

# NELL'ACCERTAMENTO BANCARIO IL CONTRADDITTORIO E' OBBLIGATORIO

Fabrizio Dominici dottore commercialista in Rimini

Dominici & Associati Studio Legale e Tributario

L'istituto del contraddittorio si fonda su diritti del contribuente e doveri della pubblica amministrazione che vengono esplicitamente richiamati dalla legge 27 luglio 2000, n. 212 ed implicitamente ritratti dai precetti costituzionali. Da una parte vi è infatti il **principio di buona fede e collaborazione**, che secondo la Corte di cassazione, trova espressione nell'art. 10 e nell'art. 6 dello Statuto dei diritti del contribuente<sup>1</sup> e dall'altra vi è il precetto, contenuto nell'art. 97 della Costituzione, che si preoccupa del **buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica**. Il contraddittorio consente dunque al contribuente di esercitare utilmente ed anticipatamente il diritto di difesa ed alla amministrazione finanziaria di tutelare il buon andamento degli uffici pubblici, contestualizzando la pretesa tributaria alla realtà fattuale ed evitando così inutili dispendi di risorse. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"<sup>2</sup> e l'amministrazione finanziaria deve assumere idonee iniziative volte a consentire la completa e agevole conoscenza delle disposizioni legislative e amministrative vigenti in materia tributaria e portare a conoscenza dei contribuenti, tempestivamente e con i mezzi idonei, tutte le circolari e le risoluzioni da essa emanate, nonché ogni altro decreto o atto che disponga sulla organizzazione, sulle funzioni e sui procedimenti con la conclusione che è la stessa amministrazione che con il suo comportamento crea nei contribuenti quel **legittimo affidamento** che essa stessa talvolta vorrebbe non riconoscere<sup>3</sup>. La carenza di una disciplina generale circa la mancata applicazione dell'istituto del contraddittorio e l'indeciso e contrastante orientamento della

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. trib., 5 ottobre 2001, n. 12284.

<sup>2</sup> Cass., Sez. I, 29 marzo 1990, n. 2575; Cass., SS.UU., 30 novembre 2006, n. 25506.

<sup>3</sup> Ci si riferisce al controverso problema degli accertamenti bancari in ordine al quale si discute se l'ufficio debba o meno porre in essere il contraddittorio con il contribuente, ai fini della dimostrazione della non imponibilità delle movimentazioni bancarie.

giurisprudenza<sup>4</sup>, non hanno di certo contribuito alla giusta individuazione del rango spettante al contraddittorio quale diritto fondamentale del contribuente<sup>5</sup>. Esso, anche per l'influenza dei principi comunitari, è diventato un momento cardine dell'ordinamento tributario e indefettibile nelle procedure di accertamento, basti pensare agli artt. 36-bis, 36-ter, 37-bis, 38 o all'art. 32 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, oppure ancora al

