



COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA
III Reparto Operazioni – Ufficio Tutela Entrate

ISTRUZIONE SULL'ATTIVITÀ DI VERIFICA

VOLUME III

PARTE V: Le indagini finanziarie

PARTE VI: Fiscalità internazionale e metodologie di controllo

**PARTE VII: Rapporti fra funzioni di polizia tributaria
e funzioni di polizia giudiziaria**

Circolare n. 1/2008



COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA
III Reparto Operazioni – Ufficio Tutela Entrate

ISTRUZIONE SULL'ATTIVITA' DI VERIFICA

INDICE

VOLUME III

PARTE V **LE INDAGINI FINANZIARIE**

CAPITOLO 1 **DISCIPLINA GENERALE**

1. Il segreto bancario.	3
2. Evoluzione normativa: dalle indagini bancarie alle indagini finanziarie.	3
<i>a. La disciplina del segreto bancario nella normativa fiscale antecedente al 1991.</i>	3
<i>b. Le novità introdotte dalla Legge 30 dicembre 1991, n. 413 e dalla Legge 28 dicembre 1995, n. 549.</i>	4
<i>c. L'attuale disciplina delle indagini finanziarie.</i>	4
<i>d. La tracciabilità delle movimentazioni finanziarie. Cenni alle disposizioni del Testo Unico antiriciclaggio con riflessi sulla disciplina delle indagini finanziarie.</i>	5
3. Gli Organi abilitati alla formulazione delle richieste.	6
4. I destinatari delle richieste.	6
<i>a. Premessa.</i>	6
<i>b. Le categorie di intermediari assoggettati alla disciplina delle indagini finanziarie.</i>	7
(1) <i>Generalità.</i>	7
(2) <i>Operatori del Gruppo 1: le banche.</i>	7
(3) <i>Operatori del Gruppo 2: la società Poste Italiane S.p.a.</i>	8

(4) Operatori del Gruppo 3: i soggetti iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del TUB.	8
(5) Operatori del Gruppo 4: i soggetti iscritti nell'elenco speciale ai sensi dell'art. 107 del TUB.	9
(6) Operatori del Gruppo 5: gli intermediari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 113 del TUB.	9
(7) Operatori del Gruppo 6: i confidi.	9
(8) Operatori del Gruppo 7: i cambiavalute.	9
(9) Operatori del Gruppo 8: le "casse peota".	9
(10) Operatori del Gruppo 9: gli agenti in attività finanziaria.	10
(11) Operatori del Gruppo 10: gli addetti al commercio dell'oro.	10
(12) Operatori del Gruppo 11: gli Istituti di Moneta Elettronica (IMEL).	10
(13) Operatori del Gruppo 12: le imprese di investimento mobiliare (SIM).	11
(14) Operatori del Gruppo 13: gli Organismi d'Investimento Collettivo del Risparmio (OICR).	11
(15) Operatori del Gruppo 14: le Società di Gestione del Risparmio (SGR).	11
(16) Operatori del Gruppo 15: le fiduciarie.	12
(17) La struttura accentrata.	12
5. Le informazioni acquisibili.	12
a. Generalità.	12
b. I rapporti e i servizi.	13
c. Le operazioni.	14
d. Le operazioni extra-conto.	14
e. Le informazioni escluse dall'obbligo di comunicazione.	15
6. Gli obblighi di comunicazione delle società fiduciarie.	16
7. L'Archivio dei rapporti con operatori finanziari.	17
a. Generalità.	17
b. Gli obblighi di rilevazione e comunicazione degli operatori finanziari: evoluzione normativa.	17
c. Gli operatori obbligati alla comunicazione.	19
d. I dati oggetto di trasmissione.	19
e. Le informazioni disponibili attraverso l'Archivio dei rapporti.	21
f. Le condizioni per l'utilizzo dell'Archivio dei rapporti.	21
g. L'utilizzo dell'Archivio dei rapporti nelle indagini fiscali.	22

CAPITOLO 2 LE REGOLE PROCEDURALI

1. Generalità.	25
2. La procedura interna delle indagini finanziarie.	25
a. I presupposti per l'esecuzione delle indagini finanziarie.	25
b. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa.	26
c. La preventiva richiesta al contribuente.	27
d. La richiesta di autorizzazione.	28

e. <i>L'istruttoria della richiesta di indagine finanziaria ed il rilascio dell'autorizzazione.</i>	29
f. <i>Termini per la risposta.</i>	30
3. La procedura esterna delle indagini finanziarie.	30
a. <i>L'inoltro delle richieste agli intermediari e la trasmissione delle relative risposte.</i>	30
(1) <i>Profili generali.</i>	30
(2) <i>L'omessa allegazione dell'autorizzazione all'esecuzione delle indagini finanziarie.</i>	31
(3) <i>La notifica agli intermediari delle richieste di indagine finanziaria.</i>	31
(4) <i>Snellimento della procedura d'acquisizione dei dati, notizie e documenti relativi all'indagine finanziaria.</i>	32
(5) <i>Le risposte negative cumulative alle indagini finanziarie.</i>	32
b. <i>L'accesso ai fini della rilevazione diretta dei dati.</i>	33
4. Le sanzioni in caso di inadempimento da parte dell'intermediario o del contribuente.	35
5. La tutela della riservatezza nelle indagini finanziarie.	37
6. Le indagini finanziarie da e per l'estero.	38
a. <i>Generalità.</i>	38
b. <i>Disposizioni operative da osservare per le richieste provenienti dall'estero.</i>	39
c. <i>Disposizioni operative da osservare per le richieste dall'Italia verso l'estero.</i>	39

CAPITOLO 3 LA PROCEDURA TELEMATICA PER L'AVVIO E LO SVILUPPO DELLE INDAGINI FINANZIARIE

1. Generalità.	41
2. L'architettura generale del sistema telematico di gestione delle indagini finanziarie.	41
a. <i>Note introduttive.</i>	41
b. <i>La Posta Elettronica Certificata.</i>	42
c. <i>La firma digitale.</i>	43
d. <i>Il file XML.</i>	43
3. L'applicativo informatico "Indagini finanziarie".	43
a. <i>Caratteristiche generali.</i>	43
b. <i>Predisposizione della richiesta d'indagine finanziaria.</i>	44
(1) <i>Note introduttive.</i>	44
(2) <i>La richiesta per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non fisica".</i>	44
(a) <i>Caratteristiche generali.</i>	44
(b) <i>Iter di predisposizione della richiesta.</i>	45
(3) <i>La richiesta per "Rapporti/Operazioni".</i>	46
(a) <i>Caratteristiche generali.</i>	46
(b) <i>Iter di predisposizione della richiesta.</i>	46
(4) <i>La richiesta per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non fisica & Rapporti/Operazioni".</i>	47
(a) <i>Caratteristiche generali.</i>	47

(b) Iter di predisposizione della richiesta.	47
c. Approvazione della bozza di richiesta d'indagine finanziaria.	47
d. La fase di istruzione della richiesta d'indagine finanziaria da parte degli Organi di staff del Comandante Regionale.	48
e. L'autorizzazione del Comandante Regionale.	48
f. La trasmissione agli operatori finanziari.	50
g. La gestione delle risposte.	50
(1) Generalità.	50
(2) Risposte relative alle richieste per "Contribuente Persona Fisica/Contribuente Persona Non Fisica".	50
(3) Risposte relative alle richieste per "Rapporti/Operazioni".	51
(4) Risposte relative alle richieste per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica & Rapporti/Operazioni".	51
h. Richiesta di ulteriori approfondimenti sulla documentazione già trasmessa dagli operatori agli Organi di controllo.	51
i. Monitoraggio delle risposte.	51
j. Ulteriori funzioni dell'applicativo "Indagini finanziarie".	52
k. La gestione delle abilitazioni.	52

CAPITOLO 4

LA VALENZA PROBATORIA DELLE RISULTANZE DELLE INDAGINI FINANZIARIE

1. L'efficacia probatoria della documentazione relativa ad operazioni finanziarie: profili generali.	54
2. Il sistema presuntivo disciplinato dalla specifica normativa.	55
a. Le previsioni normative.	55
b. Le condizioni procedurali per l'operatività delle presunzioni.	58
(1) Il contraddittorio con il contribuente.	58
(2) L'effettuazione del contraddittorio e la ricostruzione dei dati riportati nella documentazione.	59
(3) La prova contraria del contribuente.	61
(a) Profili generali.	61
(b) Prova contraria e rapporti finanziari cointestati.	62
c. Profili specifici attinenti alla presunzione relativa ai "prelevamenti" ai fini delle imposte sui redditi.	62
(1) Considerazioni preliminari.	62
(2) Le indicazioni dell'Agenzia delle Entrate.	64
(3) L'applicazione della presunzione nei riguardi dei professionisti.	65
(4) Indicazioni operative.	66
3. L'utilizzazione soggettiva delle risultanze delle indagini finanziarie.	67
4. L'utilizzabilità delle indagini finanziarie nel settore delle accise anche ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA.	68

PARTE VI

FISCALITÀ INTERNAZIONALE E METODOLOGIE DI CONTROLLO

CAPITOLO 1

LINEAMENTI ESSENZIALI DELLA FISCALITÀ INTERNAZIONALE

1. Introduzione.	73
2. Criteri di tassazione in caso di fenomeni di rilevanza fiscale che interessano più ordinamenti.	74
<i>a. Criteri generali e criteri previsti dalla legislazione nazionale.</i>	74
<i>b. La doppia imposizione internazionale.</i>	75
<i>c. Le misure per evitare la doppia imposizione.</i>	75
3. Le misure interne per evitare la doppia imposizione: il sistema del credito d'imposta.	76
4. Gli obblighi dichiarativi concernenti le disponibilità estere: il monitoraggio fiscale.	77
5. Le convenzioni contro le doppie imposizioni.	79
<i>a. Profili generali.</i>	79
<i>b. Il Modello di convenzione OCSE.</i>	82
<i>c. Gli sviluppi del Modello OCSE.</i>	83
<i>d. Le convenzioni stipulate dall'Italia.</i>	83
<i>e. Il problema dell'interpretazione.</i>	84
<i>f. Il problema dell'applicazione.</i>	85
6. La collaborazione internazionale. Indicazioni operative.	86

CAPITOLO 2

EVASIONE ED ELUSIONE FISCALE INTERNAZIONALE

1. Le ragioni alla base dei fenomeni evasivi ed elusivi di carattere internazionale	88
2. Caratteristiche principali delle tecniche evasive ed elusive internazionali.	88
<i>a. Premessa.</i>	88
<i>b. I metodi consolidati.</i>	88
<i>c. I metodi più avanzati.</i>	89
3. Politiche di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale internazionale.	91
<i>a. Profili generali.</i>	91
<i>b. Le politiche di contrasto a livello internazionale.</i>	91
<i>c. Le politiche di contrasto a livello interno.</i>	92
<i>d. Il ruling internazionale.</i>	93
4. Indicazioni operative.	94

CAPITOLO 3

IL TRANSFER PRICING

1. Generalità.	97
-----------------------	----

2. I metodi di determinazione del valore normale.	99
a. Osservazioni preliminari.	99
b. Metodo del confronto del prezzo.	99
c. Metodo del prezzo di rivendita.	100
d. Metodo del costo maggiorato.	100
e. Metodi alternativi.	100
3. La scelta del metodo da utilizzare.	101
4. La determinazione del valore normale per i beni immateriali e le prestazioni di servizi.	102
5. Indicazioni operative.	103
a. Aspetti da considerare in sede di selezione dei soggetti da sottoporre ad attività ispettiva e successiva preparazione dell'intervento.	103
b. Aspetti da considerare nella fase esecutiva dell'attività ispettiva.	104
c. Prospettive evolutive della disciplina in tema di transfer pricing.	106

CAPITOLO 4 I PARADISI FISCALI

1. Profili generali.	108
2. L'indeducibilità dei componenti negativi derivanti da operazioni con società domiciliate in Paesi aventi regime fiscale privilegiato.	109
3. Le condizioni di disapplicazione della normativa.	111

CAPITOLO 5 LA NORMATIVA IN TEMA DI CONTROLLED FOREIGN COMPANIES

1. Profili generali.	114
2. I soggetti destinatari della disciplina.	114
3. La "black list".	115
4. Il requisito del controllo.	116
5. La determinazione del reddito della partecipata e l'imputazione al soggetto nazionale.	116
6. Le condizioni di disapplicazione della disciplina.	119
7. La disciplina CFC relativa alle imprese estere collegate.	120
8. Le novità introdotte dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244: la "white list".	121

CAPITOLO 6 LA RESIDENZA FISCALE

1. La residenza fiscale delle persone fisiche.	123
a. Normativa di riferimento.	123
b. Indicazioni operative: gli aspetti da considerare in sede di controllo.	125
2. La residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone fisiche.	128
a. Normativa di riferimento.	128
b. Indicazioni operative: gli aspetti da considerare in sede di controllo.	131

CAPITOLO 7
LA STABILE ORGANIZZAZIONE

1. Introduzione.	134
2. Il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette e dell'IRAP.	134
<i>a. Il Modello di Convenzione OCSE e la giurisprudenza.</i>	134
<i>b. La nozione contenuta nella legislazione nazionale.</i>	135
3. Il concetto di stabile organizzazione ai fini IVA.	138
4. Indicazioni operative.	139
<i>a. Profili generali.</i>	139
<i>b. Aspetti da considerare in sede di selezione dei soggetti da sottoporre ad attività ispettiva e successiva preparazione dell'intervento.</i>	140
<i>c. Aspetti da considerare nella fase esecutiva dell'attività ispettiva.</i>	141

PARTE VII
RAPPORTI FRA FUNZIONI DI POLIZIA TRIBUTARIA
E FUNZIONI DI POLIZIA GIUDIZIARIA

CAPITOLO 1
INQUADRAMENTO GENERALE: LE RELAZIONI FRA PROCEDIMENTO PENALE,
PROCESSO TRIBUTARIO E ACCERTAMENTO

1. Introduzione.	145
2. Gli effetti del giudicato penale sul procedimento di accertamento.	146
3. Gli effetti del giudicato penale sul processo tributario.	146
4. Considerazioni conclusive.	148

CAPITOLO 2
L'UTILIZZO AI FINI FISCALI
DI DATI ED ELEMENTI ACQUISITI NEL CORSO DI ATTIVITÀ DI POLIZIA GIUDIZIARIA
E LE COMUNICAZIONI DELL'AUTORITÀ E DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

1. L'utilizzo di elementi probatori di provenienza penale. Inquadramento normativo.	149
2. La funzione dell'autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria.	150
3. L'utilizzabilità soggettiva dei dati ed elementi di provenienza penale.	151
4. L'utilizzabilità fiscale di specifici elementi probatori acquisiti in attività di polizia giudiziaria.	151
<i>a. Introduzione.</i>	151
<i>b. I documenti.</i>	151
<i>c. Le dichiarazioni e le testimonianze.</i>	152
<i>d. I dati bancari e finanziari.</i>	154
<i>e. Le intercettazioni.</i>	156
5. Gli obblighi di comunicazione dell'Autorità e della polizia giudiziaria.	158

CAPITOLO 3
GLI INDIZI DI REATO EMERSI NEL CORSO DELL'ATTIVITÀ ISPETTIVA FISCALE

1. Profili generali.	159
2. L'art. 220 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale ed i connessi adempimenti procedurali.	159
<i>a. Quadro normativo di riferimento e obblighi dei verificatori.</i>	159
<i>b. Ulteriori indicazioni di carattere operativo.</i>	160
3. Gli atti di rilevanza penale da compilare.	162

CAPITOLO 4
LA COMUNICAZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO

1. Profili generali.	166
2. La determinazione delle soglie di punibilità.	166
3. Il valore del processo verbale di constatazione in sede penale.	169
<i>a. Rapporto fra comunicazione di notizia di reato e processo verbale di constatazione.</i>	169
<i>b. Utilizzabilità del processo verbale di constatazione nel procedimento penale.</i>	170
4. Valenza penale delle presunzioni fiscali.	172
5. Comunicazione di notizia di reato e termini di decadenza dell'azione di accertamento.	173
6. Contenuto della comunicazione di notizia di reato.	174

CAPITOLO 5
ADEMPIMENTI PROCEDURALI IN RELAZIONE A SPECIFICI ASPETTI

1. Introduzione.	175
2. Infedeltà e fraudolenza della dichiarazione.	175
3. Responsabilità penale delle società di persone.	176
4. La rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, delle questioni interpretative e dell'elusione fiscale.	177
5. La nozione "penale" di "elementi passivi fittizi".	179
6. La competenza dell'Autorità Giudiziaria per i reati fiscali.	179
7. L'emissione e l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.	180
<i>a. Quadro normativo di riferimento.</i>	180
(1) <i>L'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.</i>	180
(2) <i>L'emissione di fatture per operazioni inesistenti.</i>	181
<i>b. Indicazioni operative.</i>	182
(1) <i>Adempimenti in presenza di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti.</i>	182
(2) <i>Adempimenti in presenza di emissione di fatture per operazioni inesistenti.</i>	183
8. Responsabilità penale e tassazione consolidata.	183
9. Misure cautelari reali previste per i reati tributari.	184

PARTE V
LE INDAGINI FINANZIARIE

CAPITOLO 1

DISCIPLINA GENERALE

1. Il segreto bancario.

In linea generale, con l'espressione "segreto bancario" si intende il vincolo di riservatezza che permea le informazioni in possesso delle banche sul conto della propria clientela; mancando nel nostro ordinamento una specifica definizione legislativa, gli orientamenti assunti dalla dottrina hanno, di volta in volta, individuato la fonte normativa di tale vincolo di discrezione:

- nell'art. 10 del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, convertito con modificazioni dalla Legge 7 marzo 1938, n. 141 (c.d. "Legge bancaria"), successivamente ripreso dall'art. 7 del D.Lgs. 23 agosto 1993, n. 385 ("Testo Unico delle Leggi in materia bancaria"), che prevede l'operatività del segreto d'ufficio rispetto a tutte le notizie e le informazioni o i dati riguardanti le aziende di credito, anche nei riguardi della Pubblica Amministrazione;
- nell'art. 622 c.p., che contempla la disciplina sanzionatoria applicabile nei casi di violazione del segreto professionale;
- nell'art. 47 della Costituzione, con riferimento all'esistenza di una generale necessità di tutela del risparmio in tutte le sue forme;
- nell'art. 1175 c.c., in tema di obbligo di reciproca correttezza che vincola, in linea generale, tutte le parti coinvolte in rapporti di natura contrattuale.

La Corte di Cassazione, in due importanti pronunce – la n. 2147 del 18 luglio 1974 e la n. 51 del 3 febbraio 1992 – ha ricondotto il fondamento del segreto bancario non tanto in una specifica disposizione di legge, bensì nella consuetudine, ossia nel dovere di riservatezza e riserbo storicamente e costantemente osservato negli istituti creditizi relativamente alle informazioni in loro possesso nei riguardi della clientela; in tale contesto è stato evidenziato che questo genere di vincolo non è da ritenere insuperabile, potendo il legislatore, per esigenze di diversa natura – ivi comprese quelle di carattere fiscale – discrezionalmente decidere di limitarne od escluderne la portata.

