

***SEMINARIO DI AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE
PER I MAGISTRATI DELLE COMMISSIONI TRIBUTARIE DELLA
VALLE D'AOSTA e del PIEMONTE***

“DIALOGHI DI DIRITTO TRIBUTARIO, TRA ATTUALITA' E PROSPETTIVE”

Torino, Piazza San Carlo

Venerdì 16 gennaio 2015

“La rilevanza probatoria degli accertamenti bancari ”

Alfredo Montagna

componente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria

1. il quadro normativo

L'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 32, comma primo n. 2, del d. p. r. 29 settembre 1973 n. 600, può utilizzare “*i dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati rispettivamente a norma del numero 7) e dell'articolo 33, secondo e terzo comma, o acquisiti ai sensi dell'articolo 18, comma 3, lettera b), del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504*” ponendoli “*a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 38, 39, 40 e 41 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine; alle stesse condizioni sono altresì posti come ricavi o compensi a base delle stesse rettifiche ed accertamenti, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e sempreché non risultino dalle scritture contabili, i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni.*” (analoga previsione è contenuta nell'art. 51, comma secondo n. 2, del d. p. r. 26 ottobre 1972 n. 633)¹.

Il comma 7 del citato art. 32 del D.P.R. n. 600/1973, così come il n. sette dell'art. 51, del D.P.R. n. 633/1972, richiedono la preventiva **autorizzazione** per la **richiesta di dati bancari** (da parte del Direttore regionale della Agenzia delle Entrate, o del Comandante regionale della Guardia di Finanza); così come per gli **accessi presso aziende e istituti di credito e l'Amministrazione postale**.

La prima conseguente domanda è quella sugli effetti (negativi) in caso di **richiesta di dati bancari senza autorizzazione**, ovvero se ciò produca o meno la invalidità delle risultanze. Una risposta che passa attraverso la valutazione della **funzione da attribuire alla autorizzazione**, atteso che plurimi elementi conducono a giustificarla non tanto nell'interesse del contribuente, bensì sul piano del **controllo**

¹ La giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente ritenuto che l'Ufficio finanziario, nella fase delle indagini dirette all'accertamento della evasione di imposta da parte di una società di capitali, è legittimato a richiedere agli istituti bancari, ai sensi del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32, comma 1, n. 7), e del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 51, comma 2, n. 7), *l'accesso ai conti e depositi bancari formalmente intestati ai soci anche non amministratori e - in caso di ristretta compagine sociale - anche ai conti/depositi intestati ai loro familiari*, qualora sussistano anche soltanto "fondati sospetti" che la società verificata abbia partecipato ad operazioni imponibili "soggettivamente" inesistenti volte a evadere l'imposta sul valore aggiunto. Costituiscono "fondati sospetti" l'aver intrattenuto ripetuti rapporti commerciali con società sfornite di personale adeguato, di beni aziendali ovvero comunque prive di adeguata struttura organizzativa di impresa - c.d. società fantasma - in relazione alle operazioni commerciali in concreto svolte (Sez. 5, **Sentenza n. 12624** del 20/07/2012 (Rv. 623863) **Presidente: Adamo M. Estensore: Olivieri S. P.M. Sepe EA**)

interno sull'esercizio della funzione (o del potere), così da non richiedere la esplicitazione dei presupposti.

Sul punto la corte di cassazione ha ritenuto che l'illegittimità possa essere dichiarata nel caso in cui le movimentazioni bancarie siano state acquisite in materiale mancanza dell'autorizzazione, e sempre che tale mancanza abbia prodotto un concreto pregiudizio per il contribuente².

Ciò contribuisce a dare risposta all'ulteriore domanda, sulla possibilità o meno di una sanatoria ex post della omessa autorizzazione, con una sorta di convalida; anche qui occorre guardare alla natura, rigorosamente formale o soltanto sostanziale, che si attribuisce al vizio di omessa autorizzazione.