---

<sup>4</sup> Da una parte la Cassazione ritiene che il contraddittorio debba ritenersi un elemento essenziale e imprescindibile, (anche in assenza di una espressa previsione normativa), del giusto procedimento che legittima l'azione amministrativa **sent. 7 febbraio 2008, n. 2816** e dall'altro ha bocciato l'obbligatorietà del contraddittorio tra fisco e contribuente nella fase amministrativa, stabilendo che l'Ufficio delle Entrate non è sempre tenuto a interpellare il cittadino neppure nel caso di incertezza intrinseca della dichiarazione dei redditi. Infatti con la **sentenza n. 26316 del 29 dicembre 2010**, ha respinto il ricorso di un contribuente che lamentava di non essere stato invitato al contraddittorio nonostante la dichiarazione contenesse delle incertezze. La Corte non ritiene possibile, sulla scorta dello stato attuale della legislazione, ritenere esistente un principio generale di contraddittorio in ordine alla formazione della pretesa fiscale. La sezione tributaria ha poi elencato i casi in cui il contraddittorio previsto dallo Statuto del contribuente risulta essere obbligatorio, distinguendoli da quelli in cui invece non lo è. Sul punto si legge che il contraddittorio è obbligatorio sul fronte studi di settore ed in particolare, per l'ingiunzione di pagamento emessa, ai sensi dell'art. 82 del dpr 23 gennaio 1973, n. 43, all'esito del procedimento di revisione dell'accertamento previsto dall'art. 11 del d.lgs 8 novembre 1990, n. 374. Per questi casi la Corte ritiene che il diritto al contraddittorio e di difesa anche nella fase amministrativa, pur non essendo esplicitamente riconosciuto, si evince dalle espresse previsioni normative e costituisce «un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogni qualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo». E ancora, «in tema di accertamento standardizzato con applicazione di parametri e studi di settore, le Sezioni unite hanno ritenuto che la formazione della prova debba nascere dal contraddittorio che l'Ufficio deve attivare col contribuente». Al contrario la Cassazione con la sentenza 27060/2007 ha invece ritenuto che «il dpr n. 600 del 1973, art. 33, comma 6, non prevede infatti che le operazioni di verifica contabile siano fatte in contraddittorio, ma soltanto che tali operazioni siano compiute alla presenza di un responsabile della sede o dell'ufficio, mentre il dpr n. 633 del 1972, art. 52, comma 6, in materia di Iva (tributo nella specie non in contestazione), stabilisce che il verbale deve essere sottoscritto dal contribuente, il quale ha diritto di averne copia; ove non sottoscritto, dovrà essere indicata la causa della mancata sottoscrizione».

<sup>5</sup> Sul punto si veda anche “Il mancato contraddittorio e la non adeguata valutazione delle deduzioni difensive ex art. 12, comma 7, L. n. 212/2000 possono comportare la nullità dell'atto” di Fabrizio Dominici in Finanza & Fisco n. 47/2009.

citato art. 6, dello statuto dei diritti dei contribuente. Dicevamo che la carenza di una norma generale e la mancata individuazione di una specifica sanzione correlata con il mancato rispetto del contraddittorio oltre che l'altalenante orientamento dell'indirizzo giurisprudenziale sull'accertamento bancario hanno spesso portato ad errate conclusioni circa la necessità ed obbligatorietà dello stesso. Basti pensare alla interpretazione fornita all'art. 32 del d.P.R. n. 600/1973, laddove si ritiene che la locuzione "gli uffici possono (...) invitare i contribuenti a comparire" prevede solo la facoltà dell'ufficio di ricorrere all'uno o all'altro dei poteri disciplinati dagli artt. 32 del d.P.R. n. 600/1973 e 51 del d.P.R. n. 633/1972, tra i quali l'impiego dell'accertamento bancario, da cui si è tratta l'errata conclusione che non è configurabile in capo all'ufficio l'obbligo di instaurare il contraddittorio. Chi scrive ritiene di poter condividere diversa interpretazione appartenente a rilevante dottrina,<sup>6</sup> che ritiene invece che l'art. 32, primo comma, n. 2), del d.P.R. n. 600/1973, dopo aver stabilito che "gli uffici possono invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a comparire di persona, per fornire dati e notizie rilevanti anche relativamente alle operazioni" bancarie, nel successivo, secondo periodo sancisce che "i dati ed elementi attinenti ai rapporti (...) sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti (...) 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". A ben vedere la norma condiziona la rilevanza dei movimenti bancari alla mancata dimostrazione dell'irrelevanza tributaria degli stessi, ma la dimostrazione richiesta dall'art. 32 del d.P.R. n. 600/1973, deve avere un luogo e un tempo procedurali, i quali non possono che essere il luogo e il tempo procedimentale in cui si colloca la disciplina dell'art. 32 del d.P.R. n. 600/1973, e quindi un tempo anteriore alla costruzione, da parte dell'ufficio stesso, dell'accertamento. Ciò che intendiamo affermare è che, se l'ufficio vuole avvalersi dei movimenti bancari, esso deve convocare il contribuente così come la Corte di Cassazione insegna per gli studi di settore. In ambedue i casi, infatti, i dati ignoti, seppure quantificabili in base alle risultanze bancarie o alle medie statistiche di categoria, debbono trovare riscontri nella specifica situazione del soggetto accertato e gli atti accertativi emessi in tanto sono legittimi in quanto siano

