Civile Sent. Sez. 5 Num. 23031 Anno 2015
Presidente: PICCININNI CARLO
Relatore: CIRILLO ETTORE
Data pubblicazione: 11/11/2015

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso 11748-2010 proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

2015

2757

NEW ITALTESS SRL IN LIQUIDAZIONE in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA OTTAVIANO 42, presso lo studio dell'avvocato BRUNO LO GIUDICE, rappresentato e difeso dall'avvocato MICHELE DI FIORE giusta delega

a margine;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 79/2009 della COMM.TRIB.REG. di NAPOLI, depositata il 23/03/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/09/2015 dal Consigliere Dott. ETTORE CIRILLO;

udito per il ricorrente l'Avvocato URBANI NERI che ha chiesto l'accoglimento;

udito per il controricorrente l'Avvocato DI FIORE che ha chiesto il rigetto;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FEDERICO SORRENTINO che ha concluso per l'accoglimento del 2° motivo di ricorso.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RITENUTO IN FATTO

Con decisione n. 316 del 2006 - la commissione tributaria provinciale di Napoli annullava l'avviso di accertamento emesso in danno della Soc. New Italtess per l'anno 2003 e per il recupero di maggiori imposte dirette e la correlata imposizione sul valore aggiunto. Il primo giudice rilevava, infatti, che la determinazione della percentuale di ricarico, posta a fondamento delle pretese erariali, traeva origine da un documento extra contabile utilizzato dai verbalizzanti e non allegato al processo verbale né presente negli atti causa.

Per la riforma di tale decisione il fisco ha proposto appello rilevando che non v'era alcuna scrittura extra contabile né alcun tabulato scomparso, perché quella utilizzata era solo una "stampa" ottenuta dalla interrogazione dei dati contabilizzati dalla società, che, però, non era stata allegata al processo verbale di constatazione perché lasciata in custodia alla stessa parte contribuente. Ha aggiunto che l'ufficio aveva sì applicato la percentuale di ricarico (20%) riportata dai verbalizzanti, ma ciò aveva fatto perché era stata concordata in contraddittorio con la parte nel corso della verifica fiscale.

Con decisione n. 79 del 23 marzo 2009 la commissione tributaria regionale della Campania ha rigettato l'appello. Ha motivato la decisione affermando che: "Nel caso in esame l'ufficio ha motivato l'accertamento in questione con mero rinvio alle considerazioni sviluppate dalla Guardia di finanza, giungendo alle stesse conclusioni senza però sviluppare una propria autonoma valutazione delle medesime, procedendo alla rettifica di singole componenti reddituali in base alla applicazione di una diversa percentuale di ricarico, desunta dai verbalizzanti da un tabulato - di cui non vi è traccia - riportante la situazione delle merci destinate alla rivendita e giacenti in azienda dedotta dai dati contabilizzati".

Per la cassazione delle sentenza d'appello, l'Agenzia delle entrate propone ricorso affidato a due motivi; la contribuente resiste con controricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato.

La difesa erariale, coi due motivi, fondatamente denuncia errori di giustificazione della decisione di merito sul fatto laddove il giudice d'appello trascura fatti principali e secondari risultanti dagli atti e addotti nel processo a riprova della legittimità degli accertamenti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

In effetti, dalle parti salienti del processo verbale di constatazione trascritte in ricorso risulta con sufficiente chiarezza che il volume d'affari della società contribuente è stato determinato "considerando quale percentuale di ricarico il 20% così come concordato in contraddittorio con il sig. G. Marigliano Giorgio amministratore unico della Italtess s.r.l.".

Tale concordamento risulta, dunque, dal processo verbale sottoscritto senza riserve dell'amministratore unico della Italtess s.r.l. e costituente atto fidefacente sino a querela di falso, riguardo alla effettività delle operazioni dei verbalizzanti e di quanto accaduto e/o dichiarato alla loro presenza.

Vale, pertanto, il principio logico-giuridico che l'accettazione da parte del contribuente, in contraddittorio con i verbalizzanti, di una data percentuale di ricarico può essere apprezzata come confessione stragiudiziale risultante proprio dal processo verbale sottoscritto e, quindi, tale da legittimare l'accertamento dell'ufficio (Cass. 5628/1990 e 1286/2004). Così come ogni dichiarazione del legale rappresentante può costituire prova non già indiziaria, ma diretta del maggior imponibile eventualmente accertato nei confronti della società, non bisognevole, come tale, di ulteriori riscontri (Cass. 28316/2005, 9320/2003, 7964/1999).

Orbene, si tratta di fatti che, se apprezzati, avrebbero potuto avere carattere decisivo per escludere la tesi sostenuta dalla società contribuente, per l'appunto rappresentata dall'inesistenza di elementi fondativi del ricarico.

Il rilievo formulato dinanzi giudice di legittimità è in linea col controllo della motivazione risultante dal n.5 dell'art.360 cod. proc. civ., nel testo novellato nel 2006 e applicabile "ratione temporis", non avendo il giudice d'appello esaminato il fatto storico che avrebbe potuto paralizzare l'avversa tesi.

Del resto si è, da tempo, chiarito che il controllo motivazionale può concernere l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali che abbia costituito oggetto di dibattito nel giudizio di merito e abbia carattere decisivo.

Trattasi di caratteri sussistenti nella specie (v. la sentenza d'appello e i quesiti di fatto in ricorso), poiché il giudice di merito ha sì il potere discrezionale d'individuare le fonti del proprio convincimento, ma occorre comunque che questa scelta sia in qualche modo esternata o ricavabile dalla motivazione della decisione.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Sulla scorta di tali assorbenti considerazioni, risultano superate le censure difensive della controricorrente anche con riguardo alla prospettata sindacabilità delle valutazioni esposte dal giudice d'appello non quale vizio motivazionale, ma quale "error in procedendo" di natura omissiva (art. 360 n.4 cod. proc. civ.).

L'uno, infatti, implica la soluzione del caso concreto in modo logicamente scorretto ovvero dimentico di fatti discussi e decisivi. L'altro implica, diversamente, la completa omissione del provvedimento indispensabile per la soluzione del caso concreto e si traduce in una violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. (Cass. 13866/2014); il che non ricorre nella fattispecie in esame.

Dall'accoglimento del ricorso deriva la cassazione della sentenza impugnata con rinvio dinanzi alla commissione tributaria regionale della Campania per nuovo esame e anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza d'appello e rinvia la causa, per nuovo esame e per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità, dinanzi alla commissione tributaria regionale della Campania in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 22 settembre 2015.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale