una facoltà e non un onere per l'Ufficio e che il contribuente può fornire la prova contraria, anche nel successivo giudizio contenzioso, facendo - in tal modo - venir meno la presunzione stabilita, in caso di mancata risposta agli inviti dell'Ufficio, dall'art. 32, comma 3, del citato D.P.R.<sup>23</sup> In tema di accertamento dell'Iva, l'invito al contribuente, previsto dall'art. 51, comma 1, n. 1, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, costituisce per l'Ufficio finanziario una mera facoltà, da esercitarsi in piena discrezionalità, e non un obbligo. Dal mancato esercizio di tale facoltà non deriva quindi alcuna illegittimità della rettifica operata in base ai relativi accertamenti, né scade a presunzione semplice la presunzione legale posta dalla norma, che consente di riferire i movimenti bancari all'attività svolta dal contribuente, gravando su quest'ultimo l'onere di fornire la prova contraria. Ciò non compromette affatto, tuttavia, il diritto di difesa del contribuente, potendo esso far valere le sue ragioni in sede contenziosa a norma dell'art. 32 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, depositando documenti e memorie fino alla data di trattazione del ricorso in primo grado<sup>24</sup>.

La Cassazione ritiene cioè che l'utilizzazione a fini fiscali della documentazione bancaria non è subordinata alla convocazione del contribuente affinché spieghi le operazioni verificate, in quanto nessuna norma imporrebbe, prima dell'accertamento, tale contestazione in sede amministrativa<sup>25</sup>.

I dati e gli elementi che risultino dai rilievi compiuti sui conti bancari, ai sensi dell'art. 52 o 63 della L. n. 633 del 1972, e siano privi di riscontro nelle scritture dell'imprenditore danno luogo ad una presunzione a favore del Fisco, utilizzabile ai fini della ricostruzione della base imponibile Iva; tale presunzione non è subordinata alla richiesta di chiarimenti ed ad un contraddittorio in sede amministrativa, ed essa sarà superata (avendo natura relativa) nel momento in cui il contribuente fornirà la prova contraria. Ed ancora, l'attività accertativa della Guardia di finanza e degli uffici finanziari, avendo natura di attività amministrativa non è retta dal principio del contraddittorio, con la conseguenza che la mancata immediata contestazione al contribuente in sede di verifica dell'attività svolta finalizzata all'emissione dell'avviso di rettifica non sforma, per ciò solo, la pretesa impositiva di supporto probatorio<sup>26</sup>. E, ancora: quando procede ad accertamento delle imposte sui redditi, la Guardia di finanza non è tenuta ad acquisire elementi utili per la difesa del contribuente, avendo soltanto l'obbligo di cooperare con gli uffici delle imposte "per l'acquisizione ed il reperimento degli elementi utili ai fini

dell'accertamento dei redditi e per la repressione delle violazioni delle leggi sulle imposte dirette" (art. 33 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600). Tale attività avendo natura amministrativa, non è retta dal principio del contraddittorio, anche se sono previste cautele per evitare arbitri e la violazione di fondamentali diritti del contribuente; né è retta dal principio di tipicità degli atti istruttori, atteso che, qualora ricorrano determinate condizioni, l'ufficio delle imposte può determinare il reddito di impresa "sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza" (art. 39 del D.P.R. n. 600/1973)<sup>27</sup>.

Un qualche sostegno a queste tesi può trarsi dal fatto che la legge 212/2000 (statuto dei diritti del contribuente) sembra rendere obbligatorio l'interpello del contribuente solo in caso di liquidazioni di tributi in base alla dichiarazione ed in caso di incertezze (art. 6, comma 5), e la sua informazione solo in caso di irrogazione di sanzioni (art. 6, comma 2)<sup>28</sup>.

*Conclusioni provvisorie:*

A me sembra che la giurisprudenza della Cassazione non colga appieno il senso di una evoluzione del sistema tributario che sempre più ricerca soluzioni conciliative, pensiamo al l'accertamento con adesione, a tutte le forme pre processuali di definizione, allo stesso annullamento d'ufficio.

Tutte queste formule sembrano dar per scontato un confronto non processuale, ma procedurale, fra contribuente e Amministrazione.

Forse la giurisprudenza della Cassazione è ancorata a una scelta "politica", politica tra virgolette non di partito (anche i giudici fanno scelte politiche, non c'è dubbio, ne fanno solo dovrebbero farle non partitiche).

Quando nel 1988 /89 la Cassazione si è rimangiata a sezioni unite tutta la sua precedente giurisprudenza sulla motivazione dell'avviso di accertamento ed ha praticamente detto che qualunque pezzo di carta che emetta l'amministrazione vale avviso di accertamento, ha fatto una scelta politica.

E così quando oggi la Cassazione dice nella sostanza: "post factum lauda" non importa se c'è stato il contraddittorio amministrativo, opera una scelta politica di salvezza delle esigenze del Fisco. E –scusate- anche un pochino forse mi sembra ormai immotivatamente di sfiducia nei confronti dell'amministrazione. L'argomento fondamentale a sostegno delle tesi sostanzialiste nelle camere di consiglio è spesso motivata con la sfiducia nella pubblica amministrazione. Si dice: fanno così male che se ci mettiamo a pretendere che facciano bene accogliamo sempre tutti i ricorsi, e siccome non possiamo accoglierli tutti...

Questa sfiducia mi par però, per fortuna, volta al passato, datata.

L'amministrazione oggi può reggere, meglio di quanto sarebbe avvenuto negli anni ottanta, una giurisprudenza che inviti ad attivare tutti gli strumenti di contraddittorio.

Io vorrei trasmettere accanto alle poche nozioni che ho buttato giù il senso di questa elaborazione dinamica: diceva Satta, la vita è processo, tutto è processo, e forse esiste solo il processo. Non esiste nulla fuori dal processo,, che a sua volta è oggetto di valutazione, di elaborazione, di riflessione, ed essendo noi giudici, di riflessione non solo teorica ma di riflessione pratica.

Dalle riflessioni sulla rilevanza delle norme sul contraddittorio nella fase procedurale, sono nate delle sentenze che passeranno al secondo grado, se non sono già di secondo grado e poi arriveranno in Cassazione.

E un giorno la Cassazione dovrà pronunciarsi avendo di fronte una tesi articolata precisa, mi riferisco ad alcune delle sentenze di merito di cui abbiamo parlato, veramente argomentate a fondo e che quindi costringono a riflettere; la Cassazione potrà ribadire la sua linea, potrà modificarla; tante linee della Cassazione sono state riviste.

Sul rapporto dialettico fra giudice di merito e giudice di legittimità ci è un grande lavoro da fare. E convegni come questo sono uno strumento importantissimo.

Ci diamo allora appuntamento a Firenze, per una seconda tornata con ad oggetto: l'avviso di accertamento questo sconosciuto.

**Note:**

<sup>1</sup> Cfr. la sentenza della Cassazione n. 6201 del 22 marzo 2005

<sup>2</sup> Partendo dal presupposto affermato dal giudice penale in una vicenda nella quale il contribuente è stato coinvolto, in forza del quale il semplice possesso di documentazione bancaria priva di intestazione non costituisce prova sufficiente della sua riferibilità e della sua appartenenza alla persona che materialmente la detiene, ne consegue che resta priva di qualsiasi supporto probatorio l'affermazione dell'Ufficio, secondo cui la documentazione bancaria dapprima nascosta e poi recuperata dal contribuente comproverebbe che lo stesso è in possesso di un reddito notevolmente superiore a quello, estremamente esiguo, percepito in qualità di pensionato ed oggetto delle dichiarazioni Irpef ed Ilor rettificcate. Dec. n. 7149 del 26 settembre 2003 (dep. il 1° ottobre 2003) della Comm. trib. centr.