2. Evoluzione normativa: dalle indagini bancarie alle indagini finanziarie.

a. La disciplina del segreto bancario nella normativa fiscale antecedente al 1991.

Prima del 1971, il segreto bancario risultava pienamente operante rispetto all'Amministrazione finanziaria; è infatti con la Legge 9 ottobre 1971, n. 825, di delega legislativa al Governo per la riforma tributaria, che, per la prima volta, venne prevista l'introduzione, limitatamente ad ipotesi di particolare gravità e tassativamente determinate nel contenuto e nei presupposti, di specifiche deroghe al vincolo di segretezza sulle informazioni bancarie nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria.

In attuazione del principio fissato dalla predetta legge delega, tali ipotesi sono state successivamente trasfuse nell'art. 35 del D.P.R. n. 600/73 che, per i soli casi di omessa presentazione delle dichiarazioni, di infedeltà della stessa e di omessa tenuta delle scritture contabili per tre periodi d'imposta consecutivi, consentiva agli Uffici dell'Amministrazione finanziaria, dopo avere acquisito il parere dell'Ispettorato compartimentale e previo ottenimento di una specifica autorizzazione del Presidente della competente Commissione tributaria di I grado, di richiedere alle banche ed all'Amministrazione postale, la copia dei conti intestati al contribuente o al coniuge non legalmente ed effettivamente separato o ai figli minori conviventi.

Originariamente, tale deroga operava esclusivamente rispetto alle imposte dirette e non anche all'IVA; l'estensione a questo tributo è stata poi prevista dal D.P.R. 15 luglio 1982, n. 463, che, tra l'altro, aggiungendo ulteriori ipotesi di deroga – tra cui quella relativa all'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti – inserì nel D.P.R. n. 633/72 l'art. 51 bis, rubricato appunto "Deroghe al segreto bancario".

b. Le novità introdotte dalla Legge 30 dicembre 1991, n. 413 e dalla Legge 28 dicembre 1995, n. 549.

Il vero e proprio riordino delle indagini bancarie si è attuato, tuttavia, solo con la Legge 30 dicembre 1991, n. 413, che, tra le numerose disposizioni contenute nel predetto provvedimento in vista del potenziamento complessivo degli strumenti di contrasto all'evasione fiscale, ha sostanzialmente reso inefficace il segreto bancario in campo tributario; in particolare, in base alle previsioni contemplate dall'art. 18 della legge citata:

- furono eliminate le fattispecie tassative di esercizio del potere di indagine bancaria, con il conseguente ampliamento dell'operatività del mezzo istruttorio;
- vennero individuate, quali Autorità competenti al rilascio dell'autorizzazione all'accesso ai conti bancari, il Comandante di Zona della Guardia di Finanza e l'Ispettore Compartimentale, per gli Uffici finanziari, con l'eliminazione del passaggio intermedio di acquisizione del parere preventivo;
- fu puntualmente disciplinato l'utilizzo riservato e corretto dei dati e delle notizie da acquisire, nonché previsto l'immediato avviso, da parte dell'istituto di credito, dei contribuenti nei cui confronti dovevano essere attivati gli accertamenti.

Ai sensi dell'art. 20, comma 4, della stessa legge, inoltre, venne prevista l'istituzione di un altro importante strumento strettamente connesso allo sviluppo delle indagini bancarie; si trattava, in particolare, dell'Anagrafe dei conti e dei depositi, la speciale banca dati dell'Amministrazione finanziaria destinata a raccogliere le "...comunicazioni da parte delle aziende ed istituti di credito e dell'Amministrazione postale nonché delle società fiduciarie e di ogni altro intermediario finanziario dei dati identificativi, compreso il codice fiscale..." dei rispettivi utenti; tale banca dati, successivamente regolamentata dal D.M. 4 agosto 2000, n. 269, non trovò per lungo tempo concreta attuazione.

A completamento del quadro legislativo previgente all'attuale assetto delle indagini finanziarie, occorre infine citare la novità introdotta dall'art. 3, comma 178, della Legge 28 dicembre 1995, n. 598 che, nell'intento di semplificare e ridurre i tempi e le risorse nel contesto dello sviluppo degli accertamenti bancari, ha introdotto la possibilità di richiesta diretta al contribuente, da parte degli Organi ispettivi, di un'apposita dichiarazione finalizzata a individuare, in via preventiva, gli istituti bancari e postali che con il medesimo risultavano intrattenere rapporti di conto, verso cui inoltrare le successive richieste.

c. L'attuale disciplina delle indagini finanziarie.

L'ultimo decisivo passo in avanti nel processo di evoluzione della disciplina si è registrato con la Legge 30 dicembre 2004, n. 311, che ha determinato il passaggio dal concetto di accertamento bancario – oramai non più aderente alle moderne possibilità d'impiego e movimentazione di denaro – alla nozione di indagine finanziaria, più ampia e realmente omnicomprensiva di tutti i possibili flussi finanziari riconducibili al contribuente.

In questa sede, con riserva di più puntuali precisazioni nel seguito della presente istruzione, preme sottolineare che la citata Legge n. 311/2004, nel rivisitare la materia, sia sul piano sostanziale che procedurale, ha previsto:

- l'allargamento della portata soggettiva degli accertamenti, con l'inclusione, tra i destinatari delle richieste dell'Amministrazione finanziaria, oltre alle banche e alla società Poste Italiane S.p.a., di tutti gli intermediari finanziari, delle imprese di investimento, nonché degli organismi di investimento collettivo del risparmio, delle società di gestione del risparmio e delle società fiduciarie;
- il parallelo ampliamento della portata oggettiva delle indagini, che, dal previgente ristretto ambito riferito alla "copia dei conti intrattenuti con il contribuente" e degli "ulteriori dati, notizie e documenti di carattere specifico relativi agli stessi conti", acquisibili con l'invio di appositi questionari, è passato a comprendere tutti i "dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi";

- il riconoscimento dell'applicabilità agli esercenti attività di lavoro autonomo, della presunzione legale di compenso per i prelevamenti dai conti non annotati in contabilità e non giustificati, già operante, con riferimento ai ricavi, nei confronti dei contribuenti titolari di reddito d'impresa;
- una notevole semplificazione della procedura di acquisizione materiale dei dati dagli intermediari, ottenuta attraverso l'eliminazione del doppio passaggio dell'acquisizione della copia dei conti e del successivo invio dei questionari e l'introduzione di un obbligo generalizzato degli enti creditizi e finanziari di mettere a disposizione degli Organi di polizia tributaria, sulla base di un'unica richiesta, tutti i dati e gli elementi in loro possesso;
- la riduzione dei tempi minimi di risposta delle banche e degli altri operatori, dai 60 giorni previsti nel passato agli attuali 30 giorni;
- la radicale innovazione delle modalità di sviluppo delle interrelazioni tra gli Organi di polizia tributaria e gli operatori finanziari, attraverso l'eliminazione dei flussi cartacei delle comunicazioni e la loro sostituzione con modalità "esclusivamente in via telematica".

Da ultimo, per completare la ricognizione sin qui svolta, è doveroso riservare un cenno alle novità recate dal D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella Legge 4 agosto 2006, n. 248 e dall'art. 63 del D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231; con tali disposizioni, infatti, i processi operativi di sviluppo delle indagini finanziarie sono stati ulteriormente affinati e semplificati grazie alla creazione di uno strumento informatico, l'Archivio dei rapporti con operatori finanziari – sostitutivo della Anagrafe dei conti e dei depositi inizialmente prevista dalla legge – in grado di consentire agli Organi di controllo fiscale la piena ed automatica individuazione, nella complessiva platea dei potenziali destinatari delle richieste di accesso alla documentazione finanziaria, degli intermediari in effettivo contatto con il contribuente.

d. *La tracciabilità delle movimentazioni finanziarie. Cenni alle disposizioni del Testo Unico antiriciclaggio con riflessi sulla disciplina delle indagini finanziarie.*

Strettamente connesse alla disciplina delle indagini finanziarie, sono da considerarsi anche le innovazioni apportate dal citato D.Lgs. n. 231/2007, con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 (III direttiva antiriciclaggio).

Tale importante provvedimento normativo, infatti, nel riordinare il sistema di prevenzione in materia di riciclaggio ha introdotto alcune importanti misure che si riverberano direttamente sull'efficacia delle attività di contrasto all'evasione ed elusione fiscale.

La prima disposizione d'interesse in questo contesto, peraltro, direttamente connessa alle modalità di esecuzione delle indagini finanziarie, è quella recata dal richiamato art. 63 del decreto in commento, con cui è stata ampliata la portata dell'obbligo di comunicazione all'Anagrafe Tributaria dei dati in possesso degli intermediari, ai fini della costituzione dell'Archivio dei rapporti.

L'importanza di tale disposizione verrà meglio analizzata nei successivi paragrafi; in questa sede occorre accennare al fatto che, grazie al D.Lgs. n. 231/2007, è stata realizzata la perfetta simmetria tra i dati censiti nel predetto *data-base* e quelli ottenibili con i poteri d'indagine concessi dalla normativa in materia di imposte sui redditi ed IVA, invero non prevista nella prima impostazione dell'Archivio, originariamente destinato a contenere solo una parte del complessivo patrimonio informativo in possesso degli operatori del mondo bancario e finanziario.

Un secondo complesso di previsioni di particolare interesse nel provvedimento in commento, attiene, poi, alla tracciabilità dei flussi finanziari; nel D.Lgs. n. 231/2007, infatti, sono state introdotte, con decorrenza 30 aprile 2008, numerose misure che segnano un deciso rafforzamento della trasparenza nelle transazioni finanziarie, e che, come accennato, hanno ricadute molto rilevanti anche nel campo delle indagini fiscali.

Tra le disposizioni di maggior rilievo in questo senso, peraltro già oggetto di puntuale commento nella circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze 20 marzo 2008, n. 33124, devono essere citate:

- l'abbattimento da 12.500 a 5.000 euro della soglia del divieto di effettuare pagamenti e trasferimenti di denaro contante, di libretti al portatore o postali o di titoli al portatore in euro o valuta estera, se non per il tramite di banche, della società Poste Italiane S.p.a. o istituti di moneta elettronica (art. 49, comma 1);
- l'introduzione dell'obbligo, in caso di emissione di assegni bancari e postali, di assegni circolari, vaglia postali e cambiari d'importo pari o superiore a 5.000 euro, d'indicare esattamente il nome o la ragione sociale del beneficiario e di apporre, sempre, la clausola di non trasferibilità (art. 49, commi 5, 7 e 8);
- il restringimento della possibilità di emettere assegni bancari e circolari, postali e vaglia trasferibili a terzi con girata da parte del beneficiario esclusivamente quando essi recano importi inferiori a 5.000 euro, previo pagamento di un'imposta di bollo di 1,5 euro per ogni modulo, con l'avvertenza che ogni girata successiva deve recare, a pena di nullità, oltre alla firma anche il codice fiscale del girante (art. 49, commi 4, 5, 8 e 10);
- il vincolo imposto a chi emette assegni bancari e postali all'ordine di sé medesimo di poterli unicamente girare per l'incasso a una banca o alla società Poste Italiane S.p.a., non più a favore di terzi (art. 49, comma 6);
- i più stringenti limiti imposti per le operazioni di *money transfer*, consistenti, da un lato nel divieto di trasferire denaro contante per il tramite di tale categoria di intermediari per importi pari o superiori a 2.000 euro e, dall'altro, nella possibilità di eseguire i suddetti trasferimenti per importi compresi tra i 2.000 e i 5.000 euro solo qualora venga dimostrato dall'ordinante dell'operazione, con idonea documentazione, la congruità della stessa rispetto al profilo economico del cliente (art. 49, comma 18).

Va opportunamente posto in risalto che l'art. 32, comma 1, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella Legge n. 133 del 6 agosto 2008, ha nuovamente elevato a 12.500 euro la soglia di cui al primo alinea dianzi riportato, nonché eliminato l'obbligo di corredare ogni girata apposta su assegni bancari e circolari, postali e vaglia trasferibili a terzi, con il codice fiscale del girante.

3. Gli Organi abilitati alla formulazione delle richieste.

Gli Organi di controllo abilitati ad inoltrare le richieste di dati, notizie ed elementi sul conto dei contribuenti che intrattengono rapporti o eseguono operazioni con le banche, la società Poste Italiane S.p.a. e gli altri intermediari rientranti nella disciplina delle indagini finanziarie, sono:

- gli Uffici centrali della Direzione Centrale Accertamento dell'Agenzia delle Entrate e gli Uffici locali della stessa Agenzia, ai sensi dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73 e dell'art. 51 del D.P.R. n. 633/72;
- la Guardia di Finanza, per effetto dei già citati artt. 32 e 51, nonché degli articoli 33, comma 3, del D.P.R. n. 600/73 e 63 del D.P.R. n. 633/72;
- le Commissioni tributarie provinciali e regionali di cui all'art. 1 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546;
- gli Uffici locali dell'Agenzia delle Dogane, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, convertito nella Legge 22 marzo 1995, n. 85, limitatamente alle attività di controllo della regolare applicazione della normativa sull'IVA comunitaria, di cui al D.L. 30 agosto 1993, n. 331, convertito nella Legge 29 ottobre 1993, n. 427.

4. I destinatari delle richieste.

a. Premessa.

Come si è già avuto modo di anticipare, ai sensi dell'art. 32, comma 1, n. 7) del D.P.R. 600/73 e dell'art. 51, comma 2, n. 7) del D.P.R. n. 633/72, gli Organi di controllo

dell'Amministrazione finanziaria possono rivolgere le richieste di dati, notizie e documenti "...alle banche, alla Società Poste italiane S.p.a., per le attività finanziarie e creditizie, agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie...".

Ciò significa, in altri termini, che la portata soggettiva delle indagini finanziarie è estesa all'intera platea dei soggetti che, istituzionalmente, pongono in essere operazioni di gestione, impiego e movimentazione di disponibilità finanziarie titoli e valori, ai sensi del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia Bancaria – TUB) e dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione Finanziaria – TUF).

b. Le categorie di intermediari assoggettati alla disciplina delle indagini finanziarie.

(1) Generalità.

La puntuale individuazione dei soggetti rientranti nella disciplina delle indagini finanziarie è rinvenibile nel Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 22 dicembre 2005.

Tale atto dirigenziale, infatti, oltre a dettare le specifiche tecniche del nuovo sistema telematico di sviluppo degli accertamenti, ha operato la classificazione degli intermediari bancari e finanziari obbligati in 16 distinte categorie (di cui una generica denominata "Altre"), riepilogate nella tabella **Allegato 30 al documento "Modulistica e documentazione di supporto"** unito alla presente trattazione, che, peraltro, riproduce l'analogo prospetto annesso in allegato 3 al richiamato provvedimento direttoriale.

In tale sede, più in dettaglio, in corrispondenza di ciascun gruppo di operatori, è stato individuato un apposito codice identificativo che viene utilizzato per instradare i flussi telematici connessi allo sviluppo delle indagini finanziarie ai fini fiscali.

Per ciascuna delle categorie di operatori obbligati, vengono di seguito fornite sintetiche note illustrative, per utile orientamento delle attività operative.

(2) Operatori del Gruppo 1: le banche.

In tale categoria rientrano le imprese che, ai sensi dell'art. 10 del TUB, operano la raccolta di risparmio tra il pubblico, l'esercizio del credito, nonché le altre attività di carattere finanziario elencate nell'allegato I della Direttiva 48/2006/CE del 14 giugno 2006.

Tra queste ultime vi sono, in particolare, la raccolta di depositi o di altri fondi rimborsabili, le operazioni di prestito, il *leasing* finanziario, i servizi di pagamento, emissione e gestione di altri mezzi di pagamento (*travellers cheque* e lettere di credito), il rilascio di garanzie e di impegni di firma, le operazioni per proprio conto o per conto della clientela in strumenti del mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.), cambi, strumenti finanziari a termine e opzioni, contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse, valori mobiliari, le partecipazioni alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi, la consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, strategia industriale e di questioni connesse nonché i servizi nel campo delle concentrazioni e della rilevazione di imprese, i servizi di intermediazione finanziaria, la gestione o consulenza nella gestione dei patrimoni, la custodia e amministrazione di valori mobiliari, i servizi d'informazione commerciale, la locazione di cassette di sicurezza.

Il Testo Unico Bancario, peraltro, individua diverse tipologie di banche, che si differenziano tra loro sia per la forma societaria di riferimento che per altri aspetti di carattere sostanziale, fra cui:

- le banche ordinarie di credito, organizzate come società per azioni ed aventi scopo di lucro;

- le banche popolari, costituite sotto forma di società cooperative per azioni a responsabilità limitata che, accanto allo scopo di lucro nell'esercizio delle attività, loro proprie, affiancano anche finalità di carattere mutualistico;
- le banche di credito cooperativo o "rurali", anch'esse costituite sotto forma di società cooperative per azioni, che hanno la particolarità di essere espressione del tessuto economico di una ben definita porzione del territorio nazionale.

(3) Operatori del Gruppo 2: la società Poste Italiane S.p.a.

La società per azioni Poste Italiane, oltre a esercitare il servizio postale e dei pagamenti su tutto il territorio nazionale, assicura i servizi finanziari di "bancoposta" che, come si preciserà meglio in seguito, rientrano a pieno titolo tra le attività assoggettate alla disciplina delle indagini finanziarie.

Le operazioni di cui trattasi sono regolamentate dal D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144, il cui art. 2, in particolare, individua tra le attività di bancoposta: la raccolta di risparmio tra il pubblico; la raccolta del risparmio postale; il servizio di pagamento, compresa la gestione e la vendita di carte prepagate e di altri mezzi di pagamento; il servizio di intermediazione in cambi; la promozione e il collocamento presso il pubblico di finanziamenti concessi da banche ed intermediari finanziari; i servizi di investimento.

La società Poste Italiane S.p.a., nello svolgimento delle attività finanziarie e bancarie, ha l'obbligo di osservare tutte le disposizioni d'interesse contemplate nel TUF e nel TUB, dal momento che la medesima è equiparata, a tutti gli effetti, agli ordinari istituti di credito nazionali, anche per ciò che concerne l'esercizio delle attività di vigilanza da parte della Banca d'Italia e della CONSOB.

(4) Operatori del Gruppo 3: i soggetti iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del TUB.

