

IL CONTRADDITTORIO NELL'ACCERTAMENTO TRIBUTARIO

Prima parte¹

di **Valeria Fusconi**

In passato, la collaborazione fra le parti del rapporto tributario è stata decisamente scarsa e l'amministrazione finanziaria ha sempre mantenuto una posizione di supremazia (*ius imperii*) che ha innalzato il livello di litigiosità, rendendo particolarmente difficoltosa – almeno nella fase endoprocedimentale che precede l'emissione dell'atto di accertamento– un'efficace ed anticipata azione di difesa del cittadino nei confronti dell'attività di contrasto all'evasione svolta dal fisco.

A ciò non è estranea la L. 241/1990, dettante norme in materia di procedimento amministrativo, la quale, se pure all'art. 9 sancisce espressamente che “*qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati ... cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*”, nel successivo art. 13 esclude esplicitamente dall'applicazione della predetta disposizione “*i procedimenti tributari per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano*”.

E' con la riforma Visco del 1997² che comincia a registrarsi una positiva evoluzione verso una maggiore partecipazione del contribuente alle vicende fiscali in senso lato e tale processo di progressivo smantellamento delle tradizionali barriere fra fisco e contribuente – che, comunque è ben lontano dal ritenersi concluso - culmina nel

¹ Questo scritto intende analizzare – alla luce della dottrina, della prassi ministeriale e della giurisprudenza qualificata - l'istituto del contraddittorio nell'attività di accertamento tributario in generale (oggetto di questa prima parte), nell'accertamento con adesione (seconda parte) e infine, più specificamente, nell'accertamento con gli studi di settore (terza parte).

2000 con l'approvazione della Legge 212/2000, "Statuto dei diritti del contribuente", che introduce precise regole generali alle quali ogni rapporto tributario non può sottrarsi, quali la collaborazione, la trasparenza, la salvaguardia della buona fede, il non aggravamento della posizione dell'altra parte e che - agli artt. 6, cc. 2, 7 e 12 - riconosce espressamente il diritto del cittadino ad essere ascoltato, assistito ed informato sui fatti fiscali che lo riguardano.

L'introduzione del principio della soccombenza nel processo tributario, l'utilizzo massiccio di metodologie di controllo automatizzate (artt. 36 *bis* e *ter* del DPR 600/1973 e accertamenti *ex art.* 41 *bis* dello stesso decreto) e di tipologie di accertamento basate su argomentazioni presuntive e standardizzate (accertamento sintetico *ex art.* 38, c. 4, DPR 600/1973 e accertamenti basati su parametri e studi di settore) hanno reso ormai inevitabile – finalmente! - dare concreta attuazione al **principio del contraddittorio**, in modo da valorizzare la partecipazione attiva del contribuente al procedimento di accertamento sia per consentirgli una difesa "anticipata" rispetto alla sede processuale, ma anche per dar modo all'amministrazione finanziaria di approfondire la fase istruttoria del controllo, integrare gli elementi di accertamento desunti dagli incroci delle banche dati con gli argomenti difensivi provenienti dal privato ed evitare l'emissione di atti infondati e/o scarsamente sostenibili.

Non è fuor di luogo rammentare che il termine contraddittorio, sostantivo che deriva dal latino *contradicere*, indica una discussione pubblica fra persone che sostengono opinioni contrarie³: in tale accezione, il contraddittorio si qualifica come istituto tipicamente processuale, che consente alle parti di esporre ed offrire le

² E' questo l'anno in cui vengono approvate significative norme non solo di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti (decreti legislativi 241/1997, 462/1997, 463/1997, nonché il regolamento recante norme per il riordino della disciplina delle opzioni, approvato con DPR n. 442/1997), ma anche di modifica del sistema sanzionatorio preesistente (decreti legislativi 471/1997, 472/1997 e 472/1997), di introduzione dell'istituto dell'adesione a regime e della conciliazione giudiziale (D.lgs. 218/1997), nonché di approvazione del regolamento che da concreta attuazione all'istituto dell'autotutela dell'amministrazione finanziaria (D.M. 387/1997), introdotto con l'art. 2 *quater* del D.L. 564/1994.

³ Il DEVOTO-OLII chiarisce che il contraddittorio è il principio che garantisce il diritto inviolabile della difesa in

proprie diverse argomentazioni al vaglio dell'autorità giudicante. E' ben noto, infatti, che la regola del contraddittorio⁴ va inserita nel quadro del principio costituzionale del diritto alla difesa, il quale mira a garantire non solo l'uguaglianza delle parti, ma soprattutto di poter esporre e far valere le proprie ragioni e di conoscere le ragioni dell'altra parte, in modo da potervi controbattere ed influire così sull'esito della controversia.