In dottrina si è sostenuto che la autorizzazione alle indagini finanziarie debba avere una *motivazione*, una necessità che viene fatta discendere dalla applicazione del principio di cui all'art. 7, comma 1, legge n. 212/2000 (Statuto del contribuente), così come dell'art. 3, della legge n. 241/1990. La giurisprudenza di legittimità ha, al contrario, affermato che in tema di accertamento delle imposte l'autorizzazione necessaria agli Uffici per l'espletamento di **indagini bancarie** non deve essere corredata dall'indicazione dei motivi, non solo perché in relazione ad essa la legge non dispone alcun obbligo di motivazione, a differenza di quanto invece stabilito per gli accessi e le perquisizioni domiciliari, ma anche perché la medesima, nonostante il "nomen iuris" adottato, esplicando la sopra richiamata funzione organizzativa, incidente esclusivamente nei rapporti tra uffici, e avendo natura di atto meramente preparatorio, inserito nella fase di iniziativa del procedimento amministrativo di accertamento, non è nemmeno qualificabile come provvedimento o atto impositivo, (per le cui sole tipologie di atti l'art. 3, comma primo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e l'art. 7 della legge 27 luglio 2000, n. 212, prevedono l'obbligo di motivazione)³.

² Sez. 5, *Sentenza* n. [16874](#) del 21/07/2009 (Rv. 609290) *Presidente: Altieri E. Estensore: D'Alonzo M. P.M. Sorrentino F.*

³ Sez. 5, *Sentenza* n. [14026](#) del 03/08/2012 (Rv. 623657) *Presidente: Pivetti M. Estensore: Olivieri S. P.M. Policastro; conf. Sez. 5, Sentenza n. [5849](#) del 13/04/2012 (Rv. 622097) Presidente: Pivetti M. Estensore: Sambito MGC. P.M. Sorrentino F.*

2. il controllo bancario, tra strumento di lotta all'evasione e diritti del contribuente

Un piccolo passo nella direzione della lotta all'evasione fiscale è rinvenibile nella legge 23 dicembre 2014 n. 190 (legge di Stabilità 2015), che esplicita l'obiettivo di rendere più incisivi i controlli bancari, semplificando le procedure di accesso da parte dell'Agenzia delle Entrate ai dati contenuti nella cd superanagrafe dei conti a sua disposizione, e potenziando la tracciabilità dei flussi di denaro.

L'**accesso** alle informazioni bancarie dovrebbe semplificarsi attraverso la possibilità, da parte dell'Agenzia delle Entrate, di accedere ai dati specifici non in base a specifiche liste selettive, ma individuando i soggetti da controllare sulla base dei normali criteri di programmazione annuale dell'attività di accertamento⁴.

L'esigenza di combattere un'evasione fiscale ritenuta rilevante, e non più sopportabile, deve trovare una risposta su un piano diverso, di cd *prevenzione*, ovvero nella produzione normativa sulla tracciabilità dei movimenti finanziari. Si pensi ad interventi come il decreto del Ministro dello sviluppo economico 24 gennaio 2014 (Definizioni e ambito di applicazione dei pagamenti mediante carte di debito), che ha dato attuazione all'art. 15, comma 4, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, alla cui stregua dal 1° gennaio 2014 vi è l'obbligo – sia pure sprovvisto di sanzioni – di accettare pagamenti, di importo superiore a trenta euro, effettuati con carte di debito in favore di imprese e professionisti per l'acquisto di prodotti o per la prestazione di servizi (e solo la introduzione di sanzioni, eventualmente con un innalzamento dell'importo minimo, può rendere effettiva la disposizione).

La tracciabilità del danaro, oltre ad essere uno strumento di lotta al riciclaggio di capitali di provenienza illecita, persegue il dichiarato fine di contrastare l'evasione

⁴ Sulla base dei criteri fissati dalla annuale Circolare in materia

o l'elusione fiscale attraverso la limitazione dei pagamenti effettuati in contanti che si possono prestare ad operazioni "in nero"; l'intervento accertativo postumo non può però essere ispirato alle medesime esigenze di lotta all'evasione, dimenticando le "regole" che presidiano la fase procedimentale accertativa così come quella giurisdizionale.

La previsione dell'art. 32 costituisce per la Amministrazione finanziaria uno strumento di valorizzazione delle movimentazioni bancarie come momento di emersione della evasione, ipotizzabile allorché risultano movimenti bancari non congrui con ricavi e compensi dichiarati; ma allorché i ricavi dichiarati sono pari o superiori all'importo movimentato sui conti la presunzione non ha ingresso.

