

Spia al Diritto

Indagini su conti correnti e depositi

Un'attenta disamina della disciplina vigente in materia bancaria

GENNARO DI MAGGIO* E MARCO MODUGNO**

Fino alla legge 413/1991 la disciplina delle indagini su conti correnti e depositi era, per ragioni di natura fiscale, fortemente condizionata ed ostacolata dal segreto bancario, istituto non disciplinato positivamente, ma applicato nella consuetudine dei rapporti con gli Istituti di credito e giustificato dalla esigenza di salvaguardia dei valori costituzionali della libertà di investimento e della tutela del risparmio.

La legge del 1991 ebbe il merito di affrontare il problema dell'uso del segreto bancario ai fini dell'individuazione dell'evasione tributaria ed a questo il legislatore è stato indirizzato da quanto sancito dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 51 del febbraio 1992, stabilì, in un giudizio relativo alla costituzionalità della disciplina precedente in tema di potere investigativo della Guardia di Finanza, la preminenza dell'interesse generale al concorso di tutti alle spese pubbliche, in ragione della capacità contributiva di ciascuno, da accertarsi eventualmente con indagini bancarie, sulla riservatezza e sulla libertà di disposizione dei propri risparmi.

Questi ultimi, pur essendo indubbiamente valori costituzionalmente tutelati, in questa ottica risulterebbero subordinati a quelli pubblici e sociali rinvenibili nella necessità del contributo di ogni cittadino alle spese statuali, secondo il proprio patrimonio e il proprio reddito, nonché della trasparenza dell'attività di produzione e di investimento della ricchezza.

Quest'ultima categoria è posta oggi, tanto per affacciarsi sulla stretta attualità, alla base degli interventi del legislatore in tema, ad esempio, di tracciabilità dei compensi percepiti dai professionisti (Decreto Bersani) oppure della tassativa indicazione del prezzo e della relativa provenienza nei contratti di compravendita immobiliare.

Tornando al quadro normativo accennato, i commi 402 e 403 dell'articolo unico della L. 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005), hanno, infine, modificato, potenziandoli, i poteri della Guardia di Finanza e dell'Agenzia delle Entrate relativamente alle indagini bancarie. Tra gli interventi di vario genere, spicca, senz'altro, la possibilità di utilizzare anche nei riguardi dei professionisti l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 32, comma 1, punto 2, del D.P.R. 600/73.

La norma, infatti, introducendo la parola "compensi" ("alle stesse condizioni sono posti come ricavi o compensi [...] i prelevamenti o gli importi riscossi [...]") ha inteso estendere anche alla categoria dei lavoratori autonomi la presunzione secondo cui versamenti e prelevamenti che non siano stati registrati in contabilità e che risultino dai movimenti bancari, sono considerati alla stregua di ricavi, salvo prova contraria.

L'aver accostato, per deduzione logica, il termine "compensi" alla categoria dei professionisti, d'altronde, non è frutto di uno sforzo interpretativo, quanto di un semplice esercizio applicativo.

Il legislatore ha volutamente utilizzato la terminologia "compensi", contenuta nell'art.54 T.U.I.R., per identificare con precisione l'ambito del lavoro autonomo in generale e delle professioni in particolare.

L'indagine bancaria: presupposti applicativi e procedura d'indagine
A norma dell'art. 32, D.P.R. 600/73, dunque, le Agenzie delle Entrate, per l'adempimento dei loro compiti, possono invitare i contribuenti a comparire di persona, o per mezzo di rappresentanti, per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti, anche relativamente ai rapporti ed alle operazioni, i cui dati, notizie e documenti siano stati acquisiti attraverso una procedura di indagine che può coinvolgere banche, Posta S.p.a. e intermediari finanziari, siano essi nazionali o stranieri. Questa procedura non presuppone che nei confronti del soggetto indagato sia stato attivato un controllo fiscale: la delicatezza e riservatezza della materia, tuttavia, è tale da richiedere l'attenta valutazione da parte degli organi più alti in grado dell'Amministrazione Finanziaria e della Guardia di Finanza, al fine di controllare, da una parte, che l'attività investigativa