Se l'obbligo del contraddittorio nel processo tributario, derivante in *prima ratio* dall'art. 24 della Costituzione, è ormai unanimemente riconosciuto, opinioni contrastanti si osservano, invece, sull'obbligatorietà del confronto fisco-contribuente in sede amministrativa, avuto riguardo alla mancanza una norma generale (neanche nello Statuto dei diritti del contribuente) che sancisca l'**obbligo** per l'amministrazione finanziaria di instaurare il contraddittorio prima di emanare l'atto di accertamento.

Non sbaglia, dunque, certa dottrina che tende a considerare alcune forme di interpello del contribuente prima dell'emissione dell'atto accertativo solo come **facoltà** dell'amministrazione e non già come adempimento di un dovere: il riferimento è alle attività istruttorie come questionari, inviti, richieste di esibizione documenti etc... che però, com'è stato osservato⁵, sono rimesse alla valutazione discrezionale dell'ufficio titolare del potere di accertamento, mentre dovrebbero porsi come "*irrinunciabile diritto del contribuente volto ad evitare che, prima di*

ogni stato e grado del giudizio e per esso il giudice non può decidere su alcuna domanda senza che la parte contro la quale è proposta sia stata messa in condizione di difendersi.

4 Il suo esatto contrario (ovvero i provvedimenti adottati *inaudita altera parte*, che tradotto letteralmente significa "*non udita l'altra parte*") designa tutti i provvedimenti urgenti che il giudice emette per fronteggiare situazioni in cui il ritardo provocherebbe danno o rischio di danno a un interesse o diritto. Dunque, in generale, il sacrificio imposto al cittadino, consistente nella rinuncia al contraddittorio, deve essere commisurato all'entità del rischio o danno da scongiurare nel caso concreto. Certamente è possibile definirlo come un'eccezione al principio generale del contraddittorio che impone la possibilità di contestazione in capo al soggetto sacrificato dal provvedimento giurisdizionale.

5 CAPOLUPO, *Accertamento: il completamento del contraddittorio*, in *Il fisco*, n. 31/2000, pag. 9748.

affrontare il costoso e defatigante iter contenzioso, sia privato della possibilità di provare o, comunque, fornire agli uffici elementi utili per la preventiva soluzione delle controversie”.

L'utilizzo dello strumento del contraddittorio comincia a muovere i primi faticosi passi con gli accertamenti previsti dalla legge 17/1985 (c.d. Visentini *ter*) in forza della quale gli uffici dovevano far precedere la notifica dell'atto impositivo da una richiesta di chiarimenti, con la quale il contribuente poteva giustificare i motivi per i quali il reddito presunto divergeva da quello dichiarato.

Tuttavia, è solo con il concordato a regime, introdotto dalle disposizioni contenute nel D.lgs. 218/1997, che il principio del contraddittorio – seppure norma non scritta⁶ – acquista preponderante rilevanza nelle attività di accertamento dei tributi. Infatti, nonostante l'impianto normativo dell'accertamento con adesione confermi, in capo all'amministrazione finanziaria, la presenza dello *ius imperii*, rappresentato dalla sua potestà impositiva, viene tuttavia riconosciuto al contribuente un ruolo partecipativo e viene ridimensionato il tradizionale trattamento di favore riservato all'amministrazione finanziaria, obbligandola a confrontarsi con il contribuente in una fase **anticipata** rispetto a quella giudiziale e, addirittura, a cercarne preventivamente il consenso verso l'imposizione fiscale.

⁶ Considerato che il contraddittorio, nel d. lgs. 218/1997, rappresenta il punto nevralgico apporto al quale ruota tutto il procedimento concordatario è singolare che tale espressione (“*contraddittorio*”, appunto) venga utilizzata una sola volta, a proposito dell'adesione dei soci e delle società di persone di cui al secondo comma dell'art. 4, nel quale si rammentano le conseguenze nei confronti dei soggetti che “*non hanno partecipato al contraddittorio*”.

In altre parole, com'è stato sottolineato dallo stesso Ministero delle Finanze⁷, si fa sempre più strada la tendenza verso una maggiore partecipazione del contribuente nel procedimento amministrativo di accertamento tributario, in modo da individuare una “giusta imposta” che, seppure non condivisa, sia quantomeno accettata dal soggetto passivo dell’obbligazione tributaria tramite la manifestazione del consenso che rappresenta la base originaria e fondamentale di un sistema tributario evoluto, che superi il vecchio modello di amministrazione basato sull’autorità, a vantaggio di quello basato sul consenso.