In questa logica vanno parimenti disattese strategie difensive prive di un fondamento razionale, quale quella per la quale il mancato riferimento ai relativi articoli impedirebbe la operatività delle presunzioni in questione per le ipotesi di *rettifica* (e non di accertamento di ufficio) *di redditi diversi* da quelli di lavoro autonomo e impresa (art. 37) se non nella forma di accertamento sintetico, per il disconoscimento delle *operazioni elusive* (art. 37-bis), per gli *accertamenti parziali* (art. 41-bis), gli *accertamenti integrativi* (art. 43), e *l'accertamento dei redditi da fabbricati* (art. 41-ter).

3. le indagini finanziarie: presunzioni e diritti del contribuente

L'utilizzo dell'espressione "*se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito*" rimanda al concetto di *presunzione legale*⁵, atteso che condiziona l'accertamento alla clausola di *salvezza della prova contraria* da parte del contribuente.

In realtà non sembra configurabile una presunzione legale così generica, con potenziali contrasti con la giurisprudenza della corte costituzionale in materia,

⁵ Sulla natura delle presunzioni, in dottrina, E. Artuso, "Presunzioni legali relative e retroattività. A proposito di prelevamenti bancari", cit., pagg. 394-412; A. Marcheselli, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008; G. Falsitta, *Manuale di diritto Tributario. Parte generale*, Padova, 2012, pag. 92 ss.; L. Trombella, "La presunzione di compensi percepiti dai professionisti fondata sui prelevamenti bancari: ragionevolezza ed efficacia temporale", in *Rivista di giurispr trib.*, n. 7/2008, pagg. 637-640

piuttosto occorre pensare che dai dati bancari possono trarsi *presunzioni semplici*, con valutazioni collegate al caso per caso, che possono fondare l'accertamento ⁶.

A questo punto occorre chiarire il significato di “*prova contraria*” cui ha diritto il contribuente ove si acceda alla opzione negativa di una presunzione legale, in quanto non vi è dubbio che il contribuente possa contrastare le argomentazioni dell'Ufficio (come in ogni altra occasione), per cui la scelta va portata sul diritto del contribuente ad essere sentito prima dell'emissione dell'avviso fondato sui dati bancari, un diritto al *contraddittorio prima del provvedimento* dell'Ufficio.

Ci si deve pertanto domandare cosa accada se l'avviso di accertamento fondato su dati bancari viene emesso senza previa attuazione del contraddittorio.

Anche se parte della dottrina⁷ sostiene quale unica e possibile conseguenza che l'avviso di accertamento sia nullo, la risposta è probabilmente più articolata, non dimenticando come tale radicale opzione sia contrastata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Infatti nonostante il progressivo affermarsi del principio della necessaria partecipazione del contribuente, e non più in chiave collaborativa, bensì in chiave contraddittoria e difensiva, il legislatore nazionale non ha ancora optato per la più naturale delle conseguenze, ovvero a ricollegare alla violazione del contraddittorio l'invalidità del provvedimento successivo; e ciò nonostante le soluzioni non possano più non tenere conto del livello extranazionale.

La riflessione sulle *conseguenze della violazione del contraddittorio* in termini di validità o invalidità dell'atto deve oggi avvenire alla luce della valorizzazione della cultura del risultato e della introduzione dello “*scopo*” come elemento di

⁶ Anche per il contenzioso tributario occorre fare riferimento ai principi generali in tema di prova presuntiva, ove la differenza tra presunzione legale e presunzione semplice è di ordine strutturale. Come ricordato in dottrina (F Terrusi, “*La prima giurisprudenza di merito sul nuovo redditometro: la tutela e i problemi di privacy, giurisdizione e retroattività*”, in “Il nuovo redditometro. L'equilibrio instabile tra contrasto all'evasione e rischio di vessazione”, a cura di A. Contrino, Milano, Egea, 2014) nella presunzione legale manca la struttura inferenziale del ragionamento presuntivo stabilita dall'art. 2727 c.c., perché la presunzione legale si rinviene in un meccanismo di tipo normativo che non riguarda tanto l'accertamento giudiziale dei fatti, quanto piuttosto il regime di distribuzione dell'onere della prova in ordine all'elemento liberatorio, a seconda che la presunzione (legale) sia assoluta oppure relativa. Di contro, lo schema logico della presunzione semplice si distingue per l'offrire uno strumento di accertamento di fatti, che può anche presentare qualche margine di opinabilità, ma che comunque si iscrive nell'art. 2727 c.c. Sicché a tale schema risponde la norma che si sia limitata a rappresentare la possibilità, per una delle parti, di avvalersi di strumenti probatori funzionali all'accertamento di fatti.

⁷ A. Marcheselli, *Fisiologia e patologia degli accertamenti bancari: il contraddittorio*, in *Quotidiano Ipsosa*, 17 settembre 2014.

valutazione; spostando così l'approccio allo studio dei vizi da un piano più rigorosamente formale, conseguenza di una concezione legalista del diritto, che assume a parametro la conformità dell'atto al dato di legge, ad un modello che guarda maggiormente alla sostanza, ovvero alla idoneità dell'atto a raggiungere il fine per il quale è stato emesso. Il punto di contrasto è quello degli effetti della sua violazione, tra affermazione di una vera e propria *nullità assoluta*⁸, che comporterebbe la imprescrittibilità, insanabilità e rilevabilità d'ufficio, e quella di una *nullità/annullabilità relativa*⁹.

Sia pur sinteticamente si può ritenere che per la violazione delle disposizioni sulla partecipazione che *non siano assistite da una espressa sanzione di nullità* occorrerà valutare se la partecipazione del contribuente possa essere ritenuta essenziale in funzione dell'interesse generale che la norma presidia¹⁰. Dando risposta positiva a tale domanda la mancata partecipazione renderà invalido e annullabile l'atto.

Diversamente, le violazioni di norme per le quali è espressamente prevista la *sanzione della nullità* (come accade ex art. 6, comma 5 Statuto; art. 37 bis/DPR 600) determinano nullità / annullabilità dell'atto emesso in violazione, atteso che il legislatore ha ritenuto essenziale la partecipazione difensiva del contribuente, qualificandola funzionale al risultato.

4. il contenuto dell'accertamento fondato su dati bancari

Non vi è dubbio, nonostante la giurisprudenza prevalente abbia talvolta persino sostenuto che non fosse necessario che l'avviso di accertamento contenesse una

⁸ SERRANO', *Il diritto all'informazione e la tutela della buona fede nell'ordinamento tributario italiano*, in Riv. dir. trib., 2001, 323; FALSITTA, *Lo statuto dei diritti del contribuente e il castello dei Pirenei*, in Corr. giur. 2001; CARPENTIERI, *Termini per l'iscrizione a ruolo ex art. 36 bis e per la notifica della cartella esattoriale: avviso bonario e tutela del contribuente*, in Rass. trib., 2000, 1503

⁹ CARBONE, in *Rass. trib.* 2001, 1275

¹⁰ Cass. Sez. Un. 18 dicembre 2009 nn. 26635, 26636, 26638 in materia di contraddittorio ai fini degli studi di settore.

contestazione analitica dei singoli movimenti bancari su cui la rettifica si fondava, che l'accertamento debba contenere una *idonea motivazione* (ovviamente essendo possibile che l'indicazione analitica sia presente nel processo verbale di contestazione allegato o comunque richiamato e noto al contribuente).

In primis l'onere di “giustificare” i *versamenti* avrebbe un senso solo quando il loro importo è disallineato rispetto ai compensi dichiarati, diversamente non vi sarebbe ragione giustificatrice della applicazione della *ratio* della norma di cui all'art. 32, che deve operare quando dai versamenti risultino movimenti che non trovano collegamento con i compensi dichiarati ¹¹.

La presunzione prevede poi che i *prelevamenti* sono considerati *come ricavi o compensi ... se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e sempreché non risultino dalle scritture contabili*.

Ciò pone alcuni interrogativi in quanto il “primo beneficiario” potrebbe essere lo stesso contribuente, per cui si pone il problema della necessità o meno di indicare i successivi beneficiari (terzi), atteso che se il contribuente indica sé stesso come beneficiario non si è ottenuto alcun elemento per escludere la rilevanza reddituale della operazione e, permanendo la operatività della presunzione.