<sup>3</sup> Si badi però che ai sensi dell'art. 33, 3° comma, d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria per la trasmissione agli uffici dell'amministrazione finanziaria e per l'utilizzazione nel giudizio tributario dei dati, dei documenti e delle notizie penalmente rilevanti acquisiti dalla Guardia di finanza è posta a tutela della riservatezza delle indagini penali, non dei soggetti coinvolti nel procedimento medesimo o di terzi, con la conseguenza che la mancanza dell'autorizzazione, se può avere riflessi anche disciplinari a carico del trasgressore, non tocca l'efficacia probatoria dei dati trasmessi, né implica l'invalidità dell'atto impositivo adottato sulla scorta degli stessi (Cass. 17 dicembre 2001 n. 15914; nonché in termini Cass. 8 giugno 2001 n. 7791; Cass. 16 marzo 2001 n. 3852). In base alla sentenza n. 9320 del 11 giugno 2003 la violazione dell'art. 116 c.p.p. che individua l'organo competente ad autorizzare il rilascio di copie degli atti del processo penale non determina nullità o inutilizzabilità della prova così acquisita; perciò sono legittimamente utilizzabili nel giudizio tributario le copie gli atti di un processo penale, ancorché la relativa rilascio di copie, estratti e certificati, richiesti dall'Amministrazione finanziaria, sia stata rilasciata dal pubblico ministero anziché, come richiesto 116 c.p.p. dal giudice per le indagini preliminari precedente.

<sup>4</sup> Di particolare interesse appare la sentenza n. 11283 del 18 luglio 2003, secondo cui ove l'amministratore di una società utilizzi una autovettura di pertinenza della società stessa non è necessaria la autorizzazione del Procuratore della Repubblica per la acquisizione da parte di una pattuglia della Guardia di Finanza di documentazione extracontabile ("in nero") rinvenuta all'interno della autovettura stessa; ciò in quanto la verifica risulta effettuata all'interno di beni dell'impresa.

<sup>5</sup> Cfr. le sentenze della Cassazione n. 787 del 20 gennaio 2004 e n. 15305 del 30 ottobre 2002 in banca dati FiscoLine con rinvii e Commento di Enzo Di Giacomo

<sup>6</sup> Cfr. ad esempio, la sentenza n. 15723 del 21 ottobre 2003 secondo cui il verbale di ispezione e' atto istruttorio privo di autonomia nell'ambito dell'attività accertativa delle imposte sui redditi, la quale si concreta nell'accertamento, che e' l'atto definitivo della procedura, e come tale e' impugnabile. Tale accertamento, espressione di un'attività amministrativa non retta dal principio della tipicità degli atti istruttori, a norma dell'art. 39, secondo comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, può fra l'altro discendere, oltre che dal verbale di ispezione, da dati e notizie comunque raccolti o venuti a conoscenza dell'ufficio finanziario (nel caso di specie la Corte ha ritenuto correttamente motivata la sentenza di merito che faceva riferimento a quanto emerso attraverso questionario, senza attribuire rilievo al fatto che la ispezione si fosse conclusa senza la redazione di un regolare verbale). Cfr. altresì Cass. 27 ottobre 2000, n. 14200 r. secondo cui la norma che disciplina le formalità da osservare nello svolgimento, da parte degli uffici finanziari e della polizia tributaria, delle verifiche a carico dei contribuenti, contenuta nell'art. 52, 6° comma, d.p.r. 26 ottobre 1972 n. 633, non contempla la sanzione della nullità per l'inosservanza delle prescrizioni in essa contenute, ed in ogni caso i verbali di accesso, nel quadro dell'attività investigativa in cui si concretano le verifiche, hanno una rilevanza molto limitata, e lo stesso verbale finale di constatazione, con il quale detta attività si conclude, è atto espressivo di una valutazione riferibile non già all'amministrazione finanziaria ma ai funzionari verbalizzanti, in ragione di ciò non suscettibile di impugnazione autonoma dinanzi ai giudici tributari.

<sup>7</sup> Sentenza n. 7344 del 13 maggio 2003

<sup>8</sup> Russo, Manuale di diritto tributario, Il processo tributario, Milano, 2005, 180

<sup>9</sup> Sent. n. 9320 del 11 giugno 2003 La violazione dell'art. 116 del codice di procedura penale che individua l'organo competente ad autorizzare il rilascio di copie degli atti del processo penale non determina nullità o inutilizzabilità della prova che così non sia stata acquisita; perciò sono legittimamente utilizzabili nel giudizio tributario le copie degli atti di un processo penale, richiesti dall'Amministrazione finanziaria, anche se siano state rilasciate dal pubblico ministero anziché, come richiesto dall'art. 116 del codice di procedura penale, dal giudice per le indagini preliminari precedente. Ai sensi dell'art. 33, comma 3, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, l'autorizzazione dell'Autorità giudiziaria per la trasmissione agli uffici dell'Amministrazione finanziaria e per l'utilizzazione nel giudizio tributario dei dati, dei documenti e delle notizie penalmente rilevanti acquisiti dalla Guardia di finanza è posta a tutela della riservatezza delle indagini penali, non dei soggetti coinvolti nel procedimento medesimo o di terzi, con la conseguenza che la mancanza dell'autorizzazione, se può avere riflessi anche disciplinari a carico del trasgressore, non tocca l'efficacia probatoria dei dati trasmessi, né implica l'invalidità dell'atto impositivo adottato sulla scorta degli stessi (Cass. 17 dicembre 2001, n. 15914; nonché in termini Cass. 8 giugno 2001, n. 7791; Cass. 16 marzo 2001, n. 3852, tutte in banca dati "fiscoLine"). Sent. n. 7208 del 12 maggio 2003)

<sup>10</sup> Sent. n. 13819 del 18 settembre 2003

<sup>11</sup> Sent. n. 16 dell'8 marzo 2005 (dep. il 19 aprile 2005) della Comm. trib. prov. di Lucca, Sent. n. 141 del 28 agosto 2001 della Comm. trib. prov. di Grosseto (pres. e relatore Iannitelli); Sent. n. 26 del 22 novembre 2004, della Comm. trib. reg. della Puglia.

<sup>12</sup> Sent. n. 6232 del 18 aprile 2003

<sup>13</sup> Sent. n. 4423 del 26 marzo 2003 cfr. Cass. 6 novembre 2002, n. 15538 (in banca dati "fiscoLine"), Cass. 25 gennaio 2002, n. 903. Cfr. in particolare Cass. n. 8683 del 17 giugno 2002 (in banca dati "fiscoLine" e in "Rassegna Tributaria" n. 6/2002, pag. 2080, con commenti di M. Paganizzi e R. Lupi).

<sup>14</sup> Si veda la sentenza della Cassazione n. 8457 del 21 giugno 2001 secondo cui i movimenti bancari, per i quali l'art. 52, comma 2, nn. 2) e 7), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, contempla il potere dell'ufficio di acquisire notizie, anche tramite la Guardia di finanza, dagli istituti di credito e di presumere il riferimento ad operazioni tassabili in assenza di prova contraria, sono quelli "intrattenuti" dal contribuente, vale a dire dei conti le cui poste attive o passive siano al medesimo imputabili. Tali caratteri sussistono anche per i conti congiuntamente intestati al contribuente ed a un terzo.