richiesta soddisfi i principi di economicità e di efficienza ai quali è informata l'azione amministrativa, dall'altra che essa sia effettivamente fondata su esigenze istruttorie di un certo peso, tali da giustificare il sacrificio dell'interesse privato rispetto a quello pubblico. A corollario di quanto appena detto, pertanto, l'attivazione delle indagini sui conti bancari e parabancari del contribuente necessita della preventiva "autorizzazione del Direttore Centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del Direttore Regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della guardia di finanza, del Comandante Regionale". L'autorizzazione deve essere indirizzata al responsabile della struttura accentrata, ovvero, al responsabile della sede o dell'ufficio destinatario, il quale, a decorrere dalla notifica del provvedimento autorizzativo, avrà un termine, non inferiore a 30 giorni, per fornire la documentazione sollecitata. Su istanza dell'operatore finanziario, il termine può essere prorogato per un periodo di 20 giorni dal competente Direttore Centrale o Direttore Regionale per l'Agenzia delle entrate, ovvero, per il Corpo della guardia di finanza, dal Comandante Regionale, quando ricorrano giustificati motivi. Nell'ottica della tutela del contribuente, "l'invito a collaborare" deve avere gli elementi tipici dell'atto amministrativo ed, in particolare, la motivazione, che deve supportare e giustificare le verifiche bancarie successive. Sotto tale profilo, una irregolarità sostanziale o formale dell'atto lo renderebbe invalido.

Purtroppo, nella prassi si riscontra sempre più spesso l'esecrabile modalità di adottare motivazioni apodittiche, se non addirittura inesistenti, mediante l'utilizzo di formule preconfezionate e ripetitive. Il problema non è solo di natura formale: in questa maniera oltre alla palese e, purtroppo, consueta violazione del principio del contraddittorio, vi è una violazione più alta. Deve comprendersi come il sacrificio dell'interesse privato, come sopra già evidenziato, debba rivestire il carattere della eccezionalità ed essere giustificato da straordinarie esigenze investigative e dalla sussistenza di situazioni di particolare gravità in capo all'indagato.

Siamo dunque apertamente contrari, con forza, all'utilizzo dello strumento sin qui descritto per interventi a tappeto sulle categorie professionali, su precisi settori di esse, individuati magari dalla pura e semplice esistenza di specifici rapporti professionali con altre istituzioni di riferimento (assicurazioni, banche, enti pubblici).

I prelievi non contabilizzati

L'art. 32, comma 1, n. 2, del DPR 600/73, così come modificato dalla legge del 30 dicembre 2004, n. 311, precisa che i dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati attraverso le indagini bancarie "sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 38, 39, 40, 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 semprechè non risultino dalle scritture contabili i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni". L'elemento di novità, sin qui descritto in via preliminare, è dato, appunto dall'utilizzo della parola compensi e dal conseguente coinvolgimento delle categorie professionali. Gli uffici finanziari possono, quindi, procedere alla rettifica dei redditi imponibili in virtù di una presunzione che ammette prova contraria. Mentre la ratio della norma, per ciò che concerne i versamenti non contabilizzati, è abbastanza intuitiva, in quanto è evidente che si versa una somma incassata e che detta somma possa presumibilmente provenire dall'esercizio dell'attività professionale, appare inevitabilmente tortuosa e di difficile lettura quella relativa ai prelievi. Sostanzialmente si presume che dietro ogni prelevamento ci potrebbe essere un ricavo occultato in quanto tale somma potrebbe essere stata utilizzata per l'acquisto in evasione di merce successivamente rivenduta "in nero". Premesso che in astratto tale ragionamento potrebbe trovare qualche ragione di esistere per le imprese, non si comprende come sia possibile traslare tale presunzione anche nell'ambito del reddito di lavoro autonomo laddove è fortemente probabile, quanto inevitabile, che possa non esserci una spiegazione economica per ogni movimentazione effettuata. Infatti, mentre rientra, per così dire, nella fisiologia dell'attività imprenditoriale che l'imprenditore acquisti materie prime per lavorarle, trasformarle e venderle, o semplicemente per scambiarle, allo scopo dell'ottenimento di un profitto, non altrettanto può dirsi per il professionista, per colui che dà una prestazione intellettuale: quello che fornisce al cliente non è il bene acquistato ma il risultato di una elaborazione intellettuale, appunto una prestazione professionale. É di tutta evidenza, inoltre, che, soprattutto per i contribuenti in contabilità semplificata o, comunque con limitato volume d'affari, il

procedimento di ricostruzione non può essere basato su un requisito esclusivamente formale quale devono essere considerate le risultanze contabili. Ad ogni buon conto, dalla norma si evince la necessità che si verifichi una duplice condizione affinché risulti legittimata la presunzione in argomento:

- 1) che non sia indicato il soggetto beneficiario del prelievo;
- 2) che il prelevamento non risulti dalle scritture contabili.

Di contro, la prova contraria che può essere fornita dal contribuente deve considerarsi assolutamente alternativa. In questo senso si esprime anche la recentissima sentenza n. 158 del 2007 della Commissione Tributaria Provinciale di Bologna, secondo la quale, appunto, il contribuente o fornisce la prova dell'indicazione in contabilità del prelievo ovvero, in mancanza della registrazione contabile, può indicare le generalità del beneficiario. Tuttavia, se la prova fornita dalle scritture contabili esclude ogni possibile contestazione da parte dell'Ufficio, chiudendo definitivamente la questione, non altrettanto avviene con la mera indicazione del beneficiario.

In questo caso, infatti, l'onere probatorio si sposta sull'Ufficio, il quale, se ritiene che la circostanza non sia vera, potrà invitare il percettore al fine di ottenere chiarimenti sull'erogazione beneficiata, oltrechè la relativa documentazione. Vista la delicatezza della questione nonchè le perplessità e le resistenze suscitate dalla modifica legislativa in esame, la stessa Amministrazione Finanziaria, con la circolare n. 32/E, del 19 ottobre 2006, ha precisato che gli uffici non dovranno tenere un'impostazione particolarmente rigida e formale per quanto attiene la loro attività investigativa, ma bensì tenere conto del fatto che i prelievi possano non sempre avere rilevanza fiscale. Ragion per cui, nei casi di manifesta esiguità od occasionalità dei prelievi stessi, l'Ufficio dovrà ragionevolmente ritenere che gli stessi siano connessi a normali esigenze personali e familiari dell'imprenditore o del professionista. L'auspicio, o meglio l'esigenza, da esprimere in questa sede è che gli Uffici locali tengano effettivamente conto di questo indirizzo espresso a livello centrale: deve rilevarsi, invece, nelle esperienze sin qui riscontrate e segnalate, un certo accanimento e, soprattutto, una eccessiva rigidità nell'interpretazione della norma e nello svolgimento delle procedure.

Retroattività della modifica normativa

Non altrettanto ragionevole, invece, appare quanto sostenuto dall'Amministrazione Finanziaria con la circolare n. 10/E del 16 marzo 2005, nella quale si indica che "le disposizioni introdotte con i commi 402, 403 e 404 dell'art. 1 della L. n. 311/2004 ampliative dei poteri di indagine bancaria a disposizione del Fisco, in quanto hanno per oggetto poteri istruttori, hanno natura procedimentale. Ne deriva che gli effetti prodotti da queste disposizioni si riflettono sui contribuenti anche per gli anni pregressi, con riguardo a tutti gli anni accertabili alla data di effettuazione del controllo". Nonostante taluni interventi legislativi abbiano tentato di limitare la portata retroattiva dei poteri istruttori dell'Amministrazione Finanziaria (il Dl. n. 203/2005, distinguendo tra operazioni transitate in conto bancario ed operazioni "fuori conto", ha precisato che soltanto le prime sono accertabili anche con riferimento ai rapporti intercorsi antecedentemente al 1° gennaio 2005), resta tuttora viva ed attuale la delicata tematica relativa alla natura sostanziale/procedimentale della norma introdotta.

Il nostro ordinamento giuridico non prevede la retroattività quale principio naturale dell'efficacia della legge nel tempo. La legge ha un'efficacia temporale che decorre dalla data della sua entrata in vigore e, in quanto tale, dispone per il futuro. Tuttavia, quando si verte in materia di norme procedimentali, cioè di norme che regolamentano l'attività interna agli uffici, la regola dell'irretroattività subisce un'eccezione nella pratica: la nuova norma, infatti, inerendo ad un procedimento non cristallizzato, ma tuttora in corso, finisce col riverberare i suoi effetti giuridici su rapporti sorti anteriormente alla sua entrata in vigore. Più in particolare, in ambito tributario, le disposizioni di natura e di portata meramente procedimentali, che si applicano ai singoli atti di accertamento posti in essere dopo l'entrata in vigore della legge coinvolgono, inevitabilmente, fatti materiali verificati in un momento antecedente l'entrata in vigore della stessa. Fermo restando questo importante principio, tuttavia, in alcuni contesti, risulta assolutamente arduo comprendere quale sia la linea di demarcazione che delimita il confine tra norme procedurali e norme sostanziali. Come può definirsi categoricamente endo-procedimentale una norma che, nel regolare le procedure interne all'Amministrazione Finanziaria, finisce con l'incidere decisamente sulla capacità probatoria del contribuente?

Di frequente le norme procedurali e processuali hanno efficacia, alla stregua delle norme sostanziali, sugli elementi fondamentali del tributo, coinvolgendo indirettamente la capacità contributiva o, come nel caso de quo, sul diritto di difesa e sulle garanzie del contribuente. In questi casi, dette norme andrebbero classificate tra quelle speciali sulle prove (c.d. norme di garanzia), in quanto, stabilendo nuovi strumenti di acquisizione di mezzi di prova in fase di accertamento, incidono sulla sfera giuridica dei privati e sulla loro riservatezza. Il problema, di evidente delicatezza nell'ambito della tutela dei diritti del contribuente — professionista, va affrontato in un duplice profilo. In un caso pratico, esaminato da chi scrive, un collega avvocato ha ricevuto nel 2005 un'ispezione dell'Agenzia delle Entrate avente ad oggetto gli anni 2002 e 2003. Sono stati esibiti i conti correnti dalle cui risultanze è emerso che, a parere dell'Ente impositore, vi fossero prelievi non contabilizzati tali da giustificare un accertamento di maggiore reddito. Indipendentemente dal merito, la difesa del contribuente, in maniera del tutto convincente, sostiene che la norma entrata in vigore successivamente non possa disciplinare comportamenti che, al momento in cui sono stati posti in essere, erano pienamente legittimi. In parole semplici, è assolutamente innegabile e, a nostro parere, determinante, che negli anni 2002 e 2003, prima della entrata in vigore della norma, il professionista, il quale come tutti utilizzava promiscuamente il proprio conto corrente per esigenze professionali e personali, non dovesse preoccuparsi di giustificare un prelievo, qualunque ne fosse l'utilizzo. Il contribuente non può essere sanzionato per un comportamento che al momento in cui fu adottato era legittimo e non omissivo. Inoltre, si pone il problema pratico della difficile riscontrabilità dei movimenti finanziari, spesso di piccolo importo o effettuati col bancomat, dopo tantissimo tempo. A nulla vale la discussione sulla natura procedimentale della norma: l'Ufficio sostiene che la legge citata disciplini la mera attività ispettiva e che, pertanto, non essendo ancora decorso il termine decadenziale per l'azione della Finanza, l'indagine, anche su esercizi anteriori alla data di entrata in vigore della norma, sia pienamente legittima. In sostanza solo dal 2004 il professionista è a conoscenza del fatto che i propri prelievi debbano essere documentati uno per uno o nelle scritture contabili o con l'indicazione del beneficiario, tanto è vero che anche il nostro Consiglio dell'Ordine ha fornito informazioni ai propri iscritti in tal senso, creando addirittura uno sportello informativo per i colleghi nelle sedi

giudiziarie. Il contribuente vede garantito il suo diritto alla difesa soltanto quando è messo in condizione di conoscere il contenuto delle prove o degli elementi presuntivi di cui l'Amministrazione finanziaria dispone, e, conseguentemente, poter approntare eventuali prove contrarie. Sarebbe necessario, pertanto, un intervento chiarificatore della giurisprudenza o del Legislatore sul punto, con l'auspicio che si possa finalmente prendere atto della circostanza che una norma, per quanto indirizzata a regolare procedure interne agli uffici, possa in realtà intervenire, in modo diretto e incisivo, anche nella sfera privata del contribuente, risultando in tal modo ed a tutti gli effetti una norma avente carattere sostanziale, cui va negata ogni ipotesi di retroattività.

*Gennaro di Maggio

Avvocato, Docente di Diritto Tributario

**Marco Modugno

Praticante Avvocato

© RIPRODUZIONE RISERVATA

del 24-10-2007 num. 197