Gli innegabili vantaggi della collaborazione fra fisco e contribuente nell’accertamento tributario sono immediatamente percepibili nella **diminuzione della litigiosità** (il concordato a regime è ormai unanimemente considerato strumento ottimale per coniugare felicemente l’azione di accertamento a quella di riscossione), nella **maggiore sostenibilità** dell’atto di accertamento (le ragioni del contribuente vengono vagliate **prima** dell’emissione dell’atto che, quindi, acquista una maggiore concretezza e credibilità), nell’esaltazione del principio di **trasparenza dell’attività pubblica**, anch’esso derivante dalla diretta partecipazione del contribuente alla formazione del fascicolo che costituirà la base dell’istruttoria, prodromica all’emissione dell’accertamento.

Le attuali forme di coinvolgimento del contribuente nell’attività di controllo (escludendo l’istituto dell’accertamento con adesione di cui parleremo più in dettaglio) riguardano:

⁷ Cfr. art. 3 del disegno di legge delega per la riforma del sistema fiscale, approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 dicembre 2001.

- ***la liquidazione delle imposte ed il controllo formale delle dichiarazioni, eseguite ai sensi degli artt. 36 bis e 36 ter del DPR 600/1973***

l'obbligo di invitare il contribuente prima di iscrivere a ruolo le risultanze dell'attività di controllo delle dichiarazioni fiscali presentate⁸ è contenuto nell'art. 6, c. 5, dello Statuto ed è specificamente previsto a pena di nullità. Al predetto disposto normativo l'amministrazione ha ottemperato facendo precedere l'iscrizione a ruolo delle imposte dovute da una comunicazione d'irregolarità (nella quale sono riportate le maggiori somme dovute con le relative sanzioni ed interessi), in tutti i casi in cui dall'attività di controllo emerge una maggiore imposta rispetto a quella indicata nella dichiarazione ovvero – nel caso degli esiti del controllo formale ex art. 36 ter DPR 600/1973 – se la documentazione prodotta non risulta idonea a comprovare la correttezza dei dati dichiarati. Va precisato, tuttavia, che il legislatore ha limitato l'obbligo di inviare la comunicazione di irregolarità solo “*qualora sussistano incertezze su aspetti rilevanti della dichiarazione*” e ciò ha condotto la Cassazione (sent. n. 17396 del 23 luglio 2010) a precisare che tale comunicazione non è richiesta se l'iscrizione a ruolo deriva non da errori nella dichiarazione, bensì dall'omesso o insufficiente versamento di quanto dichiarato, considerato che l'amministrazione non è pervenuta ad un risultato diverso rispetto a quello indicato nella dichiarazione.

⁸ Il controllo delle dichiarazioni presentate è di due tipi:

- a) un controllo **automatico** effettuato su tutte le dichiarazioni presentate che consiste in una procedura automatizzata di liquidazione delle imposte, dei contributi, dei premi e dei rimborsi, sulla base dei dati e degli elementi direttamente desumibili dalle stesse dichiarazioni e di quelli risultanti dall'Anagrafe tributaria;
- b) un controllo **formale** effettuato sulle dichiarazioni selezionate in base a criteri fissati dal Direttore dell'Agenzia, che consiste in un riscontro dei dati indicati nella dichiarazioni con i relativi documenti giustificativi.

- ***l'emissione di atti di accertamento basati su indagini bancarie, ex art. 32 del DPR 600/1973 e art. 52 del DPR 633/1972***

Espletate le formalità previste dalla legge ed eseguita l'indagine bancaria, il contribuente **può** essere convocato presso l'ufficio finanziario per dare informazioni sui dati e sulle movimentazioni risultanti dai conti. Se questi non prova che delle suddette movimentazioni ha tenuto conto per la determinazione del reddito, le stesse sono poste a base delle rettifiche e degli accertamenti. Allo stesso modo, gli eventuali prelevamenti risultanti dai conti bancari e non annotati nelle scritture contabili si considerano ricavi, se il contribuente non ne indica il soggetto beneficiario. Come precisa la norma e conferma la giurisprudenza⁹, si tratta di contraddittorio non obbligatorio, la cui mancata instaurazione non determina l'illegittimità dell'accertamento in quanto il contribuente può sempre esporre le proprie ragioni nella sede contenziosa, dimostrando di avere tenuto conto delle movimentazioni, così vincendo la presunzione legale *iuris tantum*.