<sup>15</sup> Sent. n. 4987 del 9 ottobre 2002 (dep. il 1° aprile 2003)

<sup>16</sup> Sent. n. 11283 del 25 febbraio 2003 (dep. il 18 luglio 2003)

<sup>17</sup> Sent. n. 362 del 1° dicembre 2003 (dep. il 6 febbraio 2004) della Comm. trib. prov. di Messina, **Commento di Carlo Ferrari**

<sup>18</sup> Sent. n. 362 del 1° dicembre 2003 (dep. il 6 febbraio 2004) della Comm. trib. prov. di Messina, Commento di Carlo Ferrari

<sup>19</sup> Sent. n. 8 del 18 giugno 2004 (dep. il 14 luglio 2004) della Comm. Trib. reg. Piemonte

<sup>20</sup> Sent. della Cassazione n. 8602 del 17 gennaio 2003: le disposizioni di cui agli artt. 350 del codice di procedura penale e 220 del D.Lgs. n. 271 del 1989 (norme di coordinamento del codice di procedura penale), secondo cui "quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice", trovano applicazione soltanto nell'ambito ed unicamente ai fini del processo penale; è pertanto infondata la doglianza del contribuente che aveva lamentato come la Commissione tributaria provinciale avesse "del tutto disatteso la disposizione che impone l'assistenza di un difensore prima di assumere sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte indagini".

<sup>21</sup> Di fronte alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, primo comma, numero 2), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi) – come sostituito dall'art. 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 463 del 15 luglio 1982 – nella parte in cui stabilisce «che i prelevamenti annotati nei conti bancari sono posti come ricavi se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario», la Corte Costituzionale ha affermato con sentenza n. 225 del giorno 8 giugno 2005 la legittimità della disposizione, ma ha sottolineato che "l'assunto del rimettente, relativo alla indeducibilità delle componenti negative dal maggior reddito d'impresa accertato in base alla norma impugnata, non solo è apodittico, ma risulta altresì smentito dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in caso di accertamento induttivo, 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". E soggiunge che "così interpretata, la norma si sottrae alla censura di violazione dell'art. 53 della Costituzione, risolvendosi, quanto alla destinazione dei prelievi non risultanti dalle scritture contabili, in una presunzione di ricavi *iuris tantum* suscettibile, cioè, di prova contraria attraverso la indicazione del beneficiario dei prelievi".

<sup>22</sup> Ne consegue che, poiché il legislatore, pur disciplinando l'attività di accertamento, ha chiaramente stabilito l'applicabilità delle norme sopravvenute con riferimento non alla data di svolgimento di detta attività, bensì ai periodi d'imposta da sottoporre a controllo, va escluso che le suindicate sanzioni (decadenza e poi nullità) per l'omessa richiesta di chiarimenti possano trovare applicazione per gli accertamenti relativi a periodi d'imposta diversi da quelli indicati, in particolare a quelli ricadenti sotto la previgente disciplina di cui al testo originario dell'art. 12 del D.L. n. 69 del 1989, il quale non prevedeva alcuna sanzione al riguardo (Cass. 27 marzo 2002, n. 4487)

<sup>23</sup> Sent. n. 7267 del 5 febbraio 2002 (dep. il 17 maggio 2002)

<sup>24</sup> Sentenze n. 13808 del 27 giugno 2005 e n. 8422 del 13 giugno 2002 (fra le tante)

<sup>25</sup> Cass. 10 gennaio 2001, n. 267. Si vedano le sentenze della Cassazione n. 11094 del 6 ottobre 1999 e 28 luglio 2000 n. 9954

<sup>26</sup> Cass. 3 marzo 2001 n. 3128. Anche Cass. 25 ottobre 2000, n. 14012 esclude la necessità di un contraddittorio precontenzioso

<sup>27</sup> Cass., 23 luglio 1999, n. 7964

<sup>28</sup> In ogni caso le norme di natura procedimentale della legge citata, che rendono obbligatorio l'interpello del contribuente in caso di liquidazione di tributi in base alla dichiarazione e in caso di incertezze (art. 6, comma 5) e la sua informazione solo in caso di irrogazione di sanzioni (art. 6, comma 2), non hanno efficacia retroattiva e, pertanto, non possono trovare applicazione con riferimento all'attività accertativa dell'Amministrazione finanziaria relativa a precedenti anni d'imposta (Cass. 12 ottobre 2001, n. 12462)

## *Analisi ed evoluzione legislativa dell'IRAP*

**Dott. *Ciro Maddaloni***  
*Direttore dell'Agenzia delle Entrate di Arezzo*

Vi porgo innanzitutto il saluto del nostro Direttore Regionale dottor Di Iorio e del nostro Direttore Regionale Aggiunto, dottoressa Francesca Lorenzi che non sono qui perché a Catanzaro in un meeting di studio organizzato dall'Agenzia delle Entrate. Io ed il Professor Fazzini abbiamo deciso di dare un taglio un po' diverso ai nostri interventi anche perché è sabato pomeriggio e con tanto caldo. Quindi il mio tempo lo utilizzerò solo per tirare la volata ai due argomenti che tratterà il professor Fazzini e che rivestono fondamentale importanza per una coerente osservazione del fenomeno "Irap": l'autonoma organizzazione e la legittimità costituzionale del tributo.

Una prima mia considerazione riguarda il rapporto che lega il ruolo istituzionale dell'Agenzia delle Entrate con l'Irap, e che consentirà di capire anche una parte della logica dell'Irap.

Il decreto legislativo n.446 del 15 dicembre 1997, istitutivo dell'Irap, con l'articolo 24 stabilisce che i poteri in materia di accertamento, liquidazione, riscossione, spettano all'Amministrazione Regionale.

Quindi *ictu oculi* l'Agenzia delle Entrate non sarebbe competente a gestire questa imposta regionale. Ma con una disposizione transitoria inserita all'articolo 25 del D.L.vo di fatto l'Agenzia delle Entrate, fino a quando una legge regionale non stabilirà le modalità di accertamento, liquidazione e di riscossione anche attraverso una convenzione con cui affidare a terzi la gestione di questa imposta, continuerà a occuparsi della gestione completa di questo tributo regionale, applicando le disposizioni in materia di imposte sui redditi. In Toscana la Legge Regionale è stata emanata ed in base ad essa è stata stipulata una apposita Convenzione firmata dal dottor Befera, Direttore della Direzione Centrale Amministrazione, delegato dal Direttore dell'Agenzia dr Raffaele Ferrara, e dal dottor Bidini dell'Ufficio Tributi della Regione e con essa agli Uffici dell'Agenzia delle Entrate della Toscana è stata affidata in pratica la gestione completa del tributo IRAP. E' una convenzione molto ben articolata e con essa sono stati regolati i rapporti tra Regione e Agenzia in attuazione della Legge Regionale n.32 del 20 marzo 2000. Quindi questa mia prima osservazione già evidenzia una regionalità effettiva e vera dell'imposta.

Una seconda osservazione che voglio fare subito è inquadrare il momento in cui è nata l'Irap, e questa osservazione vuole diventare una risposta a quanti, e sono moltissimi, rivolgono censure molto forti e pressanti al tributo, senza prestare attenzione alla ratio di questa imposta e alla sua logica portante. Vi anticipo subito che secondo me, al di là dell'odiosità da molti attribuita all'IRAP, dal punto di vista tecnico-tributario è una imposta geniale e cercherò di dare una motivazione a tale affermazione.