Gli operatori rientranti in tale categoria svolgono, nei confronti del pubblico, le attività di carattere finanziario elencate nell'art. 106 del TUB, ossia, l'assunzione di partecipazioni, la concessione di finanziamenti, le prestazioni di servizi di pagamento e l'intermediazione in cambi; i contenuti di tali attività sono stati specificati dal Decreto del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994, che, in dettaglio, ha precisato che:

- l'assunzione di partecipazioni, consiste nell'attività di acquisizione, detenzione e gestione dei diritti, rappresentati o meno da titoli, sul capitale di altre imprese. Generalmente, si tratta di investimenti non volti all'immobilizzo della partecipazione, bensì alla sua gestione, nel breve e medio periodo, in vista di un successivo smobilizzo;
- la concessione di finanziamenti comprende qualsiasi tipo di finanziamento connesso con le operazioni di locazione finanziaria, acquisto di crediti, credito al consumo, credito ipotecario, prestito su pegno, rilascio di fidejussioni, avalli, aperture di credito documentarie, accettazioni, girate nonché impegni a concedere credito;
- la prestazione di servizi di pagamento abbraccia l'incasso ed il trasferimento di fondi, la trasmissione o l'esecuzione di ordini di pagamento, la compensazione di crediti e debiti, l'emissione e la gestione di carte di credito e di debito o di altri mezzi di pagamento;
- l'intermediazione in cambi concerne le negoziazioni o le mediazioni aventi ad oggetto valuta.

In base all'art. 5, comma 1, del decreto dianzi citato, sono considerate esercitate nei confronti del pubblico le attività finanziarie assicurate, con carattere di professionalità, verso terzi; peraltro, il D.M. 6 luglio 1994 delimita ulteriormente il concetto in rassegna, stabilendo da un lato che, in deroga al principio generale, non configurano operatività nei confronti del pubblico "...le attività esercitate nei confronti delle società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c. e controllate da una stessa

controllante” e, dall’altro, che, limitatamente alle attività di assunzione di partecipazioni, per aversi operatività nei confronti del pubblico è necessario che dette attività “...siano finalizzate all’alienazione e, per il periodo di detenzione, siano caratterizzate da interventi volti alla riorganizzazione aziendale o allo sviluppo produttivo o al soddisfacimento delle esigenze finanziarie delle imprese partecipate anche tramite il reperimento del capitale di rischio”.

(5) Operatori del Gruppo 4: soggetti iscritti nell’elenco speciale ai sensi dell’art. 107 del TUB.

In tale ambito sono compresi gli intermediari che, rispecchiando determinati criteri oggettivi individuati dal Decreto del Ministero del Tesoro 13 maggio 1996 – riferibili all’attività svolta, alla dimensione nonché al rapporto tra indebitamento e patrimonio – sono sottoposti alla vigilanza della Banca d’Italia.

Dal punto di vista operativo, gli operatori in parola svolgono le medesime attività elencate nel precedente punto (4) e, sotto il profilo soggettivo, tra essi si annoverano, in particolare, le società di cartolarizzazione (o società veicolo), ossia i soggetti che, dopo aver operato l’acquisto di *pool* di crediti detenuti in portafoglio da altre società dette *originator*, emettono titoli a fronte di tali posizioni, poi offerti sul mercato ai risparmiatori.

(6) Operatori del Gruppo 5: gli intermediari iscritti nell’elenco previsto dall’art. 113 del TUB.

Si tratta, in questo caso, di intermediari che svolgono, in via esclusiva o prevalente e non nei confronti del pubblico, una o più delle attività finanziarie indicate dall’art. 106, comma 1, del TUB.

Tra essi rientrano, in particolare le *holding* di partecipazione o “casseforti di famiglia”; i criteri di dettaglio per qualificare tale tipologia di intermediari sono dettati dal D.M. 6 luglio 1994.

(7) Operatori del Gruppo 6: i confidi.

I confidi sono soggetti a natura cooperativa o consortile che rilasciano garanzie collettive a fronte di finanziamenti erogati a favore delle imprese socie o consorziate.

Nell’attività di concessione del credito da parte delle banche alle piccole e medie imprese, l’intervento dei confidi consente di ridurre i costi dell’informazione sui soggetti da affidare ed i rischi per i casi di inadempimento.

In via ordinaria i confidi si iscrivono in un’apposita sezione dell’elenco regolato dall’art. 106 del TUB.

L’art. 13 della Legge 24 novembre 2003, n. 326, inoltre, prevede la possibilità per tali soggetti di assumere la veste di società finanziarie vigilate, iscritte nell’elenco speciale previsto dall’art. 107 del TUB, ovvero di banche cooperative a responsabilità limitata.

(8) Operatori del Gruppo 7: i cambiavalute.

I cambiavalute sono i soggetti che, ai sensi dell’art. 155, comma 5, del TUB “...esercitano professionalmente...la negoziazione a pronti di mezzi di pagamento in valuta...”.

I medesimi sono iscritti in un’apposita sezione dell’elenco generale degli intermediari finanziari di cui all’art. 106 dello stesso Testo Unico.

(9) Operatori del Gruppo 8: le “casse peota”.

Le “casse peota” sono operatori finanziari diffusi in limitati ambiti territoriali (in particolare nel triveneto) che, senza scopo di lucro, operano la raccolta di somme di modesto ammontare e l’erogazione di piccoli prestiti.

Tali intermediari sono contemplati dall’art. 155, 6° comma, del TUB e risultano iscritti nell’apposito elenco previsto dall’art. 106 del TUB.

(10) Operatori del Gruppo 9: gli agenti in attività finanziaria.

L'agente in attività finanziaria è la persona fisica o giuridica che professionalmente promuove e conclude, su mandato delle società finanziarie, i contratti riconducibili alle attività di concessione di finanziamenti, intermediazione in cambi, servizi di pagamento, assunzione di partecipazioni.

L'esercizio dell'attività in agenzia finanziaria è subordinato alla iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria di cui all'art. 106 del TUB.

Tra gli agenti in attività finanziaria obbligati dalla disciplina delle indagini finanziarie vi sono, in particolare, i già citati *money transfer*, ossia gli intermediari finanziari che offrono, esclusivamente, il servizio consistente nel trasferimento di fondi, anche all'estero, attraverso la raccolta e la consegna delle somme da trasferire.

Per tali operatori, come ricordato nel precedente sottoparagrafo 2.d., sussistono particolari vincoli nei trasferimenti del denaro, dettati dalla normativa antiriciclaggio contenuta nel già richiamato art. 49, comma 18, del D.Lgs. n. 231/2007.

(11) Operatori del Gruppo 10: gli addetti al commercio dell'oro.

Gli addetti al commercio dell'oro sono operatori diversi dalle banche che effettuano, in via professionale, il commercio di oro da investimento.

La disciplina applicabile a tali intermediari è contemplata dalla Legge 17 gennaio 2000, n. 7 che, in particolare, prescrive, ai fini dell'esercizio dell'attività in rassegna, la presentazione di una comunicazione alla Banca d'Italia e di apposite dichiarazioni per le operazioni che superano la soglia di 15.000 euro, prevista dall'art. 17 del D.Lgs. n. 231/2007.

Tali comunicazioni, sino al 1° gennaio 2008, dovevano essere presentate all'Ufficio Italiano Cambi; per effetto del D.Lgs. n. 231/2007, tale ente è stato soppresso e le funzioni al medesimo assegnate, sia in materia antiriciclaggio che di vigilanza, sono state assorbite dalle corrispondenti strutture della Banca Centrale.

(12) Operatori del Gruppo 11: gli Istituti di Moneta Elettronica (IMEL).

Per Istituti di Moneta Elettronica devono intendersi gli intermediari diversi dalle banche che emettono mezzi di pagamento sotto forma di moneta elettronica; ai sensi dell'art. 1, par. 3, lett. b) della Direttiva 2000/46/CE – che ha introdotto forme di vigilanza prudenziale sulle attività degli IMEL – per moneta elettronica deve intendersi un valore monetario, che rappresenta un credito vantato nei confronti dell'emittente, incorporato in un dispositivo elettronico ed accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente.

Al riguardo, appare utile evidenziare che, sul piano concreto, la moneta elettronica (altrimenti nota come *network money* o *software money*) sfrutta la possibilità di immagazzinare una somma di denaro nella memoria di un *computer* remoto, rendendola disponibile in via elettronica.

Tale disponibilità può essere ottenuta, da un lato, attraverso le cosiddette "*smart card*" (o carte prepagate), ossia tessere in plastica che consentono ai titolari di effettuare pagamenti presso esercizi commerciali convenzionati, decurtando, di volta in volta, l'importo della singola transazione dalla somma complessiva in precedenza accreditata; dall'altro, tramite la cosiddetta "*internet money*", ove lo strumento di pagamento viene totalmente dematerializzato e sostituito da una sequenza di dati crittografati.

Gli Istituti di Moneta Elettronica sono iscritti nell'albo tenuto dalla Banca d'Italia e contemplato dall'art. 114 bis del TUB.

(13) Operatori del Gruppo 12: le imprese di investimento mobiliare (SIM).

Le imprese di investimento o SIM, sono società – diverse dalle banche e dagli intermediari finanziari di cui all'art. 107 del TUB – autorizzate a svolgere professionalmente i servizi di investimento.

Questi ultimi, ai sensi dell'art. 19 del TUF, sono rappresentati dalle attività di negoziazione, per conto proprio o di terzi, di collocamento, di mediazione, di ricezione e trasmissione di ordini aventi ad oggetto azioni, obbligazioni, titoli di stato, quote di fondi comuni d'investimento, contratti *futures*, *swap* ed altri strumenti finanziari.

I soggetti in rassegna sono sottoposti al duplice regime di vigilanza della Banca d'Italia, per i profili relativi al contenimento del rischio e alla stabilità patrimoniale e della CONSOB, per quanto riguarda la correttezza e la trasparenza dei comportamenti.

(14) Operatori del Gruppo 13: gli Organismi d'Investimento Collettivo del Risparmio (OICR).

Nella categoria degli Organismi d'Investimento Collettivo del Risparmio rientrano da un lato, i Fondi comuni d'investimento e, dall'altro, le Società di Investimento a Capitale Variabile (SICAV).

Il fondo comune di investimento è un patrimonio autonomo investito in strumenti finanziari, crediti, altre attività, suddiviso in quote di pertinenza di una pluralità di partecipanti; in sostanza il sottoscrittore di un fondo comune di investimento affida i propri risparmi alla società di gestione che li investe nell'interesse di tutti i partecipanti, in strumenti finanziari o in altre attività, a seconda delle caratteristiche e delle tipologie dei fondi.

Questi ultimi, possono avere diversa natura e, in linea generale, è possibile distinguere tra fondi mobiliari aperti o chiusi – ossia i fondi che danno diritto al rimborso delle quote ai sottoscrittori, rispettivamente, in ogni tempo ovvero solo a scadenze determinate – nonché i fondi immobiliari, che hanno la caratteristica di operare gli investimenti prevalentemente in immobili, diritti reali immobiliari o società immobiliari.

Le società di investimento a capitale variabile sono parimenti organismi di investimento collettivo in valori mobiliari costituiti in forma societaria e disciplinati dal TUF; per l'attività svolta, le SICAV sono assimilabili ad un fondo comune di investimento aperto, con la differenza che il sottoscrittore assume la figura di socio, con la possibilità di influire, mediante l'esercizio del diritto di voto, sulla politica di gestione dei beni e delle attività della società.

Entrambe le richiamate tipologie di OICR hanno quale oggetto esclusivo delle proprie attività l'investimento del patrimonio collettivo raccolto mediante l'offerta al pubblico di proprie azioni o quote, previo ottenimento di apposita autorizzazione ai sensi dell'art. 43 del TUF.

(15) Operatori del Gruppo 14: le Società di Gestione del Risparmio (SGR).

Le Società di Gestione del Risparmio sono società per azioni autorizzate dalla Banca d'Italia ad esercitare il servizio di gestione collettiva del risparmio, sia attraverso l'istituzione e la gestione di fondi comuni d'investimento sia mediante la gestione del patrimonio di SICAV o di fondi pensione.

Per gestione collettiva del risparmio, si intende la raccolta di capitali da risparmiatori medio-piccoli e la gestione complessiva – ai fini del rendimento – del patrimonio così accumulato, che viene diversificato su una vasta gamma di investimenti in strumenti finanziari, obbligazioni o azioni.

(16) Operatori del Gruppo 15: le fiduciarie.

Rinviando, per maggiori approfondimenti sulla natura di tali operatori al successivo paragrafo 6., è bene ricordare, sin d'ora, che le fiduciarie sono società regolamentate dalla Legge 23 novembre 1939, n. 1966 che possono assumere l'amministrazione e/o la gestione di beni mobili, immobili o partecipazioni per conto terzi, l'organizzazione di aziende e la rappresentanza dei portatori di titoli e quote societarie.

All'interno della categoria di intermediari di cui trattasi è possibile distinguere le fiduciarie statiche da quelle dinamiche:

- le prime, sottoposte ad autorizzazione e vigilanza da parte del Ministero dello Sviluppo Economico, ai sensi dell'art. 2 della Legge 23 novembre 1939, n. 1966, assolvono a funzioni di mera amministrazione di beni per conto terzi, ossia, di custodia ed esercizio dei relativi diritti ed obbligo di restituzione dei medesimi ad una data scadenza;
- le seconde, invece, sono investite anche di compiti di gestione rispetto ai valori ad esse affidati e, per poter operare, devono essere iscritte nell'albo tenuto dalla CONSOB, ai sensi dell'art. 20 del TUF.

(17) La struttura accentrata.

Una particolare tipologia di destinatario delle richieste di indagini finanziarie è costituito dal "responsabile della struttura accentrata", previsto, sul piano normativo, da entrambi i numeri 7) dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73 e dell'art. 51 del D.P.R. n. 633/72; si tratta, più in dettaglio, di una figura di operatore contemplata nel contesto dell'ampia riforma delle indagini finanziarie attuata con la L. n. 311/2004, per tenere conto dell'evoluzione organizzativa del sistema creditizio e finanziario, sempre più caratterizzato dalla presenza di grandi Gruppi frutto della concentrazione, attraverso operazioni di fusione o di raggruppamenti a modello federativo, di attività di più modeste dimensioni.

Tali raggruppamenti, ai fini delle indagini finanziarie, possono essere rappresentati da un unico soggetto – il responsabile della struttura accentrata – che da un lato, raccoglie le richieste di indagini finanziarie indirizzate dagli Organi di controllo ai singoli membri della struttura accentrata e, dall'altro, provvede ad inoltrare le relative risposte.

La caratteristica principale di tale tipologia di intermediari è quella di non avere la disponibilità in proprio dei dati, notizie e documenti oggetto dell'accertamento, posto che questi ultimi si riferiscono a rapporti, operazioni o servizi che vengono intrattenuti con la clientela da ogni singola entità accentrata.

Ciò nondimeno, il responsabile della struttura accentrata, qualora delegato anche a riscontrare le istanze di accertamento pervenute, risponde della veridicità e dei tempi della corrispondenza, anche dal punto di vista dell'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 10 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 per le ipotesi di omessa, incompleta o tardiva risposta, da parte degli intermediari, alle istanze di indagine finanziaria formulate dagli Organi di controllo.

5. Le informazioni acquisibili.

a. Generalità.

All'ampio spettro applicativo delle indagini finanziarie dal punto di vista soggettivo, corrisponde un altrettanto esteso ambito di operatività del medesimo strumento istruttorio sul piano oggettivo; infatti, gli articoli 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72 consentono di richiedere agli intermediari obbligati dalla disciplina delle indagini finanziarie "...dati notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi."

Sulla base del dettato normativo, in altre parole, gli Organi di controllo dell'Amministrazione finanziaria possono acquisire presso le banche, la società Poste Italiane S.p.a. e gli altri intermediari assoggettati alla disciplina delle indagini finanziarie, tutte le informazioni relative ai flussi finanziari, disponibilità di qualsiasi genere, titoli e valori riconducibili ai contribuenti monitorati.

A quest'ultimo riguardo, non è superfluo sottolineare che tale "riconducibilità" comprende non solo le informazioni attinenti ai rapporti intestati o cointestati ai soggetti sottoposti ad indagine finanziaria, ma anche quelli che risultano nella disponibilità dei medesimi, cioè i rapporti su cui i contribuenti sono autorizzati ad operare in virtù di abilitazioni di varia natura giuridica (cosiddetti "collegamenti"), quali:

- ruoli di rappresentanza, con poteri di firma, di persone giuridiche titolari del rapporto;
- deleghe, procure e mandati ricevuti o rilasciati da terzi;
- garanzie personali prestate o ricevute da terzi;
- deleghe occasionali ad operare in conto o extra-conto.

Sul piano tecnico, anche la classificazione degli elementi informativi accessibili da parte della Guardia di Finanza e degli Uffici dell'Agenzia delle Entrate è stata operata dal già richiamato provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 22 dicembre 2005 che, accanto all'elenco degli intermediari interessati all'applicazione della disciplina, contiene distinte tabelle riservate, rispettivamente:

- all'elencazione generale dei rapporti;
- all'individuazione delle singole tipologie di movimenti, operazioni e servizi;
- alla specificazione dei diversi tipi di collegamento che si possono instaurare tra soggetti diversi.

Invero, le originarie tabelle allegate all'atto direttoriale in rassegna, sono state oggetto di modifiche ed integrazioni rispetto all'originaria classificazione, ad opera dei provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate:

- del 19 gennaio 2007, con il quale sono state, tra l'altro, impartite specifiche tecniche strumentali alla realizzazione dell'Archivio dei rapporti con operatori finanziari, di cui si tratterà diffusamente in seguito;
- del 12 novembre 2007, con cui sono stati parzialmente modificati taluni oneri imposti agli intermediari tra cui, in particolare, quelli relativi alle modalità di riscontro alle indagini con esito negativo;
- del 29 febbraio 2008, di attuazione dell'art. 63 del D.Lgs. n. 231/2007, che, come anticipato, ha determinato un importante ampliamento dei contenuti dell'Archivio dei rapporti.

Naturalmente, anche tali tabelle sono state realizzate per agevolare tecnicamente la canalizzazione telematica dei flussi di comunicazione tra Organi di controllo ed intermediari e, in questo senso, ciascuna delle singole voci elencate nelle tabelle è corredata di appositi codici di riconoscimento da inserire nei tracciati dei *files* di trasmissione delle richieste e delle risposte alle indagini finanziarie.

b. I rapporti e i servizi.

Nel sistema delle indagini finanziarie, per "rapporti" devono intendersi tutte le attività aventi carattere continuativo esercitabili dagli intermediari bancari e finanziari, ovvero i servizi dai medesimi offerti continuativamente al cliente (quali, ad esempio, quelli relativi agli investimenti in valori mobiliari o alle gestioni patrimoniali), nel quadro di una forma contrattuale specifica e durevole nel tempo.

La categoria dei rapporti abbraccia un'ampia gamma di situazioni che possono attenersi alla sfera finanziaria del contribuente e che, conseguentemente, assumono particolare interesse sul piano fiscale.

I rapporti rilevanti in questo contesto sono stati riepilogati nella tabella in **Allegato 31 al documento "Modulistica e documentazione di supporto"**, unito alla presente istruzione, che, riproducendo il già richiamato schema annesso al provvedimento direttoriale del 22 dicembre 2005 (come modificato dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2007 e dal comunicato del 20 marzo 2008), riporta, tra l'altro, sintetiche note di commento per ciascuna singola voce d'interesse, ai fini dell'indirizzo delle attività operative.