D'altra parte la indicazione del beneficiario non è, sul piano probatorio, strettamente necessaria per escludere la presunzione, in quanto sarebbe possibile provare che il prelevamento non costituisce un ricavo, pur mantenendo il segreto sulla identità del beneficiario. La sua indicazione è posta quale requisito per facilitare le verifiche, in una logica di collaborazione ufficio – contribuente cui devono tendere i rapporti fra questi soggetti (in senso bilaterale).

La disposizione in esame, sempre nella parte in esame, recita in premessa “*alle stesse condizioni*”, il che potrebbe fare pensare di dovere recuperare anche in tale fase la previsione “se il contribuente non dimostra che *ne ha tenuto conto per la*

¹¹ Sull'operatività degli accertamenti fondati sullo strumento delle indagini bancarie, M. Damiani, “Indagini Bancarie a regime (sempre più) allargato, ma alcune questioni restano aperte”, in Corr. Trib., n. 44/2011, pagg. 3696-3704. A. Marcheselli, “Tutela dagli oneri probatori negli accertamenti bancari estesi ai conti personali dei soci”, in Corr. Trib., n. 32/2012, pagg. 2476-2481; Id., “Accertamenti bancari: regole rigide producono risultati irragionevoli e implausibili”, in Rivista di giurispr. Trib., n. 1/2010, pagg. 51-54.

determinazione del reddito soggetto ad imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine”. All’obbligo contenuto nella seconda parte dell’art. 32, primo comma n. 2, indicare il soggetto beneficiario, se ne aggiungerebbe così un altro, quello di provare l’irrilevanza reddituale dell’operazione.

Ma appare preferibile ritenere che la indicazione del beneficiario sia certamente *sufficiente* per evitare l'applicazione della presunzione, in quanto in questo caso l'Ufficio può verificare presso il terzo la ragione della dazione della somma. Viene così meno la *ratio* della presunzione, essendo stata eliminata la inferiorità conoscitiva dell'Ufficio.

Altro punto è quello relativo a **quali conti** possano essere posti a base della rilevazione dei dati bancari. Non vi è dubbio che tali possano essere quelli formalmente intestati al contribuente, ma è possibile che la presunzione operi anche sui dati rilevati da *conti bancari formalmente intestati a terzi*, in quanto ciò che rileva è la riferibilità effettiva della provvista al contribuente. Ciò vuol dire che sia stata in qualche modo provata la condizione preliminare che, diversamente da quanto risulta formalmente, il conto sia *nella disponibilità* del soggetto passivo.

Una disponibilità che non deve essere data per scontata, anche se può essere raggiunta in via presuntiva, tenendo conto delle relazioni tra il contribuente e l'intestatario (si pensi ai rapporti di parentela, di lavoro dipendente).

Sul punto la giurisprudenza¹² ha ritenuto che tale presunzione possa essere contrastata sia con prove documentali sia con dichiarazioni di terzi (recte con verbali di dichiarazioni di terzi), oltre che con altri dati presuntivi; giungendo sino ad ammettere la *prova testimoniale*, ove per cause non dipendenti dal contribuente sia stato impossibile produrre i documenti (come in caso di furto o incendio , si veda corte di Cassazione, sez. V, ordinanza 15 gennaio 2010, n. 587; Sez V, sentenza n. 5571 del 2011).

¹² Corte di Cassazione, Sezione V, 16 marzo 2003, n. 4423

E' noto come nel processo tributario, ex art 7, comma 4, D.Lgs. n. 546/1992 , “*non sono ammessi il giuramento e la prova testimoniale*”¹³, con possibile estensione di tale divieto anche al nuovo art. 257-bis c.p.c.

Sul punto in dottrina si è osservato che il divieto di prova testimoniale sarebbe limitato alla sola prova orale, in quanto era l'unica modalità prevista al momento in cui il legislatore formulava la disposizione dell'art. 7, comma 4, D.Lgs. n. 546/1992. La possibilità di una *testimonianza scritta*, introdotta nel 2009 per il processo civile, sarebbe così possibile anche nel rito tributario, sia perché non esplicitamente vietata sia perché coerente con la sua natura documentale.