Nel 1997 il Fisco veniva da sette anni durissimi, attraversati dal condono ex "413", dalla Minimum Tax (CDL) introdotta e poi abrogata, dal modello 740 del 92 definito lunare, dall'accertamento con adesione a regime per anni pregressi, e poi a regime, dai coefficienti presuntivi e di congruità di ricavi e reddito, da un inizio di parametri: insomma il cittadino non ce la faceva più a dialogare con il fisco e soprattutto una miriade di adempimenti stava minando il rapporto di fiducia fisco-cittadino.

Proprio per questo, e per venire incontro a pressanti richieste di semplificazione degli adempimenti tributari, a qualcuno è venuta una idea brillante, geniale ritengo io, che aveva due obiettivi: razionalizzare una parte dei tributi esistenti, allargare la base imponibile operando sui fattori produttivi dell'impresa, addirittura cercando di indirizzare l'imprenditore sulla allocazione di alcune risorse in alcuni settori.

L'idea geniale in pratica si è sviluppata nella seguente maniera: sono stati costruiti una serie di canestri, per la precisione tre, e in ognuno di questi canestri sono stati inseriti i tre elementi essenziali delle imposte e tasse da sopprimere, l'ilor, l'imposta sul patrimonio netto, l'iciap, la tassa di concessione governativa per l'attribuzione del numero di partita Iva, le tasse di concessione comunali, i contributi per il Servizio sanitario nazionale. Gli elementi essenziali erano rappresentati dal presupposto, dalla base imponibile



e dall'aliquota e sono stati miscelati all'interno di ogni canestro, e trattati di fatto con un algoritmo informatico di tipo giuridico al fine di evidenziare un minimo comune denominatore; poi sono stati miscelati i canestri con i relativi tre minimi comuni denominatori per cercare di creare un'imposta che potesse sostituire tutte quelle precedenti abbracciandone i tratti degli elementi essenziali ritenibili come comuni. In effetti tale operazione, da me descritta in maniera inusuale, era già stata sponsorizzata dagli stessi contribuenti che comunque auspicavano una eliminazione di qualche IMPOSTA (ILOR che tanto contenzioso ha prodotto, basti pensare alla vexata quaestio degli agenti di commercio con le valutazioni di preponderanza del lavoro sul capitale) o una riduzione degli adempimenti (tassa sulla partita iva, ICIAP). La difficoltà vera per chi ha creato questa nuova imposta è stata quella di voler allargare la base imponibile, perché tutte le imposte eliminate non avevano nient'altro che una base imponibile ristretta e pochi soggetti passivi, invece il legislatore del '97, con l'introduzione dell'IRAP, ha aumentato i soggetti passivi e ha allargato la base imponibile attraverso un meccanismo che potesse intercettare fondamentalmente due cose: il costo del lavoro e gli oneri finanziari.

In verità anche gli uffici del Ministero delle Finanze aspettavano l'introduzione dell'IRAP come una soluzione a vari problemi operativi, ed anche io stesso e proprio perché avevo vissuto l'epoca dei mega adempimenti e l'epoca del mega contenzioso dell'ILOR degli "agenti di commercio" derivante da interpretazioni varie sul concetto di autonoma organizzazione, collegate al numero degli apprendisti e/o dal valore dei beni strumentali, e che addirittura portava gli uffici a dover capitalizzare i beni strumentali e a dover calcolare un reddito figurativo dell'agente, per poi verificare se il valore del capitale era preponderante rispetto al valore convenzionale attribuito al lavoro.

Di questo argomento vi parlerà fra poco il Professor Fazzini e questo significa che la nuova IRAP ha reiterato il concetto di autonoma organizzazione, di fatto ha reiterando anche la vexata quaestio precedente.

Passiamo ora a osservare la struttura del decreto legislativo sull'IRAP: il decreto legislativo ovviamente sfrutta la legge delega di base in cui sono stati ovviamente esplicitati tutti gli elementi essenziali della nuova imposta. L'articolazione del decreto legislativo è molto semplice e consente una immediata comprensione della struttura totale: ha un titolo primo con 45 articoli di cui fondamentali sono i primi sei, tutti gli altri possono ritenersi di corollario, anche se ugualmente essenziali. L'articolo 1 definisce l'istituzione dell'imposta, l'articolo 2 definisce il presupposto poi vi è la definizione della base imponibile, la determinazione del valore della produzione... e poi così via tutto il resto. Purtroppo l'imposta già esordisce in maniera difficoltosa in quanto già l'articolo uno ha una serie di problemi perché recita "è istituita l'imposta regionale... ha carattere reale, e non è deducibile dalle imposte dirette" e da qui nasce la prima censura di odiosità che molti fanno all'imposta. Ma molti dimenticano che la volontà del legislatore era quella di creare un'altra base imponibile, cioè voleva diversificare proprio le imposte sul reddito, voleva creare un'altra cosa, non voleva tassare l'utile, si voleva completamente disoccupare della redditività, volendo invece andare a tassare, tout court solo alcuni fattori della produzione che già venivano tassati in precedenza a prescindere se vi era utile o meno. Ma tant'è e quindi nasce la prima eccezione di incostituzionalità in quanto si consolida l'idea che essa deve ritenersi deducibile perché è un'imposta che attiene, inerisce, proprio all'attività di impresa e, ovviamente, il contenzioso già gonfia in relazione al solo articolo 1.

L'articolo 2 dice che presupposto non è il possesso di un reddito, ma a differenza delle altre imposte è "l'esercizio..." che è una cosa diversa dal reddito, esercizio abituale di una attività commerciale, o professionale, autonomamente organizzata..

La prima versione dell'articolato non prevedeva, giustamente, la definizione "organizzata in maniera autonoma" che invece è stata inserita in un secondo momento di formazione della legge; e non era stata inserita proprio perché con essa sarebbero sorti numerosi problemi. Infatti il legislatore inizialmente aveva capito i pericoli e non aveva scritto le parole..., cioè non c'era bisogno che l'attività fosse organizzata in maniera autonoma, ma poi successivamente è spuntato il solito concetto organizzativo che ha prodotto numerose istanze di eccezione di incostituzionalità, una decisione della Corte Costituzionale, vari rinvii al giudice di merito e quindi incominciando un'altra volta la vecchia storia dell'Ilor degli agenti di commercio, valutazione di lavoro e capitale.

Inoltre, secondo me, il concetto di autonoma organizzazione non ci doveva essere nell'art.2 anche perché l'art.3 successivo indica molti più soggetti passivi delle vecchie imposte abolite, quindi il legislatore poteva anche sbagliare l'impostazione di questa legge, però sicuramente le finalità ce l'aveva ben chiare e cioè che voleva colpire l'esercizio... a prescindere dall'autonoma organizzazione, ed inoltre aveva elencato i soggetti passivi in un articolo con molte lettere. Ma anche l'art. 3 ha prodotto altri problemi interpretativi dei quali ve ne citerò uno.

Normalmente quando si definisce la base imponibile di una imposta e l'oggetto, si fa riferimento ad un reddito o ad una certa situazione produttiva di reddito, invece l'IRAP è un'imposta che colpisce il valore della produzione netta.

E' facile intuire che il cittadino abbia avuto difficoltà a capire su che cosa paga l'Irap; noi addetti lo sappiamo cosa significa valore della produzione netta, perché il codice civile al 2425 quando tratta del conto profitti e perdite, nella parte dell'attività, alla lettera A ha proprio scritto le parole "valore della produzione netta". Quindi chi fa un'attività professionale di tipo tributario conosce cosa sia questo valore della produzione netta.