Il prospetto in **Allegato 32 al citato documento "Modulistica e documentazione di supporto"**, anch'esso tratto dall'analoga tabella annessa al provvedimento del 22 dicembre 2005 (come modificato dal provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2007), evidenzia, invece, le diverse tipologie di collegamento che si possono instaurare tra soggetti diversi, comunque fattivamente connessi ad un rapporto e, in quanto tali, di utilità ai fini dell'indagine.

c. Le operazioni.

Per operazioni devono essere intese tutte le attività svolte dagli intermediari che non hanno carattere di continuità e che si risolvono in una singola transazione di rilevanza contabile; le stesse possono essere distinte in due macro-categorie:

- da un lato, quelle che sono riconducibili ad un rapporto e che, conseguentemente, all'interno dello stesso trovano concreta manifestazione e registrazione;
- dall'altro, le cosiddette "operazioni extra-conto", ossia le operazioni che non transitano all'interno di alcun rapporto, ma che si esauriscono istantaneamente nel contatto diretto tra il cliente e l'intermediario.

Tanto le operazioni che interessano i rapporti quanto quelle che da questi ultimi risultano del tutto scollegate, possono essere ulteriormente distinte tra:

- operazioni di natura finanziaria, intendendo per tali tutte le transazioni caratterizzate, in via generale, da movimenti di titoli e denaro;
- operazioni relative ai mezzi di pagamento, ossia quelle che interessano gli incassi, i pagamenti, i trasferimenti in denaro contante, gli assegni, i vaglia postali, i bonifici e la gestione di carte di credito;
- operazioni relative ai servizi accessori, cioè connesse ed aggiuntive rispetto ad un rapporto di carattere "principale", quali la custodia e l'amministrazione di strumenti finanziari, la locazione di cassette di sicurezza, la consulenza alla clientela in materia di strategia d'impresa e di emissione e collocamento di strumenti finanziari, la domiciliazione di bollette e di utenze, l'intermediazione in cambi e la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa agli strumenti finanziari.

La tabella di cui all'**Allegato 33 del documento "Modulistica e documentazione di supporto"**, tratta dall'analoga tabella annessa al provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2007, elenca le operazioni, i movimenti ed i servizi che possono costituire oggetto di richiesta da parte degli Organi di controllo, riportando, per ciascuna voce evidenziata, sintetici chiarimenti utili per la loro corretta lettura.

d. Le operazioni extra-conto.

In considerazione della particolare rilevanza che assumono nel contesto delle indagini finanziarie a fini fiscali, sono necessarie alcune puntualizzazioni con riferimento alle operazioni extra-conto, che, come dianzi già accennato, sono rappresentate da tutte le transazioni effettuate tanto da clientela accreditata dell'intermediario quanto da clientela

occasionale che, avvenendo direttamente allo sportello, non danno luogo ad alcuna registrazione contabile all'interno di rapporti continuativi.

Costituiscono tipiche operazioni di sportello, la richiesta di assegni circolari e di assegni in valuta estera, il bonifico per cassa, il cambio assegni, l'acquisto o la vendita di valuta estera, di titoli e certificati di deposito, la consegna di effetti al dopo incasso, tutti i pagamenti per cassa e la richiesta di vaglia e buoni postali.

In vigore dell'assetto normativo precedente all'emanazione della L. n. 311/2004, questo tipo di operazioni – che riguarda essenzialmente le banche e la società Poste Italiane S.p.a., nonché i soggetti che svolgono, in modo, esclusivo l'attività di cambia valute – restavano escluse dalla potestà acquisitiva degli Organi di indagine fiscale, in quanto contabilmente scollegate rispetto a qualunque "conto", ossia alla tipologia di rapporto su cui risultava precedentemente incentrato l'esercizio del potere istruttorio in commento.

Attualmente invece, l'effetto espansivo prodotto dalla riforma delle indagini finanziarie, ha tra l'altro comportato il pieno inserimento, nel novero delle informazioni acquisibili, delle operazioni allo sportello, con le uniche eccezioni elencate nel successivo paragrafo.

Con riferimento alle operazioni in discorso, è necessario formulare qualche considerazione aggiuntiva relativamente ad alcuni vincoli di cui occorre tenere conto nella formulazione delle richieste di indagini finanziarie.

Al riguardo, infatti, occorre ricordare che le possibilità degli Organi di controllo di acquisire le informazioni relative alle operazioni allo sportello incontrano taluni limiti di carattere temporale, connessi all'entrata in vigore, solo a partire dal 1° gennaio 2006, dell'obbligo da parte degli intermediari, di rilevazione dei dati anagrafici e del codice fiscale della clientela.

Come verrà precisato in seguito, infatti, tale obbligo è stato introdotto dalla L. n. 311/2004, relativamente a qualunque rapporto, operazione o servizio prestato ai clienti, inizialmente a partire dal 1° gennaio 2005, e, successivamente, con la modifica di cui al D.L. 30 settembre 2005, n. 203, convertito nella Legge 2 dicembre 2005, n. 248, dal 1° gennaio 2006.

In virtù di tale circostanza, le operazioni non transitate in conto risultano acquisibili senza limitazioni a partire dal 1° gennaio 2006; per il periodo anteriore, invece, gli intermediari finanziari forniscono unicamente gli elementi informativi relativi alle operazioni extra-conto di importo superiore a 12.500 euro, ossia quelle che in aderenza alla normativa antiriciclaggio, erano già tenuti a rilevare e registrare all'interno dell'Archivio Unico Informatico (AUI), già previsto dalla L. n. 197/91 ed attualmente contemplato dall'art. 37 del D.Lgs. n. 231/2007.

In effetti, le operazioni extra-conto al di sopra dei 12.500 euro (e quelle frazionate al di sopra dei 3.098 euro che concorrono nei sette giorni lavorativi continuativi a raggiungere tale soglia) vengono già da tempo archiviate obbligatoriamente nel predetto Archivio Unico Informatico, entrato in funzione nel 1993, e sono quindi immediatamente reperibili, complete dei dati identificativi di chi ha effettuato l'operazione. L'attuale limite per la registrazione delle operazioni extra-conto nell'A.U.I. – stabilito dal comma 2, lett. b) dell'art. 36 del D.Lgs. n. 231/2007 – è commisurato alla soglia di 15.000 euro, per operazioni uniche o più operazioni che appaiono collegate o frazionate.

e. Le informazioni escluse dall'obbligo di comunicazione.

Alcune informazioni in possesso degli intermediari risultano escluse dal novero degli elementi acquisibili attraverso l'esercizio del potere di accesso alla documentazione finanziaria; si tratta, in primo luogo, dei dati che sono già in possesso dell'Amministrazione finanziaria e che, quindi, sono disponibili per gli Organi di controllo senza la necessità di ricorrere agli intermediari.

Tra esse rientrano, in particolare, le operazioni di pagamento extra-conto di:

- pensioni;

- utenze relative a contratti di somministrazione di energia, acqua, gas e servizi di telecomunicazione;
- imposte e tasse e canoni radiotelevisivi, contributi assicurativi e previdenziali.

L'ulteriore caso di esclusione oggettiva attiene, poi, ai dati che non assumono rilevanza ai fini dei controlli; in tale categoria sono compresi:

- i *ticket* sanitari;
- i canoni cimiteriali per lampade votive;
- i pagamenti relativi a titoli di trasporto pubblici o privati, l'acquisto e/o la prenotazione di biglietti di accesso a manifestazioni sportive o fieristiche o a spettacoli di vario genere;
- i pagamenti ed incassi effettuati nell'ambito di servizi di tesoreria svolti per conto dello Stato o di altri enti pubblici;
- le operazioni eseguite dagli addetti alla custodia e trasporto valori, dai pubblici ufficiali e dai coadiutori di giustizia (quali, ad esempio, i curatori fallimentari che incassano somme dovute alla massa fallimentare);
- le operazioni extra-conto eseguite con bollettino postale di importo pari o inferiore a 1.500 euro.

6. Gli obblighi di comunicazione delle società fiduciarie.

Nel precedente paragrafo 4. è stato evidenziato come le società fiduciarie rientrino tra gli intermediari assoggettati alla disciplina delle indagini finanziarie; l'inserimento di tale categoria di soggetti nel perimetro di operatività del potere di accesso alla documentazione finanziaria costituisce una delle novità recate dalla più volte citata L. n. 311/2004 la quale, parallelamente, ha provveduto alla loro espunzione dall'ambito applicativo dei nn. 5) dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72 che, come noto, contemplano la possibilità di richiedere agli enti, Organi ed Amministrazioni di vario tipo, informazioni sul conto dei soggetti indicati singolarmente o per categorie.

In sostanza, quindi, le società fiduciarie vengono oggi considerate alla stregua degli altri operatori finanziari e, per tale motivo, l'acquisizione delle informazioni in loro possesso soggiace al più stringente regime procedurale previsto dalla disciplina delle indagini finanziarie; in questo senso, le stesse fiduciarie possono essere ordinariamente destinatarie delle richieste di dati, notizie ed elementi sul conto di contribuenti ben individuati e, in virtù di ciò, dovranno fornire tutte le informazioni in loro possesso relativamente ai rapporti intrattenuti o alle operazioni eseguite dai medesimi.

Non è, tuttavia, esclusivamente questa la tipologia di richiesta che può essere formulata alle fiduciarie che, come già precisato, di norma, assumono l'amministrazione e la gestione, per conto del cliente, di patrimoni mobiliari ed immobiliari; invero, proprio in ragione della particolare natura dell'attività svolta, le norme di riferimento in materia di indagini finanziarie consentono agli Organi di controllo di avanzare un'altra specifica forma di istanza alle fiduciarie, diversa da quella ordinaria dianzi richiamata.

Infatti, ai sensi del secondo periodo dei nn. 7) degli artt. 32 e 51 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72, i verificatori possono richiedere a tali operatori, specificando i periodi d'interesse, di comunicare le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese inequivocabilmente individuati.

Al riguardo, come chiaramente sottolineato nel paragrafo 1.2. della circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 32/E del 19 ottobre 2006, illustrativa della disciplina degli accertamenti finanziari, è frequente, nella pratica operativa, individuare ipotesi di intestazione a società fiduciarie di una parte o della totalità del capitale sociale della società ispezionata; in questi casi può evidentemente risultare utile accertare l'identità del soggetto per conto del quale la fiduciaria detiene il pacchetto azionario, soprattutto per acclarare eventuali collegamenti tra la società

sotto osservazione ed altre persone fisiche o giuridiche che con la medesima risultano apparentemente intrattenere solo rapporti di natura commerciale.

In questi casi, attraverso la possibilità di richiesta concessa dalle norme citate, è possibile risalire, muovendo dall'operazione di intestazione fiduciaria, al soggetto che l'ha posta in essere, sviluppando, quindi, un percorso di accertamento inverso rispetto a quello normalmente utilizzato, che, come già detto, prende le mosse dal contribuente sottoposto ad accertamento per giungere all'individuazione delle operazioni, dei servizi o dei rapporti dal medesimo intrattenuti con l'intermediario destinatario della richiesta.

Da ultimo, vale la pena ribadire che tale particolare metodica di esecuzione delle indagini finanziarie è operante esclusivamente rispetto alle fiduciarie, precisando che, per l'attivazione di tale peculiare tipologia di richiesta, è necessario comunque esperire il consueto *iter* autorizzatorio previsto dalla disciplina delle indagini finanziarie riferite al contribuente.

7. L'Archivio dei rapporti con operatori finanziari.

a. Generalità.

Nel contesto del processo evolutivo che ha interessato le indagini finanziarie, l'ultima novità di rilievo è quella introdotta dall'art. 37, comma 4, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella Legge 4 agosto 2006, n. 248, con cui è stato istituito il cosiddetto "Archivio dei rapporti con operatori finanziari".

Si tratta di un importante strumento informatico grazie al quale i processi operativi di innesco e sviluppo degli accertamenti in rassegna hanno ottenuto un'ulteriore significativa spinta verso la razionalizzazione e la semplificazione, a tutto vantaggio non solo delle unità ispettive ma anche degli stessi operatori del mondo bancario e finanziario.

Sul piano generale, l'Archivio è una speciale sezione dell'Anagrafe Tributaria implementata attraverso le comunicazioni periodiche degli intermediari e finalizzata a contenere tutte le informazioni che possono essere acquisite dagli Organi di controllo fiscale attraverso l'esercizio dei poteri di indagine finanziaria; nel rinviare al successivo Capitolo 3 la descrizione delle proprietà tecniche del citato dispositivo d'investigazione e delle modalità attraverso le quali lo stesso è stato integrato all'interno della procedura telematica di esecuzione delle indagini finanziarie, di seguito ne verrà delineata la disciplina sostanziale di riferimento.

b. Gli obblighi di rilevazione e comunicazione degli operatori finanziari: evoluzione normativa.

La fonte normativa dell'Archivio dei rapporti con operatori finanziari è rappresentata dall'art. 7 del D.P.R. 16 ottobre 1973, n. 605, che, in linea generale, regola i flussi di comunicazione indirizzati all'Amministrazione finanziaria e sulla quale, in ultimo, si sono concentrate le modifiche del richiamato D.L. n. 223/2006.

Il comma 6 del citato articolo, infatti, attualmente contempla, in capo agli operatori finanziari, accanto ad un generalizzato obbligo di rilevazione e di conservazione – per qualunque tipo di attività prestata – dei dati identificativi e del codice fiscale della clientela, un correlativo onere di comunicazione all'Anagrafe Tributaria di tali informazioni.

In sostanza, quindi, l'Archivio si fonda su un'attività di raccolta puntuale dei dati relativi alla clientela degli intermediari, che, invero, era stata già prevista dall'art. 20, comma 2, lett. b), della L. n. 413/91, in vista della realizzazione della c.d. "Anagrafe dei conti e dei depositi"; quest'ultima, infatti, nelle intenzioni del legislatore, altro non era che una banca dati centralizzata – analoga all'attuale Archivio dei rapporti – destinata a contenere, come già osservato, i dati relativi ai conti intrattenuti dai clienti con gli intermediari.

L'attuale formulazione dell'art. 7, comma 6, del D.P.R. n. 605/73 è il frutto di una serie di successive revisioni, correlate alla progressiva evoluzione del potere istruttorio di accesso ai dati detenuti dagli intermediari.

In proposito, è bene ricordare, in primo luogo, l'intervento recato dall'art. 1, comma 332, lett. b), della citata L. n. 311/2004, con il quale il vincolo di rilevazione dei dati dei clienti è stato allineato rispetto alla più ampia portata soggettiva ed oggettiva attribuita, agli accertamenti finanziari dallo stesso provvedimento normativo.

Infatti, simmetricamente ai novellati nn. 7) dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73 e dell'art. 51 del D.P.R. n. 633/72, la richiamata Legge Finanziaria per il 2005 ha modificato il D.P.R. n. 605/73, rendendo operativo l'obbligo di rilevazione in rassegna, da un lato, rispetto a tutti gli intermediari interessati dalle nuove indagini finanziarie e, dall'altro, per qualsiasi rapporto intrattenuto e qualsiasi operazione eseguita dai medesimi in favore dei propri clienti.

Successivamente, è l'art. 2, comma 14, del D.L. n. 203/2005 ad aver inciso, in più punti, sull'art. 7 di cui trattasi:

- in primo luogo, estendendo l'obbligo di raccolta delle informazioni sulla clientela anche rispetto ai soggetti che eseguono operazioni per conto o a nome di terzi;
- secondariamente, escludendo dal novero delle attività oggetto di rilevazione, quelle eseguite tramite bollettino postale di importo inferiore a 1.500 euro;
- quindi, individuando nel 1° gennaio 2006, la data di entrata in vigore dei nuovi adempimenti imposti agli intermediari;
- da ultimo, riconoscendo in maniera esplicita, la natura propedeutica delle rilevazioni ed evidenziazioni in rassegna ai fini dell'applicazione della riformata disciplina delle indagini finanziarie.

Su tale base normativa, si sono, poi, innestate le novità recate dal citato art. 37 del D.L. n. 223/2006 che, in particolare, ha:

- aggiunto, in capo agli intermediari, accanto al già vigente onere di rilevazione dei dati sulla clientela, l'ulteriore obbligo di comunicazione di una parte di tali elementi all'Anagrafe Tributaria, dando così vita all'"Archivio dei rapporti con operatori finanziari";
- dettato le regole generali di utilizzo del nuovo strumento, disponendo che la banca dati possa essere utilizzata, oltre che nell'esecuzione delle indagini finanziarie in campo tributario, anche da altri soggetti istituzionali, per finalità specificatamente definite; al riguardo, infatti, l'art. 37, comma 4, lett. b), del citato D.L. n. 223/2006, ha stabilito che le informazioni immagazzinate nell'Archivio dei rapporti possano essere sfruttate per le attività di riscossione a ruolo di crediti erariali, nonché per:
 - l'espletamento degli accertamenti finalizzati alla ricerca ed all'acquisizione della prova e delle fonti di prova nel corso di un procedimento penale, sia ai fini delle indagini preliminari e dell'esercizio delle funzioni previste dall'art. 371 bis c.p.p., sia nelle fasi processuali successive;
 - gli accertamenti di carattere patrimoniale per le finalità di prevenzione previste da specifiche disposizioni di legge e per l'applicazione di misure di prevenzione,

da parte dell'Autorità Giudiziaria, dell'Unità d'Informazione Finanziaria e degli Organi di polizia abilitati, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lettere a), b), c) ed e), del regolamento istitutivo dell'anagrafe dei rapporti di conto e di deposito, approvato con D.M. 4 agosto 2000, n. 269, tra cui figurano anche gli ufficiali di P.G. delegati dal Comandante del Servizio Centrale Investigativo Criminalità Organizzata ed il Comandante del Nucleo Speciale di Polizia Valutaria; tra l'altro, relativamente agli appartenenti al Nucleo Speciale in ultimo citato, la possibilità di utilizzare le risultanze dell'Archivio dei rapporti per lo sviluppo dei compiti demandati è stata ulteriormente confermata dall'art. 8, comma 4, lettera a), del citato D.Lgs. 231/2007, in particolare per ciò che concerne l'approfondimento delle segnalazioni di operazioni sospette;

- previsto uno specifico regime sanzionatorio per gli intermediari inottemperanti all'obbligo di conferimento dei dati nell'Archivio dei rapporti, stabilendo l'applicabilità, per tali ipotesi, della misura contemplata dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 471/97,

che punisce gli omessi o i ritardati invii agli Organi di controllo della documentazione relativa ad un'indagine finanziaria in corso.

Per completare il quadro sin qui tracciato è opportuno ricordare ancora, che secondo l'originaria impostazione dell'art. 37 del D.L. n. 223/2006, l'Archivio dei rapporti era destinato a contenere esclusivamente le informazioni relative all'esistenza e alla natura dei rapporti intrattenuti con la clientela e i dati anagrafici e il codice fiscale dei rispettivi titolari e non anche quelle riferite alle operazioni extra-conto e ai cd. "conti in disponibilità".