---

<sup>6</sup> Accertamenti e contraddittorio tra Statuto del contribuente e principi di costituzionalità di G. Marongiu in Corriere Tributario n. 6/ 2011.

fondati anche sulla possibilità offerta al contribuente di offrire all'ufficio dati ed elementi di valutazione nell'ambito della istruttoria precontenziosa. Nell'accertamento bancario, i ricavi derivano dalla somma dei versamenti e dei prelevamenti, con una presunzione che, sebbene ritenuta non manifestamente irragionevole dalla Corte Costituzionale, è comunque estranea alla logica ordinaria dell'*id quod plerumque accidit* di utilizzazione dei conti bancari, anche per la gestione occulta. Ne deriva che l'equiparazione della somma di prelevamenti e versamenti bancari ai ricavi ha un grado di astrattezza, rispetto alla realtà dell'impresa, che si può ragionevolmente ritenere non inferiore all'astrattezza propria dei dati statistici categoriali su cui si fondano gli accertamenti in base agli studi di settore. Infatti, gli studi di settore sono comunemente fatti rientrare tra i metodi di predeterminazione del reddito, ovvero di un reddito non effettivamente riferibile a quella data impresa e gli accertamenti bancari vengono ricondotti alla categoria delle sanzioni improprie con una prevalente funzione afflittiva rispetto a quella di plausibile ricostruzione dell'effettiva capacità contributiva. Orbene non può non concludersi che il giusto procedimento non può non includere, anche nell'ipotesi dell'accertamento bancario, l'obbligatorietà del contraddittorio preventivo in sede istruttoria. Questa visione si scontra però con quell'orientamento che vorrebbe giustificare la non obbligatorietà del contraddittorio con il fatto che la legge sulla trasparenza amministrativa, esclude una diretta partecipazione del contribuente alla formazione dell'atto amministrativo prima che lo stesso contribuente venga inciso dall'azione della finanza. Tale "passato" orientamento, portato a negare una difesa preventiva, gode del conforto della Corte Costituzionale,<sup>7</sup> la quale ha giustificato tale esclusione con la garanzia postuma attribuita alla sede giudiziale. Sul punto corre però l'obbligo di ricordare che proprio l'art. 1 della L. 241/90, stabilisce espressamente, che l'attività amministrativa venga subordinata anche alle modalità previste dai principi dell'ordinamento comunitario ed è proprio da qui che bisogna partire per effettuare una corretta disamina dell'istituto.

## **IL CONTRADDITTORIO NEL DIRITTO COMUNITARIO**

Il diritto al contraddittorio procedimentale, al pari di quello processuale, rientra nel più generale diritto di azione e di difesa riconosciuto al contribuente e ciò sulla base di una

---

<sup>7</sup> Corte Cost., sent. 31.05.1995, n. 210; Corte Cost., 10.12.1987, n. 503; 19.03.1993, n. 103.