La difficoltà quindi della definizione del valore della produzione netta ha costretto il legislatore a dover scrivere in relazione a ogni singolo soggetto passivo, che aveva elencato in precedenza, la base imponibile. Pertanto dopo i primi articoli iniziali il legislatore ha inserito una serie di articoli dove ha esplicitato la determinazione del valore della produzione netta per i variegati soggetti indicati all'art. 3 (società di capitali, società semplici, esercenti di attività di lavoro autonomo o di commercio etc), ed ha elencato esattamente quale era questo valore che doveva essere soggetto a tassazione.

E lì chiaramente sono usciti fuori i principi che regolano la contabilità ordinaria agli effetti per le imposte dirette. Ecco perché molti hanno incominciato a sostenere che l'Irap attiene proprio all'impresa, tanto è vero che la norma che determina il valore della produzione netta lo fa adottando i principi di bilancio propri delle imposte dirette, e quindi da una parte la norma ha elencato cosa va nelle attività, e dall'altra ha elencato i costi detraibili, ma non tutti i costi utilizzati agli effetti delle imposte dirette in quanto qualche costo non va inserito e più precisamente, fra gli altri, il costo del lavoro e gli interessi passivi; da tutto ciò la richiesta diffusa di deducibilità dell'IRAP ai fini delle Imposte Dirette.

La questione ovviamente non è di poco conto ed il tempo a mia disposizione sta terminando.

Voglio terminare queste mie brevi osservazioni per riferirvi anche sull'impatto delle problematiche IRAP con gli uffici dell'Agenzia delle Entrate anche se in questa sede non mi è possibile allargare la mia osservazione o fare delle considerazioni un po' più importanti e ciò in quanto nella struttura dell'Agenzia delle Entrate tale osservazione può essere effettuata solo a livello centrale, ma posso limitarmi ad alcune considerazioni consolidate.

Sapete tutti perfettamente che in questi giorni articoli di giornale anticipano eliminazioni o riduzioni dell'Irap forse in tre anni, ma ovviamente in ballo vi sono una serie di grossi problemi con cui una modifica dell'IRAP dovrebbe fare i conti. Chi tratta con professionalità questi argomenti sa che l'aspetto economico della questione non è di poco conto, sa che ci sono numerose richieste di rimborso di contribuenti che si trovano in vari gradi di giudizio, in ordine alle quali in caso di soccombenza l'erario avrebbe un aggravio notevole, sa che il contenzioso in atto sui vari aspetti è di non poco conto e la trattazione in corso dello stesso ha assunto la caratteristica di "serialità": ecco, il mio auspicio è che tale contenzioso perda tale caratteristica perché ciò significherebbe la risoluzione definitiva di una serie di ripetute problematiche.

## *L'IRAP con particolare riferimento ai redditi di lavoro autonomo*

**F**in dalla sua introduzione nell'ordinamento tributario<sup>1</sup>, l'IRAP è stata percepita dalla collettività in generale, e più in particolare dai soggetti cui direttamente si rivolge - imprenditori e professionisti - come un tributo profondamente ingiusto.

Se è vero, infatti, che nessun tributo, in quanto tale, può essere accolto con entusiasmo da parte dei contribuenti, non vi è dubbio che l'IRAP possieda caratteristiche tali per cui, agli occhi di questi ultimi, essa appare come un'imposta assolutamente irrazionale.

In altri termini, si tratta di un tributo dotato, per così dire, di scarso *appeal*, soprattutto nei confronti dei "non addetti ai lavori".

Una delle critiche più ricorrenti mosse, in tal senso, all'imposta regionale sulle attività produttive è quella relativa alla indeducibilità delle spese sostenute per le retribuzioni dei dipendenti e dei collaboratori: l'IRAP viene, infatti, percepita come una vera e propria imposta sul lavoro impiegato nell'attività produttiva e come tale considerata ingiusta.

Altro aspetto da cui deriva la considerazione dell'IRAP quale tributo assolutamente irragionevole è quello per cui tale imposta ha la caratteristica di poter anche colpire soggetti la cui attività produce perdite di esercizio (e non reddito).

Un'ulteriore critica riguarda, poi, l'impossibilità di dedurre gli interessi passivi; elemento, quest'ultimo, che rappresenta, agli occhi dell'opinione pubblica prevalente, un inspiegabile ostacolo alla volontà di crescita e sviluppo delle imprese.

D'altro canto, non bisogna dimenticare che l'introduzione dell'IRAP nel nostro ordinamento è stata il frutto di approfonditi lavori preparatori e di un'ampia elaborazione teorica.

Invero, l'istituzione dell'IRAP costituisce uno dei tasselli fondamentali della riforma fiscale attuata nel 1997- '98 allo scopo, da un lato, di sopprimere e sostituire alcuni tributi, quali ad esempio l'ILOR, l'imposta sul patrimonio netto delle imprese, l'ICIAP, nonché le tasse di concessione comunale e soprattutto i contributi sanitari, dall'altro, di dotare le regioni di un tributo proprio il cui gettito fosse idoneo a finanziare la spesa sanitaria.<sup>2</sup>

Ogni elemento dell'imposta - compresi quelli giudicati dall'opinione pubblica come i più negativi - è stato quindi ben ponderato, attraverso un confronto tra autorevoli rappresentanti della scienza giuridica e di quella economica, ed ha pertanto una propria giustificazione teorica.

Come è stato autorevolmente osservato, "l'applicazione di un prelievo impositivo su un soggetto" che non produce reddito, ma perdite d'esercizio, si giustifica "per la sussistenza di un dominio sui fattori della produzione, o comunque per una valutazione oggettiva della forza economica rappresentata dall'esistenza di una organizzazione produttiva".<sup>3</sup>

Per quanto, invece, attiene all'aspetto relativo alla indeducibilità degli interessi passivi e dei costi relativi al personale, essa trova il proprio fondamento nella circostanza che l'IRAP colpisce le remunerazioni dei fattori della produzione e, quindi, oltre ai profitti o ai guadagni dell'organizzatore della produzione, anche gli interessi e i salari, i quali sono quindi indeducibili dalla base imponibile.<sup>4</sup>

Se, pertanto, per le ragioni sopra evidenziate, l'opinione pubblica prevalente auspica la soppressione dell'IRAP e parte della dottrina propone che almeno vengano "corretti" alcuni elementi dell'impianto normativo del tributo, la Corte Costituzionale, dal canto suo, continua a sostenerne la legittimità.

A mio avviso difficilmente si potrà pervenire, per scelta del nostro legislatore, almeno nel breve termine, alla soppressione di tale imposta. Essa, infatti, garantisce un gettito di trentatré - trentaquattro miliardi di euro l'anno, destinati a finanziare il sistema sanitario nazionale. Si tratta, cioè, di un tributo che non può essere abrogato e sostituito con facilità. Al più, ci si potrà attendere un intervento correttivo volto a rendere totalmente

**Prof. Enrico  
Fazzini**

*Docente di Diritto  
Tributario  
Università degli Studi di  
Firenze*

o almeno parzialmente indeducibili i costi relativi al personale, o, forse, un'attenuazione dell'aliquota.

Alle diverse diatribe che hanno interessato l'IRAP negli ultimi anni, tra cui, in particolare, quelle inerenti la legittimità costituzionale del tributo di cui si tratterà in seguito, si è aggiunta, di recente, l'ulteriore questione relativa alla compatibilità della suddetta imposta con il diritto comunitario.