A colmare tale carenza è intervenuto, successivamente, il già citato art. 63 del D.Lgs. n. 231/2007, che, con l'ennesimo intervento di modifica all'art. 7, comma 6, del D.P.R. n. 605/73, ha imposto agli intermediari di comunicare all'Anagrafe tributaria "...l'esistenza dei rapporti e l'esistenza di qualsiasi operazione..., compiuta al di fuori di un rapporto continuativo, nonché la natura degli stessi..., con l'indicazione dei dati anagrafici dei titolari e dei soggetti che intrattengono con gli operatori finanziari qualsiasi rapporto o effettuano operazioni al di fuori di un rapporto continuativo per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, compreso il codice fiscale".

Sotto il profilo tecnico, infine, va segnalato che gli aspetti di dettaglio connessi alla realizzazione dell'Archivio dei rapporti con operatori finanziari sono stati delineati nei due già citati provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate:

- del 19 gennaio 2007 che, in otto articoli, ha individuato i soggetti tenuti alle comunicazioni, la tipologia delle informazioni da conferire nel nuovo Archivio, le modalità tecniche di trasmissione di tali elementi all'Anagrafe tributaria, nonché le condizioni di utilizzo della banca dati;
- del 29 febbraio 2008, che ha dettato le disposizioni integrative per gli intermediari ai fini del conferimento delle ulteriori informazioni obbligatorie, ai sensi del citato art. 63 del D.Lgs. n. 231/2007.

c. *Gli operatori obbligati alla comunicazione.*

La norma istitutiva dell'Archivio dei rapporti riconnette l'onere di comunicazione di cui trattasi all'intera platea degli operatori sottoposti alla disciplina delle indagini finanziarie a fini tributari, richiamati al precedente paragrafo 4.b..

In via interpretativa, con la circolare 18/E del 4 aprile 2007, l'Agenzia delle Entrate ha avuto modo di precisare che dovevano ritenersi esclusi dall'adempimento in rassegna i cambia valute, ossia gli operatori del gruppo "7" della tabella degli intermediari finanziari.

Tale esclusione era giustificata dal fatto che tali soggetti non gestiscono "rapporti" continuativi, bensì effettuano, in linea di massima, solo operazioni nei confronti della propria clientela, e quindi attività che, prima dell'emanazione dell'art. 63 del D.Lgs. n. 231/2007, erano escluse dalla sfera applicativa della disciplina dell'Archivio dei rapporti; attualmente, tale esclusione deve ritenersi superata posto che, come osservato, la citata norma del Testo Unico antiriciclaggio ha allineato i contenuti dell'Archivio dei rapporti con i poteri di indagine finanziaria concessi dalla normativa in materia di imposte sui redditi ed IVA.

d. *I dati oggetto di trasmissione.*

Ai sensi dell'art. 7, comma 6, del D.P.R. n. 605/73, gli operatori devono comunicare all'Anagrafe Tributaria "...l'esistenza dei rapporti e l'esistenza di qualsiasi operazione... compiuta al di fuori di un rapporto continuativo, nonché la natura degli stessi, ...con l'indicazione dei dati anagrafici dei titolari e dei soggetti che intrattengono con gli operatori finanziari qualsiasi rapporto o effettuano operazioni al di fuori di un rapporto continuativo per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, compreso il codice fiscale".

Alla luce di tale disposizione, dunque, l'obbligo di trasmissione interessa l'intero spettro delle informazioni in possesso degli intermediari sul conto della propria clientela e, in particolare i dati relativi:

- a tutti i tipi di rapporto, sia quelli direttamente intestati o cointestati ai contribuenti, sia quelli sui quali i medesimi hanno facoltà di disposizione, in virtù dell'esistenza dei collegamenti giuridici in precedenza esplicitati, ossia per ruoli di rappresentanza, delega, mandato o garanzia;
- alle operazioni extra-conto non confluite all'interno di un rapporto.

Con riferimento all'oggetto delle comunicazioni sono necessarie alcune ulteriori precisazioni, in parte derivanti dagli orientamenti forniti con la circolare dell'Agenzia delle Entrate 4 aprile 2007, n. 18/E.

In primo luogo, va detto che, tra i rapporti di cui è obbligatoria la comunicazione all'Archivio vi sono anche quelli nei quali la controparte è un altro operatore finanziario; fanno eccezione a tale regola le attività che hanno finalità di mero regolamento contabile tra intermediari, quali, ad esempio, i cc.dd. "conti reciproci interbancari", ossia i conti movimentati in relazione a servizi che le banche si rendono vicendevolmente.

Secondariamente, è opportuno sottolineare che l'Archivio è destinato a contenere anche le informazioni sulle disponibilità rimpatriate grazie al c.d. "scudo fiscale", di cui agli artt. 11 e seguenti del D.L. 25 settembre 2001, n. 350.

Come noto, il citato decreto, convertito nella Legge 23 novembre 2001, n. 409, ha concesso alle persone fisiche, agli enti non commerciali, alle società semplici e alle associazioni equiparate fiscalmente residenti in Italia, la possibilità di rimpatriare – entro il 30 giugno 2003 – attività detenute all'estero, regolarizzando la propria posizione attraverso il pagamento di una somma pari al 2,5% degli importi indicati in un'apposita dichiarazione riservata presentata agli intermediari.

In relazione a tali flussi finanziari, è stato previsto uno specifico regime di riservatezza che impedisce agli operatori la comunicazione all'Amministrazione finanziaria, ai fini degli accertamenti tributari, delle notizie concernenti le dichiarazioni presentate.

Parallelamente a tale divieto, sancito dall'art. 14, comma 2, del D.L. n. 350/2001, è stata, altresì, stabilita una preclusione per qualunque accertamento tributario e contributivo nei confronti del dichiarante e dei soggetti solidalmente obbligati, relativamente alle attività rimpatriate; inoltre, agli interessati sono state garantite particolari esclusioni dalle responsabilità di natura fiscale, sia penali che amministrative, connesse all'avvenuta emersione delle disponibilità finanziarie.

Con specifico riguardo alle guarentigie concesse per le eventuali ipotesi di reato tributario, giova ricordare che la non punibilità è riferita esclusivamente ai reati di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione (artt. 4 e 5 del D.Lgs. n. 74/2000) nonché per tutte le fattispecie già contemplate dalla L. n. 516/82, fatta eccezione per le ipotesi di cui all'art. 4, lettere d) e f) (rispettivamente, emissione ed utilizzo di fatture per operazioni inesistenti e frode fiscale).

Il particolare meccanismo di protezione dianzi illustrato, tuttavia, non incide sulla disciplina dell'Archivio dei rapporti e, per tal motivo, anche i "conti scudati" sono entrati a far parte integrante del contenuto del *data base*.

La menzionata circolare 18/E/2007 dell'Agenzia delle Entrate, infatti, ha opportunamente ancorato l'obbligo di comunicazione di tali attività al fatto che il regime di segretezza che li contraddistingue "...non rileva ai fini della comunicazione prevista dall'art. 7, sesto comma, del D.P.R. n. 605/73" benché il segreto possa essere "...eventualmente opposto all'Amministrazione finanziaria all'atto della richiesta di informazioni specifiche circa i contenuti del rapporto".

A quest'ultimo proposito, poi, non è superfluo ricordare che, secondo la linea operativa tracciata dalla stessa Agenzia delle Entrate con la circolare n. 32/E/2006, segnatamente al paragrafo 4.1, gli intermediari, in relazione alle richieste di indagini finanziarie in materia di IVA ed imposte dirette, "...sono esonerati dall'obbligo di fornire agli organi procedenti indicazioni relative ai conti segreti...i quali – essendo conti aperti in seguito alla

procedura di emersione in regime di assoluta riservatezza – restano pur essi esclusi dall'operatività delle indagini finanziarie”.

e. Le informazioni disponibili attraverso l'Archivio dei rapporti.

Passando, quindi, ad analizzare la natura delle informazioni disponibili attraverso l'Archivio, si pone in luce che la banca dati è destinata a contenere:

- per ciascun rapporto segnalato, le specificazioni in ordine:
 - alla tipologia in cui ricade, alle date di apertura, modifica ed eventuale chiusura; pertanto, l'Archivio non rende disponibile alcuna informazione circa il contenuto delle attività finanziarie comunicate, come, ad esempio, i saldi o i dettagli sugli importi movimentati, ma solo l'esistenza del rapporto con la data di accensione, variazione ed eventualmente cessazione dello stesso;
 - ai dati identificativi, compreso il codice fiscale, delle persone fisiche o giuridiche titolari, contitolari o collegate ai rapporti medesimi, nonché la tipologia di collegamento;
- per le operazioni di natura finanziaria effettuate al di fuori di un rapporto continuativo, gli elementi relativi ai dati identificativi, compreso il codice fiscale, dei soggetti che le effettuano, per conto proprio o a nome di terzi; al riguardo, peraltro, occorre precisare che, in virtù di quanto stabilito dal citato Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 febbraio 2008, al Paragrafo 1.1., lett. a), "...l'esistenza delle operazioni in parola viene comunicata una sola volta, per ciascun anno solare, in occasione della prima operazione compiuta”.

Ciò significa, in altre parole, che l'Archivio dei rapporti non contiene le informazioni relative a tutte le operazioni extra-conto effettuate nel corso dell'anno, bensì esclusivamente quelle relative alla prima operazione che si è verificata nello stesso arco temporale, con la conseguenza che gli elementi riferiti alle transazioni successive alla prima non entrano a far parte del *data-base*.

Dal punto di vista temporale, l'Archivio contiene informazioni su rapporti in essere e operazioni effettuate a partire dalla data del 1° gennaio 2005; ciò significa, conseguentemente, che sono fuori dalla portata dell'Archivio:

- i rapporti bancari, postali e finanziari intrattenuti, come titolari, cointestatari o delegati dai contribuenti interessati negli anni pregressi, qualora estinti entro il 31 dicembre 2004;
- le operazioni eseguite allo sportello fino al 31 dicembre 2004; in merito, giova ricordare inoltre, che, relativamente al periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2005, sono presenti i dati relativi alle operazioni di importo superiore a 12.500 euro, ossia quelle che, come già ricordato, sono confluite nell'Archivio Unico Informatico tenuto a fini antiriciclaggio.

La base dati dell'Archivio dei rapporti è oggetto di aggiornamento periodico da parte degli intermediari che, in particolare, ogni mese e con riferimento al mese precedente, devono provvedere alla trasmissione all'Anagrafe Tributaria delle informazioni relative:

- alle nuove istituzioni di rapporti nonché le eventuali variazioni intervenute (cessazioni, revoche o modifiche) rispetto a rapporti già oggetto di comunicazione;
- alla presenza di nuove operazioni finanziarie eseguite allo sportello dai contribuenti, sempre che, naturalmente, rispetto a quest'ultimi non siano già state segnalate nell'anno eventuali precedenti operazioni.

f. Le condizioni per l'utilizzo dell'Archivio dei rapporti.

L'accesso all'Archivio, per le finalità ispettive fiscali in materia d'IVA e/o delle imposte sui redditi, è subordinato al rilascio di specifiche autorizzazioni da parte del Comandante Regionale della Guardia di Finanza, o degli altri Organi dell'Amministrazione finanziaria abilitati all'esecuzione delle indagini finanziarie, sempre che sussistano le condizioni

previste dalla legge per l'esercizio delle potestà di accesso alla documentazione finanziaria, ai sensi dei nn. 7) degli artt. 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72.

In campo fiscale, quindi, la consultazione dell'Archivio dei rapporti è possibile solo in quanto sia stata ritualmente e preventivamente autorizzata l'esecuzione di un'indagine finanziaria, che, conseguentemente, costituisce il titolo di legittimazione all'interrogazione della base dati residente.

g. L'utilizzo dell'Archivio dei rapporti nelle indagini fiscali.

L'utilizzo dell'Archivio dei rapporti nelle indagini finanziarie è strettamente connesso alle modalità telematiche di esecuzione degli accertamenti in commento.

Il predetto *data-base*, infatti, è stato perfettamente integrato all'interno dell'applicativo informatico "Indagini finanziarie", con il quale, dal 1° settembre 2006, sono regolamentati i flussi di comunicazione tra gli Organi di controllo dell'Amministrazione finanziaria e gli intermediari.

Rinviando al successivo Capitolo 3 l'analisi delle implicazioni di carattere tecnico derivanti da tale integrazione, in questa sede è opportuno soffermarsi brevemente sui profili operativi di utilizzo dell'Archivio dei rapporti.

A questo proposito, occorre ricordare che il sistema delle indagini finanziarie preesistente all'Archivio, si basava sull'inoltro di richieste "esplorative" per via telematica ad una platea di operatori finanziari selezionati direttamente dai verificatori, in relazione all'importanza del profilo economico-finanziario del soggetto controllato.

In sostanza, le unità operative, nell'impostare ciascuna indagine finanziaria, avevano la necessità di circoscrivere la portata soggettiva degli accertamenti, operando, caso per caso, la scelta degli intermediari da investire con le richieste, in base a criteri di prudenza e di economicità del servizio, al fine di evitare esplorazioni "a largo raggio" che, tra l'altro, potevano anche provocare l'intasamento e/o il rallentamento del sistema informatico di gestione delle indagini.

Questa valutazione preventiva comportava indubbiamente una qualche difficoltà nei meccanismi di funzionamento delle procedure, poiché l'incertezza del giudizio anticipato sulla vastità, più o meno, accentuata degli interessi potenzialmente ascrivibili ai contribuenti per i loro rapporti con il mondo bancario o della finanza e della borsa implicava una larga discrezionalità decisionale dei verificatori.

In questo scenario, l'Archivio dei rapporti fa venir meno questa fase d'incertezza, perché consente agli Organi di controllo fiscale di mirare le indagini finanziarie, esattamente nei confronti degli intermediari in effettiva connessione con il contribuente sotto osservazione eliminando, in tal maniera, l'eccessiva estensione dell'ambito soggettivo dei riscontri.

Tale *data-base*, infatti, è in grado di segnalare automaticamente tutti i soggetti del mondo bancario e finanziario che, nel periodo preso a base per le indagini finanziarie, sono entrati in contatto con il contribuente monitorato, rendendo pertanto superfluo per i verificatori il processo di diretta selezione degli intermediari cui inoltrare le richieste.

Su questa tematica occorre precisare che la possibilità di includere negli accertamenti specifici operatori scelti in piena autonomia dagli Organi di controllo è tuttora possibile.

Come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, infatti, l'Archivio dei rapporti presenta taluni limiti di contenuto, dovuti al fatto che le informazioni ivi presenti attengono a rapporti ed operazioni verificatesi in data successiva al 31 dicembre 2004; in questo senso, pertanto, al fine di salvaguardare la completezza degli accertamenti anche nelle ipotesi in cui gli stessi siano estesi a periodi antecedenti rispetto alla predetta data, l'applicativo "Indagini finanziarie" è stato opportunamente strutturato per consentire ai verificatori l'impostazione alternativa di due tipologie di richieste:

- la prima, limitata ai soli intermediari risultanti dall'interrogazione all'Archivio dei rapporti;

- la seconda, estesa, oltre che a questi ultimi, anche ad altri soggetti selezionati a cura dell'unità operativa, attraverso un'apposita funzione a ciò dedicata.

Naturalmente la scelta dell'una o dell'altra delle due opzioni dipende, essenzialmente, dal periodo di riferimento dell'indagine finanziaria e dalla disponibilità, in caso di attività ispettiva risalente ad annualità anteriori al 2005, di dati o elementi che facciano presumere la riconducibilità, al contribuente sotto osservazione, di rapporti cessati alla data del 31 dicembre 2004, ovvero di operazioni "allo sportello" eseguite entro la stessa data.

In questo senso, per l'orientamento delle scelte operative, i verificatori possono tenere conto che, per le indagini finanziarie riferite a periodi temporali:

- successivi al 31 dicembre 2004, le risultanze dell'Archivio dei rapporti risultano totalmente esaustive ai fini della completa individuazione degli intermediari in effettivo contatto con il contribuente monitorato; l'accesso alla banca dati, infatti, permetterà di rilevare tutti gli operatori:
 - con i quali il soggetto monitorato ha intrattenuto o intrattiene rapporti di qualunque natura, intestati o in disponibilità;
 - presso i quali lo stesso contribuente ha effettuato operazioni extra-conto, di importo minimo di 12.500, per il periodo 1° gennaio 2005/31 dicembre 2005 e di qualunque altro importo per i periodi successivi.

Invero, relativamente alle operazioni extra-conto, occorre riflettere ancora sul fatto che l'Archivio dei rapporti contiene i soli dati relativi alla prima operazione effettuata con ciascun intermediario e non anche le successive; questa circostanza, che potrebbe apparire come un ulteriore limite di contenuto del *data-base*, in realtà non incide in alcun modo sotto il profilo operativo, posto che anche la comunicazione di una sola transazione della specie all'Anagrafe Tributaria consentirà di collegare gli intermediari al contribuente e, conseguentemente, di far rientrare gli stessi nella lista dei destinatari della richiesta di indagine finanziaria.

Non è superfluo ribadire, infatti, che l'Archivio dei rapporti costituisce uno strumento operativo creato per favorire e razionalizzare il processo di selezione degli operatori cui inoltrare le richieste di indagine e, in questo senso, non incide sugli adempimenti ai medesimi imposti per il riscontro delle richieste pervenute dagli Organi di controllo fiscale.

In altre parole, gli operatori, indipendentemente dalle modalità con cui sono stati individuati quali destinatari delle richieste di indagini finanziarie – se tramite l'Archivio dei rapporti o direttamente dai verificatori – sono comunque tenuti a comunicare ai richiedenti tutte le informazioni di cui dispongono sul conto del contribuente, ivi comprese quelle riferite alle operazioni extra-conto effettuate successivamente a quella di cui sia stata operata la comunicazione all'Anagrafe Tributaria, sempre che, ovviamente rientrino nel periodo coperto dall'indagine.

Da ultimo, è necessaria un'ulteriore precisazione, sempre con riferimento al particolare meccanismo di comunicazione delle operazioni extra-conto stabilito dal Provvedimento del 29 febbraio 2008; nella pratica operativa, infatti, può verificarsi il caso in cui, sebbene le risultanze dell'interrogazione all'Archivio dei rapporti abbiano fatto emergere l'esistenza di transazioni allo sportello in capo ad un determinato intermediario, le stesse non vengano poi comunicate in sede di riscontro alla richiesta del Reparto operante; ciò può accadere, in particolare, per le indagini finanziarie che attengono a periodi successivi al 1° gennaio 2005 ma che non sono estese all'intero arco temporale coperto dall'Archivio dei rapporti.