Altra questione è quella relativa alla utilizzabilità delle *dichiarazioni scritte di terzi* rilasciate al difensore ex art. 257 ter c. p. c. nel processo tributario

La giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità,¹⁴ ha qualificato come *indizi*, valutabili, come tutti gli indizi, unitamente ad altri elementi di prova, sia le dichiarazioni riportate nel processo verbale di constatazione, sia quelle raccolte dal contribuente in dichiarazioni sostitutive dell'atto notorio.

Nel silenzio della legge, toccherà al cd diritto vivente dare una risposta in ordine alla valenza probatoria di tali dichiarazioni.

5. la sentenza della corte costituzionale

Con ordinanza del 10 giugno 2013 la Commissione tributaria regionale per il Lazio aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 1, numero 2), secondo periodo, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), come modificato dall'art. 1, comma 402, lettera a), numero 1), della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2005).

¹³ La Corte Costituzionale ha ritenuto tale diritto compatibile con il diritto di difesa in ragione della spiccata specificità del rito tributario, e, in particolare, del suo carattere documentale (sentenza n. 18 del 2000).

¹⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 18/2000, Cassazione, sentenze n. 3569, n. 6548 e n. 14290 del 2009; n. 11221 e n. 14879 del 2007, n. 4423 e n. 5957 del 2000.

Le censure del giudice rimettente investivano la seconda parte della norma, in quanto la presunzione disciplinata da tale ultima parte della norma nella sua originaria formulazione (limitata ai «ricavi») interessava unicamente gli imprenditori, mentre l'art. 1 della legge n. 311 del 2004 (inserendo anche i «compensi») ne ha poi esteso l'ambito operativo ai lavoratori autonomi.

A giudizio dei giudici remittenti la presunzione in base alla quale le somme prelevate dal conto corrente costituivano compensi assoggettabili a tassazione violava il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., oltre che l'art. 3 Cost., e ciò in quanto per il reddito da lavoro autonomo non potevano valere le correlazioni logico presuntive tra costi e ricavi tipiche del reddito d'impresa e il prelevamento sarebbe stato un «fatto oggettivamente estraneo all'attività di produzione del reddito professionale».

La *Corte Costituzionale, con sentenza 6 ottobre 2014, n. 228* ha ritenuto fondata la questione in riferimento alle censure di cui agli artt. 3 e 53 Cost.

Il giudice delle leggi ha osservato che se anche le figure dell'imprenditore e del lavoratore autonomo sono per molti versi affini nel diritto interno come nel diritto comunitario, esistono specificità di quest'ultima categoria che inducono a ritenere arbitraria l'omogeneità di trattamento prevista dalla disposizione censurata, alla cui stregua anche per essa il prelevamento dal conto bancario corrisponderebbe ad un costo a sua volta produttivo di un ricavo (secondo tale doppia correlazione, in assenza di giustificazione doveva ritenersi che la somma prelevata fosse stata utilizzata per l'acquisizione, non contabilizzata o non fatturata, di fattori produttivi e che tali fattori avessero prodotto beni o servizi venduti a loro volta senza essere contabilizzati o fatturati).

Nella propria decisione la Corte ha ricordato come il fondamento economico-contabile di tale meccanismo fosse stato ritenuto dalla stessa (sentenza n. 225 del 2005) congruente con il fisiologico andamento dell'attività imprenditoriale, il quale è caratterizzato dalla necessità di continui investimenti in beni e servizi in vista di futuri ricavi; ma ha affermato che l'attività svolta dai lavoratori autonomi, al contrario, si caratterizza per la preminenza dell'apporto del lavoro proprio e la marginalità dell'apparato organizzativo. Tale marginalità assume poi differenti

gradazioni a seconda della tipologia di lavoratori autonomi, sino a divenire quasi assenza nei casi in cui è più accentuata la natura intellettuale dell'attività svolta, come per le professioni liberali.