Ed infatti, come è noto, la Commissione tributaria provinciale di Cremona, con ordinanza del 9 marzo 2003, ha sottoposto alla Corte di Giustizia della Comunità Europea una richiesta di pronuncia pregiudiziale, volta ad ottenere un giudizio di compatibilità tra la legge istitutiva dell'IRAP e l'art. 33 della Direttiva n. 77/388/CEE,<sup>5</sup> che, si ricorda, vieta espressamente l'istituzione di tributi di qualsiasi specie che abbiano il carattere di imposta sulla cifra di affari.<sup>6</sup> In sostanza, tale norma impedisce agli Stati membri l'introduzione o il mantenimento di imposte che abbiano analogie con l'IVA, trattandosi di tributi in contrasto con l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di IVA, considerata necessaria per il mercato interno di ciascun Paese della Comunità.

L'Avvocato generale Jacobs, nelle conclusioni presentate alla Corte di Giustizia Europea (conclusioni che, pur non essendo vincolanti per stessa Corte, di regola ne anticipano la decisione finale) ha sottolineato come l'IRAP possieda tutte le caratteristiche essenziali dell'IVA, qualificandosi, pertanto, come imposta sulla cifra di affari vietata dall'art. 33, n. 1, della VI Direttiva. Ove la Corte di Giustizia ritenesse fondata la questione di incompatibilità dell'IRAP con la suddetta Direttiva, confermando le conclusioni dell'Avvocato generale, la stessa dovrebbe verosimilmente dichiarare l'illegittimità di tale imposta.

Pertanto, l'IRAP, anziché essere abrogata per libera scelta del nostro legislatore, potrebbe essere soppressa, o comunque modificata, in base alla decisione della Corte di Giustizia Europea.

Per quanto riguarda le conclusioni cui è pervenuto l'Avvocato generale, si osserva come abbia sostenuto la configurazione dell'IRAP quale imposta sulla cifra di affari, sottolineando, in particolare, nell'ambito della medesima, la traslazione del peso economico del tributo nei confronti del consumatore finale: la riscossione dell'IRAP, che si verifica in un momento antecedente la cessione effettiva dei beni non impedirebbe, infatti, all'imposta di gravare sulla successiva cessione, come se la stessa venisse riscossa in quel momento, con un risultato esattamente equivalente a quello dell'IVA. Sul punto, si concorda con quanti hanno criticato le conclusioni dell'Avvocato generale, sottolineando come il fenomeno della traslazione economica su cui, principalmente, si fonda la tesi di Jacobs altro non sia che una questione di mero fatto applicabile - a questo livello - ad ogni tipologia di tributo (perché non anche all'Ires o all'Irpef?)<sup>7</sup>.

Con riferimento ad una eventuale sentenza della Corte di Giustizia che potrebbe sancire l'illegittimità dell'IRAP, si osserva poi che la stessa sentenza, secondo un principio generale, dovrebbe avere efficacia retroattiva. In tale ipotesi, non soltanto verrebbero meno gli obblighi di versamento del tributo per il futuro, ma il contribuente potrebbe altresì chiedere a rimborso quanto versato a titolo di IRAP nei quarantotto mesi precedenti la pronuncia.

Tuttavia la Corte di Giustizia, in deroga al suddetto principio generale, potrebbe, eccezionalmente limitare la possibilità di far valere l'interpretazione contenuta in una sua sentenza, escludendone ad esempio l'efficacia retroattiva, per non mettere in discussione i rapporti giuridici instaurati in buona fede nel passato. Ciò purché sia verificata l'esistenza di due elementi fondamentali, e cioè che si sia agito in buona fede e che sussista un rischio di gravi difficoltà.

Muovendo da tale principio, l'Avvocato generale ha suggerito alla Corte di far valere la dichiarazione di incompatibilità dell'IRAP con il diritto comunitario a decorrere da una data futura rispetto a quella della sentenza, così da concedere allo Stato un tempo sufficiente per l'adozione di una nuova normativa. E' probabile, quindi, che l'eventuale dichiarazione di incompatibilità dell'IRAP rispetto alle norme comunitarie non consentirà ai contribuenti il rimborso di quanto versato nei quarantotto mesi antecedenti la pronuncia.

Ciò considerato, è opportuno soffermarsi sulla legittimità costituzionale del tributo in parola.

La questione meriterebbe di essere trattata in maniera attenta e approfondita, ma l'economia delle presenti note consente solo alcune brevi osservazioni.

Sul punto si rammenta che la Corte Costituzionale, come è dato desumere dalla lettura delle pronunce più recenti, continua a sostenere la conformità dell'imposta regionale sulle attività produttive ai principi costituzionali.<sup>8</sup>

Di fronte alla considerazione che tale tributo sarebbe in contrasto con l'art. 53 della Cost. in quanto non colpirebbe alcun fatto espressivo di capacità contributiva, la Suprema Corte ha, infatti, affermato che "la determinazione dei singoli fatti espressivi di capacità contributiva rientra nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non arbitrarietà". Ed appunto, nel caso dell'IRAP il legislatore ha individuato quale nuovo indice di capacità contributiva "il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate." "L'imposta colpisce cioè un fatto economico, diverso dal reddito, comunque espressivo di capacità contributiva in capo a chi, in quanto organizzatore dell'attività, è autore delle scelte dalle quali deriva la ripartizione della ricchezza prodotta tra i diversi soggetti che, in varia natura, concorrono alla sua creazione".<sup>9</sup>

Ebbene, la Corte Costituzionale, nell'osservare che l'assoggettamento ad IRAP del "valore aggiunto prodotto da ogni tipo di attività autonomamente organizzata" è perfettamente conforme al principio di capacità contributiva, ha contestualmente posto in evidenza come sia indispensabile, ai fini della sussistenza del presupposto dell'imposta, il requisito dell'autonoma organizzazione.

In definitiva, la Suprema Corte non ha fatto altro che sottolineare quanto appare già chiaramente desumibile dalla lettura della stessa norma che definisce il presupposto IRAP:<sup>10</sup> solo ove manchi l'elemento dell'organizzazione, viene meno il presupposto del tributo, il quale in tal caso non potrà trovare applicazione.

Ci si chiede, quindi, quando il requisito dell'autonoma organizzazione debba considerarsi senz'altro esistente.

Sul punto si rammenta come la stessa Corte Costituzionale abbia sottolineato che, mentre l'elemento organizzativo è connaturato nella nozione di impresa, altrettanto non può dirsi con riguardo alle attività professionali,<sup>11</sup> per le quali non necessariamente è ipotizzabile la presenza di una struttura organizzativa.

In ordine alla individuazione delle ipotesi in cui deve ritenersi sussistente il requisito dell'autonoma organizzazione per le attività di lavoro autonomo, si sono delineate tre principali correnti di pensiero.

Secondo una prima impostazione, ogni attività professionale, per il fatto stesso di esistere, sarebbe dotata di una propria organizzazione e pertanto dovrebbe essere assoggettata ad imposta.<sup>12</sup>

Di conseguenza, non avrebbe rilevanza, ad esempio, ai fini della inapplicabilità del tributo, il fatto che il professionista si avvalga di modesti beni strumentali e non abbia dipendenti. Infatti, l'IRAP colpirebbe anche "il valore aggiunto creato solo dall'organizzazione del proprio lavoro, perché diversamente, nel caso in cui il professionista operasse con consumatori finali e venisse esentato per mancanza di elementi di organizzazione, un valore aggiunto certamente esistente sfuggirebbe all'IRAP, in contrasto con la *ratio* del tributo".<sup>13</sup> D'altro canto, la stessa capacità del professionista di procurarsi clientela, dimostrata dall'esistenza di un avviamento, sarebbe indicativa del requisito dell'autonoma organizzazione. In altri termini, costituirebbe attività autonomamente organizzata quella svolta dal soggetto che si avvale degli strumenti dell'arte o della professione per fornire prestazioni, da lui stesso eseguite, ad una clientela volontariamente acquisita.<sup>14</sup> In definitiva, secondo la citata impostazione, il requisito dell'autonoma organizzazione sarebbe "assente esclusivamente in quelle attività libero-professionali assimilabili alla collaborazione coordinata e continuativa, ovvero nell'attività dei collaboratori coordinati e continuativi che non hanno contatto alcuno con il committente ma con un soggetto da questi diverso che ne indirizza e controlla l'attività."<sup>15</sup> In tutti gli altri casi, e cioè laddove il soggetto passivo "intrattenga rapporti diretti con la propria clientela in assenza di controllo e coordinamento da parte di altri soggetti", si configurerebbe il requisito dell'autonoma organizzazione e, dunque, l'imponibilità ai fini IRAP, "a nulla rilevando la scarsità di mezzi strumentali (locali, macchine, computer) e di personale dipendente".<sup>16</sup>

Viceversa, una seconda corrente di pensiero, muovendo dal presupposto che l'elemento

organizzativo non sia assolutamente connaturato nell'attività di lavoro autonomo, ritiene indispensabile verificare l'esistenza del medesimo con riferimento ai singoli casi concreti, stabilendo, di volta in volta, l'applicabilità o meno del tributo.

Secondo tale impostazione, si potrebbe, infatti, parlare di autonoma organizzazione, con riguardo ad un'attività professionale, soltanto in presenza di elementi di organizzazione, quali beni, capitale e lavoro.

L'IRAP sarebbe, quindi, sicuramente inapplicabile laddove l'attività venisse svolta senza dipendenti e impiego di capitali.<sup>17</sup>

Nell'ambito della suddetta corrente di pensiero, si distinguono due principali orientamenti giurisprudenziali, ciascuno dei quali individua una diversa combinazione di elementi organizzativi cui fa corrispondere l'esistenza del requisito dell'autonoma organizzazione.

Secondo il primo orientamento, la presenza di anche uno solo degli elementi organizzativi - capitale, lavoro - configurerebbe il requisito sopra indicato, tanto da determinare l'assoggettamento ad imposta; "se il notaio ha un suo studio o anche un solo dipendente è soggetto ad IRAP".<sup>18</sup> Ed ancora, laddove, ad esempio, vi fosse "un impiego di denaro e/o di mezzi strumentali di qualsiasi rilievo e di qualsiasi genere per lo svolgimento dell'attività"<sup>19</sup> dovrebbe considerarsi sussistente la fattispecie impositiva.

In definitiva, secondo il citato orientamento, "l'elemento che costituisce il presupposto per l'applicazione dell'IRAP nel campo del lavoro autonomo" sarebbe "l'esistenza di una autonoma organizzazione individuata dalla coordinazione di quantità anche minime di qualche elemento enunciato o similare. Solo per i professionisti sprovvisti totalmente di propria organizzazione difetta il presupposto di applicabilità dell'IRAP".<sup>20</sup>

Alla stessa corrente di pensiero sopra indicata, che - si ricorda - individua nell'esistenza di elementi di organizzazione (dipendenti, beni, capitale) il requisito necessario ai fini dell'assoggettamento al tributo, è poi riconducibile un secondo orientamento giurisprudenziale, in base al quale l'IRAP troverebbe applicazione esclusivamente in presenza di una vera e propria struttura organizzativa, intendendo per tale quella caratterizzata da una certa consistenza. Più specificamente, secondo il citato orientamento, un professionista sarebbe dotato di autonoma organizzazione, tanto da qualificarsi come soggetto passivo IRAP, soltanto laddove impiegasse entrambi gli elementi organizzativi, (capitale e lavoro), non già in presenza di uno solo di essi. "Se manca il capitale o se manca il lavoro dipendente" saremmo "fuori dalla organizzazione e dalla assoggettabilità ad IRAP".<sup>21</sup>

Pertanto, l'attività professionale "esercitata senza l'ausilio di dipendenti né collaboratori familiari, in locali tenuti in affitto e con attrezzature costituite da arredi, macchine da ufficio e computer, di entità piuttosto modesta e limitata, che rappresentano il minimo strettamente indispensabile per offrire un decente servizio"<sup>22</sup> non potrebbe considerarsi attività organizzata autonomamente. In altri termini, non sarebbe soggetto ad IRAP il professionista "che esercita l'attività da solo, senza dipendenti, con l'impiego di mezzi strumentali limitati ed indispensabili per l'esercizio professionale...". D'altra parte "è di tutta evidenza che l'attività svolta dal contribuente iscritto nel rispettivo albo professionale, anche se si serve di una minima attrezzatura, potrà svolgersi esclusivamente con la presenza personale del professionista abilitato alla professione. Ciò sta a significare che l'attrezzatura tecnica... non è requisito essenziale per lo svolgimento della professione, bensì uno strumento indispensabile derivante dalla natura della professione medesima."<sup>23</sup>

Secondo il citato orientamento, sarebbe, invece, soggetto ad IRAP il professionista che, pur impiegando mezzi strumentali limitati, eserciti la propria attività con l'ausilio di dipendenti.

Muovendo dal presupposto che entrambi gli elementi, capitale e lavoro, sono necessari ai fini dell'esistenza di un'autonoma organizzazione, una parte minoritaria della giurisprudenza ha poi formulato la tesi (che pure si inserisce nell'orientamento da ultimo delineato, rappresentandone semplicemente una variante) secondo cui l'attività diventerebbe "organizzata, e quindi soggetta a tassazione, soltanto allorché sia... del tutto sganciata dall'apporto professionale di chi l'ha organizzata".<sup>24</sup> Affinchè si configuri il presupposto impositivo IRAP, non soltanto sarebbe, quindi, necessaria l'esistenza di capitale e lavoro, ma tali elementi dovrebbero essere organizzati in modo totalmente auto-

nomo da poter creare valore aggiunto anche da soli, senza l'apporto personale del professionista.

Una terza corrente di pensiero sottolinea infine come ogni attività professionale si qualifichi per la capacità intellettuale del professionista.

Pertanto - in linea generale - la struttura di cui quest'ultimo può eventualmente essere dotato avrebbe quale unico scopo quello di consentire al medesimo una migliore realizzazione del proprio lavoro. In altri termini, tale struttura viene considerata quale elemento accessorio rispetto a quello rappresentato dalla sua capacità intellettuale. E', ad esempio, il caso del notaio, la cui attività "è legata alla presenza dello stesso; non è ipotizzabile una valenza ed una capacità contributiva disgiunta dalla presenza in studio del professionista. La produzione di reddito deriva, pertanto, nel caso di specie, soprattutto, se non addirittura esclusivamente, dall'opera intellettuale del titolare".<sup>25</sup> Con riferimento a tale fattispecie, non potrebbe, quindi, mai realizzarsi il presupposto impositivo IRAP, non potendosi mai parlare di attività organizzata; e ciò indipendentemente dai capitali impiegati e dal numero di dipendenti.