Si pensi, ad esempio, ad un'indagine finanziaria relativa al periodo 30 giugno 2005/30 marzo 2008, sviluppata nei confronti di un contribuente che abbia operato la prima operazione extra-conto con un determinato operatore il 1° marzo 2005, operazione che, conseguentemente, è stata oggetto della prescritta comunicazione all'Anagrafe

Tributaria; in questa ipotesi, l'operatore presso il quale il contribuente monitorato ha eseguito la citata transazione verrà segnalato a seguito dell'interrogazione all'Archivio dei rapporti e, per questo, risulterà destinatario della richiesta d'indagine predisposta dall'Unità ispettiva.

In sede di risposta, tuttavia, l'intermediario medesimo non sarà tenuto a fornire i dati relativi all'operazione extra-conto attraverso la quale è stato individuato, dal momento che la stessa è avvenuta in data anteriore (1° marzo 2005) al periodo compreso dell'indagine finanziaria (30 giugno 2005/30 marzo 2008).

Resta inteso che, qualora presso l'operatore in discorso siano state effettuate altre operazioni successive alla prima segnalata e rientranti nell'arco temporale di riferimento (così come se, naturalmente, entro lo stesso periodo, risultino in essere rapporti di qualunque genere riconducibili al contribuente), i relativi dati, documenti e notizie saranno oggetto di comunicazione al Reparto operante, anche se non sono state segnalate all'Archivio dei rapporti;

- anteriori al 1° gennaio 2005, gli esiti dell'accesso all'Archivio dei rapporti potrebbero non essere sufficienti a circoscrivere completamente la platea soggettiva di riferimento, posto che, attraverso l'interrogazione al *data-base* non verrebbero individuati gli intermediari con cui il contribuente monitorato:
 - ha intrattenuto rapporti fino alla data del 31 dicembre 2004;
 - ha eseguito operazioni allo sportello d'importo pari o superiore a 12.500 euro, entro la stessa data.

In questo senso, la scelta di ampliare l'ambito soggettivo delle indagini finanziarie ad altri operatori oltre a quelli risultanti dall'accesso all'Archivio dei rapporti dovrà essere suggerita dalla sussistenza di eventuali elementi indiziari quali, ad esempio, il reperimento, nelle fasi iniziali della verifica, di documentazione finanziaria intestata o non intestata al contribuente verificato e riferita a periodi antecedenti al 1° gennaio 2005, dal momento che la stessa potrebbe riferirsi a rapporti cessati entro il 31 dicembre 2004 e/o a intermediari in collegamento con il soggetto sotto osservazione, presso i quali, quindi, possono essere state effettuate operazioni extra-conto.

Naturalmente, anche nelle ipotesi di indagini relative a periodi anteriori al 1° gennaio 2005, indipendentemente dagli esiti dell'accesso all'Archivio dei rapporti, gli intermediari selezionati saranno tenuti a comunicare all'Organo richiedente tutti i dati in loro possesso, per l'intero periodo interessato dall'indagine finanziaria.

CAPITOLO 2

LE REGOLE PROCEDURALI

1. Generalità.

Come accennato al precedente Capitolo 1, l'art. 51, secondo comma, n. 7) del D.P.R. n. 633/72 e l'art. 32, primo comma, n. 7) del D.P.R. n. 600/73, prevedono che gli Uffici finanziari e la Guardia di Finanza, nell'adempimento dei compiti loro demandati e, previo rilascio di appositi atti autorizzatori, possono richiedere agli intermediari rientranti nella disciplina delle indagini finanziarie la comunicazione "...di dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi...".

Sul piano strettamente procedurale, il complessivo *iter* di sviluppo delle indagini finanziarie può essere scisso in due distinte fasi:

- la prima, di rilevanza interna all'Organo procedente, si articola:
 - . nella richiesta di autorizzazione, formulata dai verificatori all'Autorità competente, per l'accesso alla documentazione in possesso degli intermediari sul conto del contribuente;
 - . nel successivo vaglio, di legittimità e di merito, di tale istanza;
 - . nella concessione dell'autorizzazione o nel suo eventuale diniego da parte dell'Autorità competente a decidere;
- la seconda, di rilevanza esterna, prevede:
 - . l'invio, sulla base della predetta autorizzazione, delle istanze di acquisizione delle informazioni finanziarie agli operatori interessati;
 - . la trasmissione delle relative risposte da parte degli operatori bancari e finanziari individuati quali destinatari delle richieste;
 - . l'eventuale accesso presso gli intermediari per la diretta acquisizione dei dati, delle notizie e dei documenti, in ipotesi di omessa o non conforme risposta.

Gli Organi di controllo hanno la possibilità di attivare un'ulteriore fase propedeutica all'avvio delle indagini finanziarie, che si sostanzia nella richiesta diretta al contribuente, ai sensi dei nn. 6 bis) dei citati artt. 32 e 51, di una dichiarazione recante l'indicazione della natura, del numero e degli estremi identificativi dei rapporti intrattenuti dal soggetto ispezionato con gli intermediari; l'attivazione di tale procedura, che, peraltro, assume carattere meramente eventuale, necessita di un preventivo atto autorizzatorio, rilasciato dalla stessa Autorità competente a decidere sull'avvio delle indagini finanziarie.

2. La procedura interna delle indagini finanziarie.

a. I presupposti per l'esecuzione delle indagini finanziarie.

Le indagini finanziarie, al pari degli altri strumenti istruttori di matrice tributaria, possono essere attivate dagli Organi ispettivi dell'Amministrazione finanziaria ogni qual volta ciò risulti utile, opportuno e consigliabile per poter giungere alla esatta ricostruzione della posizione fiscale dei contribuenti oggetto di attività ispettiva; nella vigente disciplina, non è contemplata alcuna tipizzazione legale delle circostanze legittimanti l'avvio degli accertamenti in rassegna e, in questa prospettiva, il loro fondamento deve essere ricercato nelle generali esigenze di natura istruttoria connesse al controllo della correttezza e completezza delle dichiarazioni fiscali, all'accertamento delle imposte o maggior imposte dovute, alla verifica dell'osservanza del complesso di obblighi strumentali stabiliti a carico dei soggetti passivi dei tributi.

Sul piano operativo, poi, è da sottolineare che l'esercizio del potere di cui trattasi non è necessariamente subordinato al preventivo avvio di una specifica verifica fiscale.

Tale assunto trova conferma nello stesso dettato letterale delle norme di riferimento le quali, a differenza di quanto contemplato nei già citati nn. 6 bis), dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72 con riferimento alla potestà di richiesta diretta al contribuente dei dati relativi ai rapporti intrattenuti con gli intermediari, non fanno alcun cenno alla obbligatoria sussistenza – ai fini dell'attivazione del potere d'indagine finanziaria – di un accertamento, di un'ispezione o di una verifica in corso nei confronti del contribuente.

Una possibile ipotesi di avvio di indagini finanziarie a fini fiscali al di fuori di una formale attività ispettiva, può essere, ad esempio, individuata nella necessità di eseguire approfondimenti sulla posizione fiscale di un contribuente non residente in Italia ma che risulti titolare di rapporti finanziari nel territorio nazionale, anche, ma non esclusivamente, a seguito di una specifica attivazione pervenuta da un Organo collaterale estero, nell'ambito dei rapporti di cooperazione amministrativa ai fini fiscali.

Ad ogni buon conto, è indubbio che la richiesta di accesso alla documentazione detenuta dagli intermediari è tendenzialmente inquadrata nell'ambito di una verifica o, al limite, di un controllo.

In questo contesto, la decisione circa l'utilizzo di tale penetrante strumento d'indagine non può prescindere dalla parallela considerazione da un lato, degli elementi di pericolosità fiscale acquisiti sul conto del contribuente e dall'altro, delle esigenze di economicità e proficuità dell'azione ispettiva nel suo complesso e, in questo senso, la compiuta ponderazione di tale duplice ordine di circostanze trova la sua più naturale collocazione all'interno degli schemi valutativi propri delle ispezioni fiscali.

In altre parole, pur in assenza di una previsione tassativa dei presupposti d'inesco degli accertamenti finanziari, la scelta di ricorrere a tale strumento operativo dovrà essere sempre adeguatamente motivata nonché giustificata, in linea generale, dalla necessità di approfondire l'indagine fiscale in corso; le ragioni di detta scelta saranno esposte, oltre che negli atti interni della procedura, anche nel piano di verifica, ove sia in corso una verifica.

Vi sono, peraltro, alcuni contesti operativi nei quali l'avvio delle indagini finanziarie appare quanto meno auspicabile, soprattutto in ragione della particolare insidiosità e gravità dei fenomeni di evasione da fronteggiare; tra queste casistiche possono essere comprese:

- le forme di evasione totale o paratotale;
- le ipotesi di omessa tenuta delle scritture contabili o di loro tenuta in maniera palesemente inattendibile;
- i casi di frode fiscale e le altre fattispecie penali tributarie;
- le situazioni di evidente e significativa sproporzione tra le manifestazioni di capacità contributiva e i redditi dichiarati dai contribuenti.

Si tratta, comunque, di indicazioni di portata generale ed orientativa, che non devono far venir meno la possibilità, per i verificatori, di attivare il mezzo istruttorio in rassegna tutte le volte in cui lo ritengano necessario ovvero opportuno.

b. *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa.*

L'ambito d'applicazione delle potestà di indagine finanziaria deve considerarsi ordinariamente riferito ai soggetti titolari della posizione fiscale attenzionata dagli Organi ispettivi, ossia dei contribuenti nei confronti dei quali devono essere eseguite o sono in corso le attività istruttorie volte alla ricostruzione della rispettiva capacità contributiva e al controllo del corretto assolvimento degli altri adempimenti fiscali previsti dall'ordinamento tributario.

In questa prospettiva, possono essere destinatari della disciplina istruttoria, oltre alle persone fisiche, le società di persone e gli enti assimilati, le associazioni tra artisti e professionisti, gli enti pubblici e privati non commerciali, le società e gli enti di ogni tipo, anche senza personalità giuridica, le stabili organizzazioni di soggetti esteri non residenti nonché le persone fisiche non residenti nel territorio dello Stato cui sia riconducibile una posizione giuridica rilevante dal punto di vista tributario.

Se questa, dunque, deve essere considerata l'ordinaria sfera di operatività delle indagini finanziarie a fini fiscali, il relativo e concreto raggio d'azione può essere senz'altro esteso anche nei confronti di terzi soggetti che, per quanto non direttamente interessati dalle attività ispettive, possono risultare titolari di rapporti o esecutori di operazioni in realtà riconducibili al contribuente oggetto d'attenzione.

Al riguardo, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 32/E/2006, al paragrafo 5.2., ha avuto modo di sottolineare come i poteri in rassegna siano applicabili "...anche relativamente ai rapporti intestati ed alle operazioni effettuate esclusivamente da terzi, specialmente se legati al contribuente da vincoli familiari o commerciali, a condizione che l'ufficio accertatore dimostri che la titolarità dei rapporti come delle operazioni è "fittizia o comunque superata" ...dalla sostanziale imputabilità al contribuente medesimo delle posizioni creditorie e debitorie rilevate dalla documentazione "bancaria" acquisita".

Tale orientamento, tra l'altro, trova conforto in un consolidato orientamento della Corte di Cassazione che, con riferimento al tema dell'utilizzabilità del particolare regime presuntivo delle movimentazioni finanziarie previsto ai nn. 2) degli artt. 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72 – esaminato al successivo Capitolo 4 – afferma la facoltà dell'ufficio finanziario di procedere all'accertamento fiscale anche attraverso indagini su conti correnti bancari formalmente intestati a terzi ma che si ha motivo di ritenere connessi ed inerenti con riferimento al reddito del contribuente.

In sostanza, quindi, l'estensione a terzi delle indagini finanziarie appare certamente legittima, ma resta comunque subordinata alla sussistenza di elementi indiziari che lascino presumere o ritenere la movimentazione, da parte dei terzi, di disponibilità finanziarie in realtà riconducibili al contribuente sottoposto o da sottoporre ad attività ispettiva e che dovranno essere esaustivamente esplicitati in sede di richiesta di acquisizione della documentazione detenuta dagli intermediari.

A supporto dell'applicazione pratica di queste ultime considerazioni, va tenuto presente che alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno riconosciuto che le indagini finanziarie possono essere estese:

- al coniuge del contribuente ispezionato, sulla base della mera sussistenza del rapporto familiare;
- agli altri congiunti del contribuente, sempre che venga dimostrata l'ingerenza degli stessi nell'attività aziendale o che l'intestazione a terzi sia fittizia;
- ai soci, amministratori o procuratori generali di società di persone e a ristretta base azionaria, quando risulti provata, anche tramite presunzioni, la sostanziale riferibilità dei conti alla società da ispezionare o sottoposta ad ispezione.

c. La preventiva richiesta al contribuente.

Come si è dianzi già evidenziato, in forza dei nn. 6 bis) degli artt. 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72, gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate e la Guardia di Finanza possono richiedere ai contribuenti nei confronti dei quali sia già in corso un accertamento, un'ispezione o una verifica fiscale, il rilascio di una dichiarazione "contenente l'indicazione della natura, del numero e degli estremi identificativi dei rapporti intrattenuti con banche, società Poste Italiane S.p.a., gli intermediari finanziari, le imprese di investimento, gli organismi di investimento collettivo del risparmio, le società di gestione del risparmio e le società fiduciarie, nazionali o straniere in corso ovvero estinti da non più di cinque anni dalla data della richiesta".

Si tratta di un particolare mezzo istruttorio, di natura propedeutica ed eventuale, al quale gli Organi di controllo possono ricorrere prima di dare corso ad un'indagine finanziaria, al fine di circoscrivere, con la collaborazione del contribuente, l'estensione degli accertamenti.

A questo riguardo, giova osservare che, con l'attivazione dell'Archivio dei rapporti, le procedure di sviluppo delle indagini finanziarie risultano di per sé stesse notevolmente razionalizzate, sicché l'utilità del potere di richiesta diretta al contribuente appare, invero, del tutto marginale.

Ad ogni buon conto, nelle ipotesi in cui operativamente risulti proficuo avvalersi della facoltà in discorso, i verificatori dovranno tener presente che la richiesta diretta al contribuente:

- può essere formulata solo previo ottenimento di un'apposita autorizzazione da parte del Comandante Regionale; a questo scopo, i reparti operanti dovranno far pervenire una specifica richiesta, contenente gli estremi identificativi del contribuente ispezionato, i dati relativi all'attività ispettiva in corso nonché i motivi che hanno determinato l'istanza;
- attiene, sul piano oggettivo, ai soli rapporti intrattenuti dal contribuente con gli intermediari e quindi, non anche alle operazioni eseguite o ai servizi ricevuti che pur risultano pienamente accessibili tramite l'esercizio del potere di indagine finanziaria; la ragione di tale limitazione, come sottolineato dall'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 32/E/2006, risiede nel fatto che è stato ritenuto opportuno non "...aggravare eccessivamente lo sforzo ricostruttivo e mnemonico del contribuente" anche rispetto a tutte le operazioni dallo stesso effettuate isolatamente ed episodicamente;
- non preclude il successivo sviluppo di indagini finanziarie estese ad ambiti più ampi rispetto a quelli segnalati dal contribuente.

d. La richiesta di autorizzazione.

Con la richiesta di autorizzazione l'Organo procedente formalizza la volontà di procedere all'esecuzione dell'indagine finanziaria nei confronti di uno o più contribuenti; essendo volta all'emissione di un atto di natura autorizzatoria, l'istanza in rassegna deve essere contraddistinta da una serie di specifici elementi, atti a circoscrivere compiutamente la portata e l'estensione dell'attività che si intende intraprendere.

In questo senso, la richiesta deve obbligatoriamente indicare:

- le motivazioni poste a suo fondamento, ossia le ragioni che, di fatto, fanno ritenere necessaria, utile o proficua l'attivazione del particolare strumento istruttorio;
- gli estremi del contribuente o dei contribuenti ai quali sono rivolte le indagini, vale a dire, gli elementi identificativi completi:
 - dell'imprenditore, lavoratore autonomo, società di persone o di capitali o altro ente rispetto ai quali si intende attivare il potere di richiesta d'acquisizione della documentazione detenuta dagli intermediari;
 - dei soggetti terzi verso i quali è ritenuta opportuna l'estensione dell'accertamento, con l'indicazione dei collegamenti esistenti con il contribuente principale oggetto d'attenzione operativa e degli elementi acquisiti, eventualmente anche di carattere indiziario, in ordine all'effettiva riconducibilità a quest'ultimo di disponibilità fittiziamente intestate;
- il periodo temporale di riferimento ai fini dello sviluppo degli accertamenti;
- la specificazione dell'oggetto dell'indagine e degli intermediari destinatari delle richieste; in tale contesto, in particolare, occorrerà precisare se gli accertamenti:
 - sono orientati alla mera acquisizione delle risultanze presenti nell'Archivio dei rapporti con operatori finanziari ovvero sono estesi ad una più ampia e definita platea soggettiva;

- sono volti, ai sensi dei nn. 7), 2° periodo, degli articoli 32 e 51 dei DD.P.R. n. 600/73 e 633/72, a risalire ai soggetti per conto dei quali le società fiduciarie hanno detenuto o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, partendo dall'oggetto di un'intestazione fiduciaria;
- intendono ottenere i dati di dettaglio su singoli rapporti od operazioni già note ai verificatori.

La richiesta di autorizzazione all'esecuzione delle indagini finanziarie verrà predisposta dal reparto operante sia su supporto cartaceo, secondo i *fac-simile* costituenti **Allegati da 34 a 36 del documento "Modulistica e documentazione di supporto"** unito alla presente circolare, previsti, rispettivamente, per le richieste per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica", per "Rapporti/Operazioni" e per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica & Rapporti/Operazioni", sia attraverso l'apposito applicativo "Indagini finanziarie", secondo le modalità che verranno meglio delineate nel successivo Capitolo 3.

L'istanza cartacea verrà inoltrata direttamente all'Autorità competente e, per conoscenza, alla linea gerarchica intermedia, con la precisazione che, per i reparti retti da Luogotenente o Ispettore, la trasmissione verrà curata dal primo Reparto della linea gerarchica retto da Ufficiale; è appena il caso di evidenziare che tutto il carteggio al riguardo prodotto, deve essere gestito in maniera tale da garantire la riservatezza.

e. L'istruttoria della richiesta di indagine finanziaria ed il rilascio dell'autorizzazione.

Per l'esercizio dei poteri di indagine finanziaria e di richiesta ai contribuenti delle dichiarazioni relative ai rapporti intrattenuti con gli intermediari finanziari, gli articoli 32 e 51 del D.P.R. n. 600/73 e del D.P.R. n. 633/72 prescrivono il preventivo ottenimento, da parte degli Organi di controllo, di specifiche autorizzazioni rilasciate:

- per la Guardia di Finanza, dal Comandante Regionale;
- per gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate, dal Direttore Centrale dell'Accertamento e dai Direttori Regionali;
- per l'Agenzia delle Dogane, dai Direttori Regionali.

Come confermato dal costante orientamento dell'Amministrazione finanziaria e segnatamente, dalla circolare n. 32/E/2006 dell'Agenzia delle Entrate che, peraltro, ha ribadito l'analoga posizione assunta in materia con la circolare 10 maggio 1996, n. 116/E, le autorizzazioni in commento hanno natura di atto discrezionale ed assolvono al duplice ruolo di provvedimenti legittimanti l'esercizio del potere istruttorio e di controllo interno circa il corretto utilizzo della medesima potestà.

In questo senso, al Comandante Regionale è attribuita la funzione di eseguire, in tempi ragionevolmente brevi, una verifica delle richieste pervenute, vagliando la sussistenza dei requisiti:

- di legittimità, da intendersi quale riscontro della presenza:
 - di una congrua motivazione sottostante il prospettato innesco delle indagini finanziarie;
 - dell'esatta e compiuta identificazione del contribuente interessato dall'accertamento e degli eventuali soggetti terzi coinvolti;
 - della delimitazione degli ambiti temporali dell'indagine finanziaria;
 - della specificazione, ove ritenuto necessario, dell'oggetto della richiesta e dei destinatari della medesima;
 - per la sola ipotesi di preventiva richiesta al contribuente, dell'esistenza di un'attività istruttoria in corso;

- di merito, ossia delle ragioni che, in rapporto al caso concreto, fanno ritenere necessario, utile o proficua l'esecuzione dell'indagine finanziaria.

Al termine del vaglio critico dianzi illustrato il Comandante Regionale può decidere di rilasciare l'autorizzazione ovvero di negarla, anche alla luce di ulteriori elementi acquisiti in sede istruttoria.

Qualora condivide la proposta avanzata, concederà la relativa autorizzazione:

- emettendo, in caso di accertamento esteso a più persone, un provvedimento per ogni singolo soggetto interessato dall'indagine;
- assegnando al/ai provvedimento/i emesso/i un apposito numero di protocollo.

Conformemente ai principi generali, in tema di provvedimenti amministrativi, tanto l'autorizzazione quanto il diniego devono essere motivati, ancorché sinteticamente, con riferimento ai presupposti di fatto e di diritto – questi ultimi da individuarsi nelle norme in commento – ed alle risultanze dell'istruttoria; analogamente a quanto disposto relativamente alle richieste di indagini finanziarie, anche gli atti di autorizzazione dovranno essere predisposti:

- su supporto cartaceo, in base ai modelli di cui agli **Allegati da 37 a 39 del documento “Modulistica e documentazione di supporto”** unito alla presente circolare, predisposti in corrispondenza delle diverse tipologie di richieste previste al precedente sottoparagrafo d.; tale documento verrà conseguentemente inviato, per via ordinaria, al Comando richiedente, notiziando per conoscenza i livelli di Comando intermedi;
- attraverso l'applicativo “Indagini finanziarie”, secondo le specifiche illustrate nel successivo Capitolo 3.

f. Termini per la risposta.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73 e dell'identico comma 3 del D.P.R. n. 633/72, gli Organi di controllo devono assegnare agli intermediari finanziari – ai fini del riscontro alle richieste formulate nell'ambito di un'indagine finanziaria – un termine non inferiore a 30 giorni.

Su istanza dell'operatore, da inoltrare per giustificati motivi al Comandante Regionale che ha autorizzato l'esecuzione dell'indagine finanziaria, tale termine è prorogabile di ulteriori 20 giorni.

In deroga al generale obbligo di utilizzo della modalità telematica per lo sviluppo delle indagini finanziarie, sia le richieste di proroga che le relative autorizzazioni vengono formulate per via ordinaria, su supporto cartaceo.

3. La procedura esterna delle indagini finanziarie.

a. L'inoltro delle richieste agli intermediari e la trasmissione delle relative risposte.

(1) Profili generali.

Le comunicazioni tra le articolazioni operative dell'Amministrazione finanziaria e gli intermediari finanziari avvengono esclusivamente in modalità telematica, secondo le prescrizioni di dettaglio fissate con i già richiamati provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate attuativi della nuova disciplina delle indagini finanziarie.

In virtù di tale circostanza, la fase di rilevanza esterna delle indagini finanziarie si compie, in maniera esclusiva, per il tramite dell'applicativo “Indagini finanziarie” di cui nel successivo Capitolo 3 verranno puntualmente descritte caratteristiche e funzioni, fatta eccezione per i meccanismi di richiesta di proroga dei termini delle risposte e delle relative autorizzazioni che sono poste in essere ancora in via cartacea.

In proposito, è opportuno sin d'ora richiamare l'attenzione su taluni aspetti di carattere sostanziale connessi all'attuale gestione informatica dei flussi di comunicazione da e verso gli intermediari finanziari, quali, segnatamente:

- l'insussistenza della necessità di allegare, alle richieste formulate dai verificatori, l'autorizzazione rilasciata dal Comandante Regionale e dagli altri Organi dell'Amministrazione finanziaria;
- le modalità di notifica delle richieste agli intermediari finanziari;
- lo snellimento delle attività di acquisizione degli elementi rilevanti ai fini delle indagini finanziarie;
- la possibilità per gli intermediari di rispondere negativamente a più richieste di indagini finanziarie inviando, al posto di tante singole comunicazioni, un unico messaggio cumulativo di Posta Elettronica Certificata.

(2) L'omessa allegazione dell'autorizzazione all'esecuzione delle indagini finanziarie.

L'autorizzazione rilasciata dal Comandante Regionale riveste un ruolo centrale nel complessivo procedimento di accesso alla documentazione detenuta dagli intermediari, costituendo il necessario presupposto ai fini della legittima utilizzabilità dei dati acquisiti al controllo.

Le nuove metodiche di scambio di informazioni tra l'Amministrazione Finanziaria e gli operatori finanziari e bancari, tuttavia, hanno imposto di riconsiderare la necessità di mantenere fermo l'obbligo di allegare l'autorizzazione concessa alle richieste inoltrate agli intermediari dalle Unità operative, già previsto in vigenza del precedente assetto della disciplina delle indagini finanziarie.

Al riguardo, invero, sono venute in evidenza le particolari esigenze di tutela della *privacy* da riconoscere ai soggetti passivi del potere di indagine finanziaria, che, nei casi di specie, attengono al potenziale pregiudizio ai medesimi arrecabile a causa della comunicazione all'intermediario dei motivi sottostanti l'inesco dell'accertamento.

In tale contesto, l'Agenzia delle Entrate, al il paragrafo 4.2.1. della circolare 32/E/2006, ha chiaramente sottolineato la sostanziale irrilevanza, ai fini del pieno esercizio delle potestà in rassegna, della presa di conoscenza, da parte degli operatori destinatari delle richieste, delle ragioni che hanno determinato l'attivazione degli accertamenti finanziari e, per questo, ha considerato totalmente superata la necessità di allegare i relativi atti autorizzatori alle istanze formulate dai verificatori.

Tale impostazione, pienamente condivisibile sul piano normativo e sotto il profilo dell'opportunità, è stata poi trasfusa nell'architettura del sistema telematico di sviluppo delle indagini finanziarie, attraverso il quale, come meglio verrà precisato nel successivo Capitolo 3, le richieste *on line* dei verificatori vengono convogliate agli intermediari con la mera indicazione del numero di protocollo apposto sull'autorizzazione del Comandante Regionale, senza cenno alcuno alle sottostanti ragioni giustificative.

Resta fermo il fatto che, ad ogni buon conto, il provvedimento autorizzatorio formato su base cartacea dovrà comunque compendiare i motivi che hanno determinato la concessione dell'autorizzazione medesima, come in precedenza già posto in risalto.

A questo proposito, è appena il caso di accennare che la documentazione predisposta dagli Organi di controllo nel contesto delle indagini finanziarie e delle relative autorizzazioni costituiscono atti preparatori del procedimento tributario e, in questo senso, oltre a non essere sindacabili se non nella fase di giudizio dinanzi alle Commissioni tributarie, non risultano soggette al diritto di accesso.

(3) La notifica agli intermediari delle richieste di indagine finanziaria.

La notifica delle richieste di indagini finanziarie agli intermediari costituisce il necessario presupposto per l'esercizio del relativo potere, i cui effetti si producono a partire dalla data di ricevimento delle istanze da parte degli interessati; con l'avvento dell'obbligo di esecuzione degli accertamenti in via telematica, anche le metodiche di notificazione agli operatori hanno subito una sostanziale revisione.

Come più volte rimarcato, il canale trasmissivo delle richieste non è più rappresentato dalla posta ordinaria, ma è fondato sul sistema di Posta Elettronica Certificata, disciplinato dal D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, che fornisce alle comunicazioni informatiche la stessa validità legale di quelle inoltrate tramite raccomandata.

In sostanza, quindi, la piena conoscibilità dei contenuti delle richieste degli Organi di controllo e dell'esistenza di un atto autorizzatorio a fondamento delle medesime è oggi garantito automaticamente dal sistema telematico con il quale vengono eseguite le indagini finanziarie e che, come meglio verrà precisato nel successivo Capitolo 3, ha sostituito *in toto* i tradizionali flussi cartacei.

È appena il caso di precisare che le procedure di notifica ordinaria a mezzo posta raccomandata continueranno ad essere utilizzate per le richieste dirette formulate al contribuente ispezionato, ai sensi dei nn. 6 bis) degli articoli 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/73, come peraltro sottolineato dalla citata circolare n. 32/E/2006 dell'Agenzia delle Entrate.

(4) *Snellimento della procedura d'acquisizione dei dati, notizie e documenti relativi all'indagine finanziaria.*

In aderenza con il contenuto dei più volte citati articoli 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72, come innovati dai provvedimenti normativi d'anzì richiamati, gli Organi di controllo hanno la possibilità di ottenere dagli intermediari, in unica soluzione, i dati, le notizie e i documenti relativi ai rapporti, operazioni e servizi intrattenuti dai contribuenti sotto osservazione; in altre parole, la procedura di accesso ai dati finanziari non è più articolata nei due passaggi di acquisizione della copia dei conti e di successivo invio di un apposito questionario con la richiesta di ulteriori dati, notizie e documenti di carattere specifico, come accadeva in vigenza del precedente assetto normativo.

Si tratta di una semplificazione di rilievo perfettamente coerente rispetto alla più ampia portata oggettiva delle indagini finanziarie realizzata in seguito alla riforma della L. n. 311/2004, che conferma, altresì, la sussistenza di un obbligo generalizzato in capo agli enti creditizi e finanziari di porre a disposizione delle unità ispettive l'insieme della documentazione riconducibile al contribuente monitorato.

Nello stesso senso, peraltro, va sottolineato sin d'ora, con riserva di maggiori precisazioni in seguito, che l'attuale assetto delle indagini finanziarie telematiche permette ai verificatori, sulla base del medesimo atto autorizzativo rilasciato dal Comandante Regionale, di formulare agli operatori coinvolti nelle indagini, anche successive e più approfondite richieste di elementi e documenti di dettaglio relativi alle informazioni già trasmesse, avvalendosi, a questo scopo, di una specifica funzione denominata "Gestione degli approfondimenti", approntata nell'applicativo "Indagini finanziarie".

(5) *Le risposte negative cumulative alle indagini finanziarie.*

L'art. 3 del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2007, ha introdotto per gli operatori la facoltà di riscontrare più richieste di indagini finanziarie con esito negativo mediante un unico messaggio di Posta Elettronica Certificata.

Detta comunicazione negativa può essere inoltrata entro l'ultimo giorno del mese successivo a quello di ricezione, ossia alla data in cui la ricevuta di avvenuta consegna della richiesta originaria è stata regolarmente rilasciata dal gestore del dominio di Posta Elettronica Certificata del destinatario.

Al riguardo, è bene evidenziare che si tratta di una circostanza di carattere procedurale che incide esclusivamente sul processo di materiale trasmissione delle risposte negative da parte degli intermediari, lasciando inalterata la necessità, in capo ai medesimi, di rispettare gli adempimenti di verifica dell'esistenza di eventuali rapporti o

operazioni sul conto del contribuente verificato ed, in caso positivo, di comunicarne gli esiti agli Organi richiedenti.

In altre parole, permane sempre l'obbligo degli operatori di svolgere, nel rispetto dei termini fissati dalle richieste di accertamento, accurate ricerche nominative nei propri archivi, caso per caso, entro i termini fissati nella richiesta e di comunicare le eventuali risposte positive con celerità, prima della scadenza del termine.

Alla luce di quanto sopra, conseguentemente, si può ritenere che, entro i 30 giorni successivi alle notifiche *on line* delle richieste, le banche e gli intermediari interessati faranno pervenire ai Comandi richiedenti le risposte positive, con tutti i dati, le notizie ed i documenti relativi ai rapporti intrattenuti ed alle operazioni effettuate dai contribuenti verificati; dal canto loro, gli enti creditizi e finanziari che non sono in grado di rispettare il termine assegnato, possono fare istanza di proroga per un massimo di 20 giorni, per giustificati motivi, al Comandante Regionale competente.

Scaduti i giorni assegnati per la risposta, tutti gli enti creditizi e finanziari che non abbiano fatto pervenire risposte positive o richieste di proroghe comunicheranno cumulativamente entro la fine del mese successivo le risposte negative relative ai singoli contesti a suo tempo istruiti e riscontrati privi di risultanze.

Quanto, poi, alle risposte positive non pervenute nel termine assegnato, le stesse, in mancanza di istanze di proroga, dovranno essere considerate omesse con la conseguente applicazione delle specifiche sanzioni previste dal D.Lgs. n. 471/97; parimenti le risposte negative non inserite nell'elenco cumulativo entro la fine del mese successivo alle notifiche o che dovessero pervenire in ritardo, dovranno essere considerate ugualmente omesse e, quindi, gli intermediari negligenti potranno essere ritenuti passibili delle sanzioni sopra richiamate.

b. L'accesso ai fini della rilevazione diretta dei dati.

Al fine di garantire la completezza degli accertamenti anche di fronte a possibili forme d'inadempienza, la disciplina delle indagini finanziarie ha previsto specifiche procedure di acquisizione diretta delle informazioni d'interesse presso le sedi degli intermediari; in particolare, l'art. 33, comma 2, del D.P.R. n. 600/73 e l'art. 52, comma 11, del D.P.R. n. 633/72, prevedono che i funzionari dell'Agenzia delle Entrate e gli appartenenti alla Guardia di Finanza possono accedere "...presso le aziende e gli istituti di credito e l'Amministrazione Postale allo scopo di rilevare direttamente i dati e le notizie relative ai conti la cui copia sia stata richiesta nell'ambito di un'indagine finanziaria".

Prima di illustrare gli aspetti di carattere procedurale connessi all'impiego di tale strumento istruttorio, è necessario formulare qualche considerazione di carattere generale sulla portata soggettiva ed oggettiva di tale potestà e, più specificamente, sulla circostanza che la relativa disciplina risulta tuttora ancorata al sistema degli accertamenti bancari delineato dalla L. n. 413/91 e, pertanto, non è allineata rispetto all'attuale più ampia latitudine delle indagini finanziarie.

Più in dettaglio, ci si riferisce al fatto che i citati articoli 33 e 52, sul piano:

- soggettivo, prevedono la potestà di accesso solo nei confronti delle banche e della società Poste Italiane S.p.a. e non anche di tutti gli altri operatori elencati negli articoli 32 e 51;
- oggettivo, riconnettono le possibilità di acquisizione diretta dei dati e delle notizie relative alla copia dei conti del contribuente e non a tutte le altre tipologie di informazioni accessibili dagli Organi di controllo fiscale.

Tale asimmetria normativa, pertanto, potrebbe far propendere per una limitata operatività della facoltà in rassegna; detta criticità, tuttavia, sembra poter essere superata tenendo conto del rimando generale che gli stessi articoli 33, comma 2 e 52, comma 11, operano alle richieste formulate "a norma del n. 7)" degli articoli 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72.

In altre parole, pur in presenza di una formulazione letterale della norma non del tutto coerente con l'attuale portata delle indagini finanziarie, il potere di accesso per la rilevazione diretta dei dati attinenti al contribuente presso gli intermediari deve considerarsi operante rispetto a tutti i soggetti potenzialmente destinatari di richieste dagli Organi di controllo e con riferimento a tutti i dati, notizie e documenti che dai medesimi possono essere ottenuti; una diversa interpretazione, del resto, determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che, per quanto diversi per natura e funzioni, sono comunque sottoposti ai medesimi obblighi di risposta alle istanze dell'Amministrazione fiscale.

Venendo, ora, al piano procedurale, si sottolinea che l'accesso:

- è esperibile solo rispetto a due ipotesi tassative previste dalla norma, quali il mancato invio nei termini dei dati, notizie e documenti richiesti ed il caso in cui sussistano fondati sospetti circa la veridicità e/o la completezza dei dati e delle notizie contenute nella documentazione trasmessa.

Soltanto qualora il responsabile opponga un espresso rifiuto a mettere a disposizione quanto richiesto, ovvero qualora sussista il convincimento o il fondato sospetto che la richiesta sia stata scientemente evasa solo in parte, i militari incaricati delle operazioni possono procedere direttamente ed autonomamente alla ricerca ed alla individuazione delle notizie e dei documenti d'interesse, con l'assistenza continua della parte;

- richiede il rilascio di una specifica autorizzazione da parte del Direttore Regionale dell'Agenzia delle Entrate, per gli Uffici finanziari, e del Comandante Regionale per la Guardia di Finanza;
- deve essere eseguito con l'osservanza di specifiche prescrizioni individuate, tanto per il comparto IVA quanto per quello delle imposte dirette, dall'art. 33, 6° comma, del D.P.R. n. 600/73 e dal D.M. 15 settembre 1982.

Quanto alle condizioni legittimanti l'accesso, le stesse dovranno essere chiaramente esplicitate nella richiesta formulata dal reparto operante e che dovrà essere inoltrata direttamente al Comando Regionale, tramite i livelli gerarchici intermedi, secondo il *fac-simile* costituente **Allegato 40 del documento "Modulistica e documentazione di supporto"**; in proposito, il reparto richiedente dovrà tenere presente che:

- laddove ricorra l'ipotesi di omesso invio dei dati richiesti, sarà sufficiente evidenziare nell'istanza il superamento del termine indicato nell'originaria richiesta inoltrata all'operatore.

Naturalmente, in caso di assolvimento dell'obbligo di comunicazione da parte dell'intermediario interessato durante l'*iter* di sviluppo della richiesta di accesso o comunque prima che quest'ultimo sia stato materialmente eseguito, il mezzo istruttorio non dovrà essere esperito, essendo venute meno le esigenze di acquisizione diretta delle informazioni, sempre che i dati forniti dall'intermediario possano essere ritenuti completi e veritieri e fatta salva l'applicazione delle sanzioni conseguenti al ritardato riscontro della richiesta;

- in presenza, invece, di fondati sospetti circa la veridicità e completezza delle informazioni pervenute, occorrerà esporre in maniera dettagliata e precisa gli indizi, fatti o circostanze alla base di tale convincimento, per consentire all'Autorità competente al rilascio dell'autorizzazione di decidere sulla base di un quadro informativo completo.