La non ragionevolezza della presunzione, ha aggiunto la Corte, è avvalorata dal fatto che gli eventuali prelevamenti (che peraltro dovrebbero essere anomali rispetto al tenore di vita secondo gli indirizzi dell'Agenzia delle entrate) vengono ad inserirsi in un sistema di contabilità semplificata di cui generalmente e legittimamente si avvale la categoria; assetto contabile da cui deriva la fisiologica promiscuità delle entrate e delle spese professionali e personali,

Conseguente la Corte Costituzionale ha affermato che la tale presunzione è lesiva del principio di ragionevolezza nonché della capacità contributiva, essendo arbitrario ipotizzare che i prelievi ingiustificati da conti correnti bancari effettuati da un lavoratore autonomo siano destinati ad un investimento nell'ambito della propria attività professionale e che questo a sua volta sia produttivo di un reddito.

E' noto come in dottrina¹⁵ si siano levate voci che, pur apprezzando la soluzione adottata per i prelevamenti dei professionisti, in particolare per la individuazione del fondamento in generale della presunzione prelevamenti- proventi nella "naturale fruttuosità degli investimenti", hanno criticato la decisione sopra riportata sia sul piano sistematico (lamentando la sottovalutazione dell'art. 24 Cost sul diritto di difesa, come la sopravvalutazione dell'art. 53 Cost), sia per avere lasciato insoluti i molti dubbi che permangono anche quando la disposizione viene applicata nei confronti degli imprenditori.

Non vi è dubbio, come acutamente osservato in dottrina¹⁶, che più ampie argomentazioni si sarebbero potute utilizzare per giustificare la scelta della Corte,

¹⁵ **Alberto Marcheselli**, *Indagini finanziarie, cade la presunzione a carico dei professionisti*, in *Quotidiano Ipsa*, 7 ottobre 2014. In generale sul tema, **E. Artuso**, "Presunzioni legali relative e retroattività. A proposito di prelevamenti bancari", nota a *Comm. trib. reg. Lazio, Sez. XXIV, Ord. n. 27 del 2013*, in *Riv. dir. trib.*, n. 7- 8, vol. XXIII, 2013, pagg. 394-412; **F. d'Ayala Valva**, "Dubbi di costituzionalità del prelevometro", in *Rivista di giurispr. trib.*, n. 8-9/2013, pagg.689-708; **A. Marcheselli**, "Presunzioni bancarie e accertamento dei professionisti: un 'pasticciaccio brutto' tra illegittimità costituzionale e illecito comunitario dello Stato", in *Dir. prat. trib.*, n. 5/2013, pagg. 2-761; **G. Fransoni**, "Ancora alla Consulta la presunzione sui prelevamenti bancari", nota a *Comm. trib. reg. Lazio, Sez. XXIV, Ord. n. 27 del 2013*, in *Riv. dir. trib.*, n. 7-8, vol. XXIII, 2013, pagg. 386-393.

¹⁶ **Francesco d'Ayala Valva**, *La corte costituzionale elimina il prelevometro*, in *Rivista di giurispr. Trib.* 2014, 12, 929.

in quanto già il legislatore del 1942 ha trattato separatamente la figura del lavoratore autonomo rispetto a quella dell'imprenditore. Infatti il lavoro autonomo trova il proprio riferimento nella disciplina del contratto di "opera intellettuale" (art. 2230 c.c.), nel quale il carattere fondante è l'attività personale prestata dal professionista (il cui compenso, ex art. 2233 c.c., viene determinato secondo le tariffe o gli usi, certamente non dipendente dalle spese sostenute); in sintesi una natura personale ed *intuitus personae* dell'attività professionale. L'attività di impresa trova, invece, la propria disciplina nell'art. 2082 c.c., attraverso l'impiego di capitale e di fattori produttivi per la produzione di ricchezza¹⁷. Differenze che si riverberano anche nella qualificazione del reddito prodotto, ex art. 53 del T.U.I.R., per il lavoro autonomo ed ex art. 55 dello stesso testo per il reddito di impresa.

6. Le questioni che rimangono aperte

a) la previsione per la quale i *prelevamenti* o gli *importi riscossi* "sono altresì *posti come ricavi o compensi* a base delle stesse rettifiche ed accertamenti, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario e sempreché non risultino dalle scritture contabili", può essere giustificata con due diverse motivazioni: collegando il prelevamento ad un *ricavo pregresso* o ad un *ricavo futuro*.