interpretazione adeguatrice del diritto comunitario, cui deve necessariamente tendere anche l'interpretazione costituzionale. Tale interpretazione è fondata ed ispirata dai precetti costituzionali di ragionevolezza, di legalità e di imparzialità dell'azione amministrativa, onde per cui, risulta irragionevole subordinare l'applicazione del principio del contraddittorio preventivo, all'esercizio di una mera facoltà dell'ufficio e ciò non solo per palese violazione dei principi comunitari, ma anche perchè questo significa privare l'istituto del contraddittorio del suo contenuto essenziale. Non v'è chi non veda infatti, come l'obiettivo prioritario dell'amministrazione finanziaria, non possa essere individuato nella massimizzazione del gettito, ma debba essere ricercato nel superiore principio di giustizia che va all'*uopo* necessariamente correlato con il principio di corretta amministrazione. Invero questa visione dell'istituto del contraddittorio, quale diritto fondamentale del contribuente, è rinvenibile anche nella recente giurisprudenza di legittimità, laddove i Supremi Giudici con riferimento agli studi di settore,<sup>8</sup> hanno affermato che il contraddittorio deve ritenersi un elemento essenziale e imprescindibile dei diritti del contribuente anche in assenza di una espressa previsione normativa,<sup>9</sup> oppure laddove hanno ribadito che “è il contraddittorio l'elemento determinante per adeguare alla concreta realtà economica del singolo contribuente l'ipotesi dello studio di settore”<sup>10</sup>. Si aggiunga poi che la stessa Agenzia delle Entrate, ha anch'essa espressamente riconosciuto la necessità degli uffici di invitare il contribuente al contraddittorio “nel rispetto delle regole del giusto procedimento e del principio di cooperazione tra amministrazione finanziaria e contribuente (...)”<sup>11</sup>. Tornando poi alla giurisprudenza comunitaria occorre rammentare che nella causa C-349/07, la domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata alla Corte di Giustizia Europea dal giudice remittente, si fondava sull'interpretazione del principio del rispetto dei diritti della difesa nella sede preventiva amministrativa. Si trattava cioè di stabilire, se il termine di otto giorni, assegnato dal paese membro al cittadino contribuente, fosse o meno congruo, per esercitare in via

---

<sup>8</sup> La rilevanza del contraddittorio come strumento di difesa dagli studi di settore in Finanza & Fisco n. 6/2009 di Alvisè Bullo e Fabrizio Dominici.

<sup>9</sup> Cass., n. 2816 del 2008.

<sup>10</sup> Cass., SS.UU., sent. 18 dicembre 2009, n. 26635.

<sup>11</sup> Circ. n. 19/E del 14 aprile 2010.

preventiva il giusto diritto amministrativo. Indetta sentenza i giudici europei hanno statuito che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali dei quali la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo, cui i Paesi membri hanno cooperato o aderito stabilendo che il diritto di difesa è un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniqualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo. La sentenza conclude poi chiarendo che, il rispetto dei diritti della difesa, impone che il destinatario di una decisione lesiva, abbia il diritto di manifestare il proprio punto di vista in un ragionevole periodo di tempo.<sup>12</sup>

## CONCLUSIONI

Per dirla con le parole della Suprema Corte<sup>13</sup>, “soltanto uno Stato inefficiente ed autoritario può aspirare a compensare le proprie eventuali carenze organizzative con una legislazione, o una giurisprudenza, protezionistica ...” Uno Stato moderno che operi secondo criteri di efficienza e di economia, che non ha timore di porsi su un piede di parità con il cittadino, tanto da formalizzarne e tutelarne i diritti inviolabili nei confronti dell'amministrazione finanziaria non può non tener conto dei precetti costituzionali, dei principi e della giurisprudenza comunitaria che riconoscono la necessità del contraddittorio preventivo anche nella fase amministrativa tributaria e ciò perché le sentenze emesse dalla Corte di Giustizia Europea nei confronti dei Paesi membri hanno rilevanza processuale ed extraprocessuale, vincolano le amministrazioni degli stati membri, che devono uniformarsi a detti principi anche alla luce di una interpretazione adeguatrice al diritto della Comunità europea, cui deve necessariamente tendere anche l'interpretazione costituzionale. Diversamente, il giusto procedimento amministrativo, che trova fondamento nei precetti costituzionali di legalità e di imparzialità amministrativa, risulterebbe lesa dalla mancata adozione dei provvedimenti necessari ad instaurare un preventivo contraddittorio, non potendosi oggi più considerarsi sufficiente

---

<sup>12</sup> Corte di Giustizia Europea, sentt. 14.07.1972, causa 55/69, 29.06.1994, causa C-135/92, 13.09.2007, cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P.

<sup>13</sup> Cass., Sez. trib., 30 marzo 2001, n. 4760

quella tutela giurisdizionale assicurata ex post dall'art. 24 e dall'art. 113 della Costituzione.