- ***l'emissione di accertamenti basati sugli studi di settore, ex art. 62 bis del D.L. 331/1993 e art. 10 della L. 146/1998***

L'art. 1, c. 409 lett. b) della legge 311/2004 (finanziaria per il 2005) ha introdotto l'**obbligo** per l'ufficio finanziario di invitare il contribuente al contraddittorio **prima** della notifica dell'avviso di accertamento. Tale obbligo, dapprima limitato ai contribuenti in contabilità ordinaria anche per opzione ed ai professionisti solo quando risultavano non congrui in due annualità su tre consecutive (cosiddetta "*regola del 2 su 3*"); è stato poi confermato con carattere di generalità dall'art. 37 del D.L. 223/2006¹⁰. Peraltro, verso il contraddittorio preventivo si indirizzano

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. n. 9946/2000, n. 10060/2000, n.2752/2010. In tale ultimo intervento, la Corte di Cassazione ha ribadito che costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale, ferma restando la verifica circa la sussistenza dei presupposti di applicazione della disposizione ex art. 32 del DPR 600/1973, l'amministrazione finanziaria non è onerata di attivare l'instaurazione di una fase pre-contenziosa di contraddittorio con il contribuente al fine di utilizzare i dati e gli elementi desumibili dalle indagini bancarie e finanziarie.

¹⁰ Inoltre, con il predetto decreto legge:

anche tutte le circolari ministeriali che forniscono istruzioni operative sulle attività di accertamento mediante l'utilizzo dei parametri e/o studi di settore¹¹, così definitivamente consolidandosi il principio non solo dell'obbligatorietà del contraddittorio, ma anche per lo svolgimento anticipato di quest'ultimo, quando si utilizzano metodologie di non provata affidabilità. In effetti, se la presunzione recata dagli studi di settore non è sufficiente – da sola – a motivare l'accertamento di maggiori ricavi (e verso ciò conducono numerose sentenze di qualificata giurisprudenza, come vedremo nel prosieguo, allorché tratteremo specificamente del contraddittorio con gli studi di settore), allora occorre un'attività istruttoria amministrativa in contraddittorio con il contribuente che faccia emergere le peculiarità dell'azienda considerata, l'effettiva situazione personale del contribuente e la realtà economica e territoriale nella quale egli opera, rispetto al modello “generale” che emerge dallo studio di settore.

- **la “moratoria” di cui all'art. 12, c. 7, L. 212/2000**

La disposizione in commento, nel sancire il divieto di emissione di atti d'accertamento prima di 60 giorni dal rilascio di copia del processo verbale di chiusura delle operazioni di controllo, impone all'amministrazione di vagliare preventivamente eventuali osservazioni e richieste del contribuente prima di formalizzare gli esiti dell'attività accertativa. La norma muove dall'assunto che, nel corso della verifica o subito dopo la sua conclusione, il contribuente deve avere modo di valutare con serenità i rilievi mossi ed eventualmente poter contraddire con l'amministrazione, estrinsecando osservazioni e richieste, in modo che si giunga ad un atto accertativo più ponderato nella sostanza; il legislatore, pertanto,

1) è stata abrogata anche la norma che legittimava l'accertamento quando, per il singolo periodo d'imposta, il contribuente in contabilità ordinaria risultava non congruo ed emergevano situazioni di incoerenza rispetto agli indicatori di coerenza previsti dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 8.1.2006 valido dall'anno 2004;
2) è stata eliminata la norma che consentiva l'accertamento da studi per i contribuenti in contabilità ordinaria quando la contabilità ordinaria risultava inattendibile.

11 *Ex multis*, cfr. circolari nn. 146/1997 – 136/1999 – 25/2001 – 157/2000 – 74/2002.

pospone l'esercizio dell'attività d'accertamento di 60 giorni, decorrenti dalla data di notifica del verbale, fatti salvi casi di particolare e motivata urgenza. In altre parole, il legislatore ha inteso valorizzare il dialogo fra fisco e contribuente a conclusione della verifica, imponendo all'attività di accertamento una battuta d'arresto contenuta in almeno 60 giorni per dar modo all'ufficio finanziario di valutare la fondatezza delle eventuali eccezioni rappresentate¹².