In merito alla configurazione del requisito dell'autonoma organizzazione, si è inoltre espressa la stessa Corte di Cassazione, rilevando come non sia soggetto ad IRAP il professionista che, pur in presenza di beni strumentali e di occasionali compensi a terzi, non si avvalga di una struttura organizzata stabile, intendendo per tale quella caratterizzata da lavoratori subordinati o collaboratori parasubordinati, ovvero - in alternativa - dall'impiego di capitali provenienti da mutui esterni.<sup>26</sup>

In sostanza, la Corte di Cassazione sembra aderire alla seconda delle correnti di pensiero sopra delineate, in base alla quale si potrebbe parlare di autonoma organizzazione, con riguardo ad un'attività professionale, soltanto in presenza di elementi di organizzazione, quali beni, capitale e lavoro. Più specificamente, nell'ambito di tale impostazione, la Corte di Cassazione accoglie la tesi, secondo cui l'impiego di anche uno solo degli elementi organizzativi - capitale, lavoro - sarebbe sufficiente a configurare il requisito dell'autonoma organizzazione, non essendo, invece, indispensabile la presenza contestuale di entrambi gli elementi.

Orbene, dall'analisi sopra indicata appare evidente come la giurisprudenza di merito e, ultimamente, anche la Corte di Cassazione, abbiano formulato, sulla base dei rilievi svolti dalla Corte Costituzionale in tema di presupposto impositivo ai fini IRAP, diverse interpretazioni del concetto di "autonoma organizzazione", indicato dal legislatore quale requisito indispensabile affinché un'attività di lavoro autonomo (e d'impresa) sia assoggettabile ad imposta.

Tali interpretazioni si sono rese necessarie in quanto né il legislatore, né la stessa Corte Costituzionale hanno individuato una combinazione di parametri qualitativi/quantitativi, in relazione ai quali presumere l'esistenza di un'attività autonomamente organizzata.

La scelta del legislatore nel senso sopra indicato appare sicuramente giusta ed opportuna. Infatti, dato il variabile spettro delle situazioni di fatto, si ritiene che soltanto dall'analisi delle precipe caratteristiche del singolo caso concreto sia possibile desumere la sussistenza del requisito dell'autonoma organizzazione.

Tale valutazione dovrà evidentemente essere condotta con buon senso, tenendo conto anche dell'evoluzione del contesto economico e sociale: e cioè beni che in un determinato periodo storico sono di significativa importanza e valore possono non più esserlo in un periodo successivo; alcuni beni addirittura possono diventare col tempo talmente indispensabili per l'esercizio di una professione da ipotizzarsi che, in loro mancanza, la stessa attività sia esercitata in maniera non corretta. Basti ricordare, a titolo di esempio banale, che la disponibilità di un computer, che negli anni sessanta rappresentava un fatto eccezionale, è oggi assolutamente normale e necessario, così come la possibilità per un medico di far visita ai propri pazienti servendosi di un'automobile che all'inizio del secolo passato era vista come un evento straordinario quanto oggi lo sarebbe non utilizzarla.

## Note:

- <sup>1</sup> L'imposta regionale sulle attività produttive è stata istituita con il D. Lgs. n. 466 del 18 dicembre 1997.
- <sup>2</sup> Si vedano, in tal senso, RUSSO, *Manuale di diritto tributario, parte generale*, Giuffrè, Milano, pag. 341; CERIANI-GUERRIERI, *Il ruolo dell'Irap nel sistema fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2004, n. 6, pagg. 2005 e segg..
- <sup>3</sup> Così RUSSO, *op. cit.*, pag. 348.
- <sup>4</sup> Si veda in tal senso la sentenza della Corte Costituzionale, n. 156 del 21 maggio 2001.
- <sup>5</sup> Sul punto, è appena il caso di rammentare che, "nel corso dei procedimenti giudiziari nazionali possono insorgere questioni connesse all'applicazione del diritto comunitario, la cui soluzione è subordinata alla pronuncia della Corte UE. In questi casi i giudici possono sospendere il giudizio e sollecitare la Corte di giustizia a fornire l'interpretazione delle norme comunitarie che condizionano il proseguimento del giudizio, integrando e completando il quadro processuale e gli argomenti delle parti". Così F. M. SPINA, *Irap: presunta incompatibilità con la VI direttiva IVA*, in *Rass. Trib.*, 2005, n. 3, pag. 854.
- <sup>6</sup> Con riferimento alla questione relativa alla compatibilità della legge istitutiva dell'IRAP e la Direttiva n. 77/388/CEE, si vedano, tra gli altri, F.M. SPINA, *Irap: presunta incompatibilità con la VI direttiva IVA*, *op. cit.*, pagg. 853 e segg.; MARINI-LUPI, *Irap e Iva: aspetti giuridici di distinzioni economiche*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, marzo, pagg. 465 e segg.; LUPI, *Il fuorviante accostamento tra IVA ed Irap*, in *Rass. Trib.*, 2005, n. 3, pagg. 847 e segg..
- <sup>7</sup> Cfr. MARINI-LUPI, *Irap e Iva: aspetti giuridici di distinzioni economiche*, *op. cit.*, pag. 467.
- <sup>8</sup> Si veda, in particolare, la richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 21 maggio 2001.
- <sup>9</sup> Così la sopra indicata sentenza n. 156 del 21 maggio 2001.
- <sup>10</sup> L'art. 2 del citato D.Lgs. n. 446 del 1997 stabilisce, quale presupposto dell'imposta, "l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi".
- <sup>11</sup> Cfr. la citata sentenza n. 156 del 2001.
- <sup>12</sup> Cfr. la sentenza della Commissione tributaria regionale di Firenze, sez. 35, del 3 ottobre 2003, ove è dato leggere: "... nella fattispecie non si può escludere il requisito di una autonoma organizzazione, essendo la stessa insita nella nozione di lavoro autonomo".
- <sup>13</sup> Così si è espressa la Commissione tributaria provinciale di Firenze, sez. 19, nella sentenza n. 1 del 23 febbraio 2004.
- <sup>14</sup> Cfr. la citata sentenza della Commissione tributaria provinciale di Firenze, sez. 19, n. 1 del 23 febbraio 2004.
- <sup>15</sup> Così recita la sentenza n. 30 del 20 giugno 2003 della Commissione tributaria provinciale di Firenze, sez. 15.
- <sup>16</sup> Così la citata sentenza n. 30 del 20 giugno 2003 della Commissione tributaria provinciale di Firenze, sez. 15.
- <sup>17</sup> In tal senso si è espressa la Commissione tributaria regionale di Firenze, sez. n. 6, nella sentenza del 7 febbraio 2003.
- <sup>18</sup> Così recita la sentenza della Commissione tributaria regionale di Firenze, sez. 27, del 18 gennaio 2003.
- <sup>19</sup> Così la sentenza del 6 luglio 2004 della Commissione tributaria regionale di Firenze, sez. 29.
- <sup>20</sup> Così la sentenza n. 82 del 10 ottobre 2002, della Commissione tributaria regionale del Veneto.
- <sup>21</sup> Così la sentenza del 17 novembre 2003, della Commissione tributaria provinciale di Arezzo, sez. 2. In senso conforme cfr. le sentenze della Commissione tributaria provinciale di Arezzo, sez. 4, del 10 dicembre 2004; sez. 5, del 18 aprile 2005; sez. 4, del 24 novembre 2004.
- <sup>22</sup> Così recita la sentenza del 24 febbraio 2005 della Commissione tributaria provinciale di Arezzo, sez. 4.
- <sup>23</sup> Così recita la sentenza n. 8 del 6 maggio 2004, della Commissione tributaria regionale della Puglia.
- <sup>24</sup> Così recita la sentenza n. 2 del 20 aprile 2004 della Commissione tributaria regionale del Lazio.
- <sup>25</sup> Così la sentenza n. 357 del 4 aprile 2002 della Commissione tributaria provinciale di Lucca.
- <sup>26</sup> Cfr. la sentenza della Corte di Cassazione n. 21203 del 5 novembre 2004.