Ove si giustifichi la contabilizzazione del prelevamento quale **ricavo pregresso** va ricordato come la prima parte dell'art. 32, comma 1, n. 2, consente di recuperare a tassazione il versamento originario, sul presupposto che questo sia il "versamento di un ricavo". Ed allora ritenere di potere qualificare come ricavo anche il prelievo successivo dell'arricchimento si rivela quale **duplicazione abusiva**. Inoltre va evidenziato che poiché partendo dai costi è possibile determinare i ricavi con le percentuali di ricarico, non vi è ragione per non effettuare l'operazione inversa, ovvero *presumere i costi dall'ammontare dei ricavi, tenendo conto del ricarico normale* di quell'attività.

Diversamente si sostiene che il prelevamento sia determinato dalla necessità di affrontare un *costo*, che ovviamente sarà produttivo di un **ricavo futuro**.

¹⁷ F. Galgano, Trattato di diritto commerciale, 1978

Ma anche in questo caso è facile osservare che il ragionamento è viziato dal fatto che la disposizione presume un ricavo di uguale ammontare uguale al prelevamento (costo). Ma presumere un ricavo pari al costo non determina alcun utile imponibile, logica vuole che dovesse presumersi un ricavo maggiorato di un ricarico corrispondente all'utile medio dichiarato o accertato. In realtà in questo modo si va a tassare un ricavo al lordo, scontrandosi con i dicta della Corte costituzionale perché contrario all'art. 53 Cost. (C. Cost., 8 giugno 2005, n. 225), in quanto non è illegittimo ipotizzare che i prelievi, effettuati da un imprenditore dai propri conti correnti bancari e non giustificati, siano destinati all'attività di impresa e siano considerati reddito imponibile, ma ovviamente una volta detratti i costi.

In sintesi, come sostenuto in dottrina¹⁸ l'operazione dovrebbe essere la seguente: calcolare i ricavi sulla base del ricarico sui costi (utilizzando i prelevamenti), poi aumentare i ricavi della differenza tra il valore così ottenuto e quello dei versamenti; l'operazione non dovrebbe più essere ricavi = prelevamenti + versamenti, bensì ricavi = prelevamenti × ricarico, salvo che l'ammontare dei versamenti sia superiore, nel qual caso rileva quest'ultimo valore.

Altre domande si pongono in merito, tra queste quella se la presunzione si applichi ai soli **contribuenti in contabilità ordinaria**. In realtà si tratta di una domanda formale, in quanto la presunzione opera laddove le risultanze contabili non siano in grado di renderla superflua, e ciò sia se il contribuente non abbia tenuto la contabilità, sia se l'abbia tenuta, ma priva della annotazione del dato bancario, sia se non dovesse tenerla o non ne dovesse risultare la movimentazione bancaria, perché trattasi di contabilità semplificata. Così come la presunzione non è immediatamente rilevante nei confronti del contribuente in **regime forfettario** (stante la assenza della determinazione analitica dei ricavi).

¹⁸ A. Marcheselli, *Fisiologia e patologia degli accertamenti bancari: doppia tassazione di abnormi redditi "lordi ?"*, in quotidiano Ipsoa, 7 ottobre 2014;

b) Una ulteriore questione aperta è quella delle **STP** costituite ai sensi dell'art. 10 della Legge n. 183/2011 (e per gli avvocati ex legge 247/2013), ove la collocazione del reddito prodotto in una delle due categorie dovrà essere affrontata dal legislatore delegato, atteso che l'art. 11 della legge delega fiscale prevede la “assimilazione al regime dell'imposta sul reddito delle società (IRES) dell'imposizione sui redditi di impresa, compresi quelli prodotti in forma associata dai soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF)” (con la precisazione che la lettera m) specifica che l'esercizio della professione in forma societaria non costituisce, ai fini civilistici, attività d'impresa).

Anche in questo caso, come in tutta la materia tributaria, al governo sarà richiesto un particolare equilibrio, nel bilanciamento delle “necessità” fiscali con il rispetto del “sistema” (e del contribuente).

ALFREDO MONTAGNA