- ***l'applicazione della metodologia "sintetica" ex art. 38, c. 4, del DPR 600/1973, come modificata dall'art. 22 del D.L. 78/2010***

Mentre nell'accertamento analitico vengono individuate e valutate le singole componenti reddituali del contribuente persona fisica, nell'accertamento sintetico¹³ l'ufficio finanziario determina direttamente il reddito complessivo netto della parte non sulla base di fonti di reddito, ma sulla scorta di altri elementi economicamente rilevanti, che denunciano l'esistenza di un reddito superiore a quello dichiarato. Gli elementi e le circostanze rilevanti per la ricostruzione sintetica del reddito sono i più diversi, ma tutti caratterizzati dall'esprimere una capacità di spesa incompatibile con il reddito dichiarato e dai quali, quindi, si può desumere un reddito ulteriore. L'art. 22 del D.L. 78/2010 ha operato un *restyling* della metodologia sintetica, applicabile a partire dall'anno d'imposta 2009 modificato i commi 4, 5, 6, 7 e 8 dell'art. 38 del D.P.R. n. 600/73, assicurando, da una parte, maggiori garanzie al contribuente, ma anche adattando la metodologia ai cambiamenti subiti dalla società nel corso di questi anni. Ma, per ciò che qui interessa¹⁴, la revisione operata sulla metodologia accertativa prevede che, prima di procedere alla determinazione sintetica del reddito complessivo, l'ufficio provveda

¹² Sul tema dell'accertamento anticipato, emesso prima dello scadere dei 60 giorni, vedi su queste stesse pagine ANTICO, [L'accertamento anticipato, lo stato dell'arte: dottrina, giurisprudenza e prassi](#) in *Commercialista telematico*, agosto 2010.

¹³ Sull'argomento, sia consentito il rinvio a FUSCONI, [Non tutto fa sintetico](#), in *Commercialista telematico*, giugno 2010 e ancora [Studi di settore e indici di ricchezza, un mix interessante](#), sempre in *Commercialista telematico*, aprile 2010.

ad invitare il contribuente a comparire di persona, o a mezzo di un rappresentante, per fornire dati e notizie rilevanti a fini dell'accertamento e solo successivamente potrà avviare il procedimento di accertamento con adesione, ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. 218/1997. In tal modo il contribuente potrà fornire in via anticipata tutti i chiarimenti in relazione agli elementi indicativi di capacità contributiva che l'amministrazione ritiene significativi ai fini della rettifica del reddito dichiarato.

L'obbligo di instaurazione **preventiva** del contraddittorio con il contribuente è stata espressamente sancita anche dalla Corte di Giustizia in materia doganale (sentenza *Sopropè* del 18 dicembre 2008, causa C-349/07) poi richiamata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 8481/2010 con la quale il massimo giudice di legittimità, richiamandosi al principio fatto proprio dal giudice comunitario, ribadisce la **centralità** nel contraddittorio nella fase di accertamento e la necessità che i contribuenti debbano essere messi nelle condizioni di manifestare il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende esercitare una pretesa fiscale.

In conclusione il contraddittorio, nella fase endoprocedimentale e quale previsione di carattere generale cui deve uniformarsi l'accertamento tributario, tende a realizzare quel concetto di *tax compliance*¹⁵ alla quale punta l'amministrazione finanziaria per dare concretezza al dettato dell'art. 10 dello Statuto in tema di collaborazione e tutela della buona fede. Ma l'anticipazione del contraddittorio alla fase procedimentale non si esaurisce in una partecipazione del contribuente all'attività di accertamento nell'interesse del fisco (esibizione di fatture, registri, etc.), ma si spinge anche e soprattutto verso una partecipazione in chiave difensiva,

14 Sulle novità in tema di accertamento sintetico cfr. BUETTO, [Il maxi emendamento conferma la revisione dell'accertamento sintetico](#), in *Commercialista telematico*, luglio 2010.

15 La tax compliance è la *mission* dell'Agenzia delle Entrate e consiste nel livello di adesione spontanea del contribuente agli obblighi fiscali che l'amministrazione finanziaria ottiene utilizzando opportunamente due leve: da un lato il servizio, l'assistenza e le informazioni che fornisce al singolo, dall'altro il contrasto all'evasione fiscale.

evitando – per quanto possibile - l’instaurazione del contenzioso perché la conoscenza e la ponderazione delle eccezioni difensive prima della notifica degli atti impositivi consente all’ufficio di ridimensionare le proprie pretese qualora non siano suffragate da sufficienti elementi probatori.

Il principio del contraddittorio, dunque, ha ormai acquistato pieno diritto di cittadinanza nel procedimento di accertamento tributario, garantendo non solo il diritto di difesa del contribuente in via anticipata, ma assolvendo anche finalità di concreto adeguamento del contenuto dell’accertamento alla particolarità del caso concreto.

Sembrano quindi maturi i tempi per procedere, a dieci anni dalla sua approvazione, ad un *restyling* della L. 212/2000, istituzionalizzando il dialogo fra le parti del rapporto tributario ed offrendo al contraddittorio anticipato la dignità normativa di cui sinora è stato ingiustamente privato.

15 settembre 2010

Valeria Fusconi