Anche in questo caso, infatti, il Comandante Regionale ha il compito di vagliare le richieste pervenute valutando la sussistenza dei requisiti previsti dalla norma ai fini dell'esercizio delle potestà di accesso, nonché l'adeguatezza delle motivazioni esposte a fondamento delle istanze.

Una volta conclusa, in tempi ragionevolmente brevi, la fase di analisi delle richieste e qualora riscontrata la loro completezza e fondatezza, il Comandante Regionale rilascerà le autorizzazioni che saranno inoltrate direttamente al reparto richiedente, secondo il *fac-*

simile costituente **Allegato 41 del documento “Modulistica e documentazione di supporto.**

Sul piano strettamente procedurale, occorre tenere presente che i servizi di accesso presso gli intermediari dovranno essere:

- organizzati, nel caso di richiesta formulata da un reparto retto da Luogotenente o Ispettore, a cura del primo Comando sovraordinato retto da ufficiale;
- eseguiti da ufficiali di grado non inferiore a Capitano e in numero non superiore a quattro; gli ufficiali incaricati, all’atto dell’accesso, dovranno presentarsi al responsabile della dipendenza o dell’istituto o intermediario interessato, esibendo le tessere personali di riconoscimento e l’autorizzazione del Comandante Regionale, di cui sarà rilasciata copia;
- svolti in ore diverse da quelle dell’apertura al pubblico degli sportelli, ad eccezione dei casi in cui l’accesso deve essere svolto in locali adibiti a servizi tecnici o amministrativi;
- operati con le dovute riservatezza e discrezione; i dati, le notizie e i documenti in tal modo acquisiti dovranno essere parimenti trattati, in seguito, con le necessarie cautele;
- sviluppati con la continua assistenza del funzionario responsabile dell’ente o di un suo delegato; in particolare, le ispezioni e le rilevazioni da svolgere saranno solo quelle necessarie per acquisire direttamente i dati e le notizie di cui non sia stata ottenuta copia nei termini o di cui s’intenda verificare la completezza e la veridicità.

Nell’eventualità che le informazioni fornite non risultino esaustive rispetto alle richieste formulate, le stesse dovranno essere immediatamente reiterate, facendo presente al responsabile della dipendenza ove viene eseguito l’accesso che le operazioni non potranno essere concluse prima del completo soddisfacimento delle esigenze istruttorie;

- accuratamente verbalizzati in un apposito “processo verbale di accesso”, nel quale devono essere documentate le richieste formulate, le risposte ricevute, i dati e le notizie oggetto di rilevamento, la relativa documentazione di supporto esaminata e/o acquisita; detto processo verbale sarà sottoscritto dai militari operanti che hanno proceduto alle operazioni e dal funzionario preposto all’agenzia o alla filiale presso la quale le stesse si sono svolte o dalla persona da questo delegata ad assistervi, a cui deve essere consegnata copia ed in caso di mancata sottoscrizione devono essere indicate le relative motivazioni.

4. Le sanzioni in caso di inadempimento da parte dell’intermediario o del contribuente.

A fronte degli obblighi imposti agli intermediari dalla disciplina delle indagini finanziarie, sono previste specifiche sanzioni di carattere amministrativo per i casi di inosservanza, contemplate dall’art. 10 del D.Lgs. n. 471/97.

Il primo comma della predetta norma, infatti, prevede l’applicazione di una pena pecuniaria da 2.065 euro a 20.658 euro nei confronti degli operatori bancari e finanziari che:

- hanno omesso la trasmissione dei dati, delle notizie e dei documenti richiesti;
- non hanno rispettato, nella trasmissione degli elementi richiesti, i termini indicati nell’istanza pervenuta dagli Organi di controllo, con la precisazione che, se il ritardo nella trasmissione non eccede i 15 giorni la sanzione amministrativa è ridotta alla metà;
- hanno comunicato dati, notizie e documenti non rispondenti al vero, ovvero fornito informazioni non complete ed esaurienti.

Ai fini dell’attribuzione delle responsabilità per le violazioni in commento, l’art. 10, comma 3, del D.Lgs. n. 471/97 contempla uno specifico regime presuntivo in forza del quale gli autori delle violazioni sono considerati:

- per le risposte pervenute in ritardo ovvero non veritiere o incomplete, coloro che hanno sottoscritto le stesse;
- in caso di omessa risposta, i legali rappresentanti dell'intermediario interessato.

Si tratta di presunzioni con valore relativo e, in questo senso, il discarico della responsabilità ricade sul soggetto al quale viene ricondotta l'incombenza.

Le sanzioni in discorso sono applicabili, naturalmente, a tutte le categorie degli intermediari assoggettati alla disciplina delle indagini finanziarie; in questo senso, in virtù della possibilità di inoltrare le richieste, oltre che ai tradizionali responsabili delle strutture locali o delle rispettive Direzioni Generali, anche ai cosiddetti "responsabili delle strutture accentrate", questi ultimi dovranno essere considerati autori delle violazioni in rassegna qualora risultino sottoscrittori delle risposte.

Quanto, poi, all'irrogazione della sanzione, in base ai criteri generali previsti dall'art. 16 del D.Lgs. n. 472/97, la competenza è radicata sull'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate nella cui circoscrizione si trova il domicilio fiscale del contribuente al quale la richiesta di indagini finanziarie è riferita.

L'ultimo comma dell'art. 12 del D.Lgs. n. 471/97, prevede, poi, in aggiunta alle sanzioni principali, una specifica sanzione accessoria consistente nell'interdizione dalle cariche di amministratore della banca, società o ente.

Le violazioni di cui trattasi dovranno essere rilevate dai verificatori mediante apposito processo verbale di constatazione da redigersi nei confronti dell'intermediario finanziario interessato.

In merito alla concreta verbalizzazione delle irregolarità, occorre sottolineare la necessità di valutare l'eventuale presenza di difficoltà di natura tecnica alla base delle inadempienze degli operatori; ciò, in considerazione del fatto che lo scambio delle informazioni tra Organi di controllo ed intermediari si sviluppa, come detto, esclusivamente per via telematica e, conseguentemente, ai fini della piena configurabilità delle fattispecie di omesso o ritardato invio della documentazione richiesta nell'ambito di un'indagine finanziaria, occorre verificare, per quanto possibile, se l'inadempienza riscontrata non sia imputabile ad un problema di carattere tecnico, sorto nella fase di invio delle *mail* tramite la Posta Elettronica Certificata.

In questo senso, è opportuno che negli atti compilati venga sempre messa in risalto la sussistenza e/o l'eventuale segnalazione, da parte dell'operatore interessato, di disfunzioni imputabili alla procedura telematica di sviluppo degli accertamenti finanziari, così da assicurare agli Uffici dell'Agenzia delle Entrate, competenti per l'irrogazione della sanzione, un esaustivo quadro istruttorio.

Tra l'altro, come sarà meglio specificato nel successivo Capitolo 3, lo stato di avanzamento delle indagini finanziarie può essere costantemente seguito dalle unità operative, attraverso l'apposita funzione "Monitoraggio" dell'applicativo "Indagini finanziarie", grazie alla quale è possibile disporre di una serie di informazioni di dettaglio sulle richieste e sulle risposte *on line*.

Per tale motivo, i processi verbali di constatazione redatti in occasione della rilevazione delle inosservanze in rassegna, devono sempre riportare le informazioni desumibili attraverso il ricorso alla citata funzione e, in particolare, la data di ricezione, da parte dell'operatore, delle *mail* di richiesta, nonché il mancato rispetto del termine assegnato per fornire risposta.

Per completare il quadro sin qui tracciato occorre richiamare anche due ulteriori misure sanzionatorie specifiche per la disciplina delle indagini finanziarie:

- la prima è contemplata dal comma 1 bis) del predetto art. 10, relativamente all'applicazione della stessa sanzione da 2.065 euro a 20.658 euro agli intermediari che non osservano l'obbligo di trasmettere i dati sul conto della propria clientela, ai fini dell'implementazione dell'Archivio dei rapporti, di cui all'art. 7, comma 6, del D.P.R. n. 605/73;
- la seconda, invece, è riferita al contribuente che non abbia ottemperato all'invito rivoltagli dagli Organi di controllo, ai sensi dei nn. 6 bis) degli articoli 32 del D.P.R. n. 600/73 e 51 del D.P.R. n. 633/72; in questi casi, la sanzione applicabile è quella prevista all'art. 11, comma

1, del D.Lgs. n. 471/97, per l'omissione di qualunque comunicazione richiesta dagli uffici o dalla Guardia di Finanza al contribuente, nell'esercizio dei poteri di verifica o accertamento in materia di imposte sui redditi o IVA, nonché per l'inottemperanza all'invito a comparire a richiesta dei medesimi Organi di controllo.

5. La tutela della riservatezza nelle indagini finanziarie.

Come si è avuto modo di illustrare nei precedenti paragrafi, l'esercizio del potere di indagine finanziaria soggiace ad un particolare ed assai stringente rigore procedurale, che trova la più pregnante manifestazione nel regime delle autorizzazioni previsto per tutte le possibili modalità di esecuzione degli accertamenti.

Si è in presenza, infatti, di uno strumento operativo particolarmente penetrante, rispetto al quale l'ordinamento ha apprestato una serie di presidi di tutela aggiuntivi rispetto a quelli generalmente previsti per altri mezzi istruttori di matrice fiscale, giustificati dalla natura delle informazioni che possono essere acquisite dagli Organi ispettivi.

Da ciò discende la necessità che i dati, le notizie e i documenti ottenuti nel corso di una indagine, così come tutta la documentazione che viene predisposta in tali circostanze, siano trattati in maniera riservata ed utilizzati esclusivamente per le finalità previste dalla legge.

Tra l'altro, occorre ricordare che il citato dovere di riservatezza è espressamente contemplato dall'art. 18, comma 4, della L. n. 413/91 e che, ai sensi del successivo comma 5 dello stesso articolo, "...chiunque, senza giusta causa, rivela dati e notizie ovvero li impiega a profitto altrui o ad altri danno, è punito, fatta salva l'azione disciplinare, con la sanzione amministrativa da 516 a 5.164 euro, da irrogare con decreto del Ministro delle Finanze, salvo che il fatto costituisca reato ai sensi dell'art. 326 c.p.".

Occorre, pertanto, assicurare, in tutto l'*iter* di sviluppo delle indagini finanziarie, il rispetto di adeguate cautele di riservatezza, per evitare compromissioni e lesioni del diritto alla *privacy* del contribuente oggetto di attenzione operativa.

In questo contesto, inoltre, occorre anche tener conto delle innovazioni di carattere tecnico intervenute nella disciplina in rassegna, con particolare riferimento allo sviluppo degli accertamenti per via telematica.

Infatti, se è certamente vero che l'introduzione dell'informatica nei processi operativi di accesso alla documentazione degli intermediari ha eliminato i rischi connessi alla circolazione di documenti cartacei tra Organi di controllo ed operatori, dando vita ad una modalità tecnica di gestione delle indagini che, per le particolari caratteristiche tecniche attribuite al sistema telematico, risulta all'avanguardia sotto il profilo della tutela della riservatezza, sussiste, tuttavia, la necessità di gestire "in sicurezza" i dati acquisiti informaticamente, eliminando ogni residua possibilità di dispersione, duplicazione o accesso ai medesimi da parte di soggetti non autorizzati.

In questo contesto, è bene tenere presente che le informazioni e i documenti trasmessi dagli intermediari alle unità operative permangono in un apposito *data-base* gestito dalla So.Ge.I. S.p.a., anche dopo la chiusura dell'attività di controllo sviluppata nei confronti del contribuente, sicché tali informazioni risultano sempre consultabili tramite l'applicativo "Indagini finanziarie" da parte dei militari che, come verrà meglio precisato nel successivo Capitolo 3, vengono informaticamente abilitati allo sviluppo dell'indagine dal Comandante del Reparto, tramite la funzione "Gestione abilitazioni".

Inoltre, non è superfluo sottolineare che, sempre grazie ad una serie di funzioni dello stesso applicativo, i dati bancari e finanziari acquisiti durante l'accertamento possono essere, in tutto o in parte, estratti informaticamente e immagazzinati su altri supporti magnetici ovvero stampati in forma cartacea.

Alla luce di quanto sopra, al fine di salvaguardare le richiamate esigenze di riservatezza e corretto utilizzo dei dati, delle notizie e dei documenti acquisiti tramite l'esercizio del potere di indagine finanziaria, si dispone che, al termine dell'attività di verifica o degli approfondimenti eseguiti da parte dei verificatori:

- il Comandante del reparto operante provveda ad inibire la consultazione *on line* della documentazione pervenuta dagli intermediari ai verificatori già abilitati all'esecuzione dell'indagine, attraverso la predetta funzione "Gestione abilitazioni".

Resta inteso che, per esigenze istruttorie o per il compimento di altri atti procedurali (ulteriori approfondimenti ispettivi, contenzioso, ecc.), il Comandante del reparto potrà eventualmente procedere alla riabilitazione degli stessi o di altri militari interessati alla consultazione dei documenti, per il tempo necessario allo sviluppo delle incombenze;

- tutta la documentazione estratta informaticamente e memorizzata su altri supporti magnetici, ovvero riprodotta su forma cartacea, dovrà essere custodita in apposito plico chiuso da inserirsi nel fascicolo del contribuente, che potrà essere riaperto ove ricorrano ulteriori eventuali necessità istruttorie;
- tutti i *files* informatici relativi alla documentazione acquisita eventualmente memorizzati, per ragioni tecniche, sulle memorie fisse dei personal computer in dotazione al reparto, al termine delle attività di controllo dovranno essere raccolti in un'unica cartella che sarà crittografata dall'Ufficiale dotato dell'apparato di firma digitale che ha inoltrato la richiesta telematica agli operatori, collegando l'apposito *hardware* alla stazione di lavoro interessata.

A questo proposito, si evidenzia che il *kit* per la firma digitale, già distribuito a tutti gli Ufficiali del Corpo, è dotato del *software* "Firma Digitale e Marca Temporale", all'interno del quale si trova la funzione di cifratura dei documenti.

In particolare, dopo aver selezionato i *file* da cifrare tramite l'opzione "*File* da elaborare: aggiungi", dovrà essere attivata la funzione "Operazioni/Cifra/Con certificato proprio"; a questo punto, dopo aver inserito la propria *smart card* nell'apposito lettore e specificato il relativo *pin*, a ciascun *file* precedentemente selezionato dovrà essere aggiunta l'estensione ".enc"; per la decifratura dei documenti verranno osservate le medesime modalità dianzi illustrate.

6. Le indagini finanziarie da e per l'estero.

a. Generalità.

Le informazioni di carattere bancario, al pari degli altri elementi fiscalmente rilevanti sul conto dei soggetti sottoposti alla potestà impositiva dello Stato, possono formare oggetto di scambio di informazioni tra Amministrazioni fiscali di Paesi diversi.

In questo senso, le circostanze che, sul piano operativo, possono concretamente verificarsi attengono:

- da un lato, alla necessità di eseguire, su richiesta di Organismi esteri, presso istituti di credito o finanziari nazionali, accertamenti su disponibilità ivi intrattenute da soggetti non residenti;
- dall'altro, all'esigenza di attivare, nel territorio estero, le procedure di acquisizione dei dati bancari d'interesse ai fini dello sviluppo di attività di controllo fiscale nei confronti di soggetti passivi d'imposta nazionali.

Nell'uno come nell'altro caso, gli accertamenti bancari devono essere considerati alla stregua di qualunque altro strumento istruttorio attivabile nel contesto delle ordinarie procedure di cooperazione internazionale a fini fiscali e, in questa prospettiva, le regole di riferimento vanno ricercate:

- per l'ambito comunitario, nella direttiva 77/799/CEE del 19 dicembre 1977 e nel Regolamento CE 1798/2003 del 7 ottobre 2003;
- sul più ampio scenario extra-UE, nelle Convenzioni bilaterali siglate dal nostro Paese con diversi Stati esteri, per evitare i fenomeni di doppia imposizione e l'evasione fiscale.

Nel rinviare alla successiva Parte VI della presente circolare per maggiori elementi conoscitivi circa le caratteristiche generali degli strumenti normativi e pattizi dianzi richiamati e alla circolare del Comando Generale – Il Reparto 4 febbraio 2007, n. 7/INCC,

per le disposizioni procedurali di dettaglio da osservare ai fini dell'attivazione dei meccanismi di collaborazione fiscale internazionale, in questa sede preme delineare brevemente i tratti essenziali della disciplina delle indagini bancarie con risvolti internazionali.

A questo proposito, occorre innanzitutto osservare che, dal punto di vista procedurale, pur in presenza del citato generale principio di azionabilità delle indagini bancarie da e per l'estero:

- in forza del principio della "reciprocità", è possibile dare corso in Italia ad una richiesta di accertamento bancario proveniente dall'estero solo se la medesima richiesta, qualora inoltrata dall'Italia allo stesso Paese estero, sia da quest'ultimo concretamente riscontrabile ai sensi della normativa interna;
- per ottenere la documentazione intrattenuta presso una filiale estera di una banca italiana o presso un istituto creditizio di diritto straniero, occorre attivare gli strumenti di cooperazione in essere rispetto al Paese interessato.

Oltre ai suddetti limiti di carattere procedurale, l'esercizio del potere istruttorio in rassegna può trovare ostacolo anche in circostanze di carattere più generale connesse da un lato, all'esistenza di Paesi che non consentono alcuna deroga al segreto bancario e, dall'altro, di Stati che permettono l'acquisizione ai fini fiscali dei soli rapporti di cui l'Amministrazione finanziaria italiana abbia preventivamente individuato gli estremi identificativi.

Al riguardo, giova sottolineare che, sino ad ora, è stata appurata la disponibilità ad effettuare lo scambio di informazioni bancarie solo con alcuni Paesi, quali Austria, Australia, Federazione Russa, Francia, Germania, Olanda, Spagna, Stati Uniti rispetto ai quali, quindi, potranno essere inoltrate le richieste di indagini finanziarie e dovrà essere dato corso agli stessi accertamenti in caso di istanze formulate all'Italia.

b. Disposizioni operative da osservare per le richieste provenienti dall'estero.

Le richieste in rassegna giungeranno al reparto interessato tramite l'Ufficio Cooperazione Internazionale Finanza Pubblica del Comando Generale – Il Reparto, in virtù delle specifiche funzioni demandate al medesimo sul piano della cooperazione amministrativa in materia di imposte dirette ed IVA.

Sul piano operativo, i Comandi interessati da richieste della specie, daranno corso alle medesime nel pieno rispetto della disciplina generale prevista per lo sviluppo di indagini finanziarie nel territorio nazionale, come delineate in precedenza, provvedendo, in particolare, a richiedere, secondo le prescritte procedure, la preventiva autorizzazione all'accesso alla documentazione finanziaria al Comandante Regionale, sia in forma cartacea che attraverso l'apposito applicativo informatico.

Nel caso di specie, le istanze saranno motivate dall'esigenza di dare corso all'attivazione pervenuta per il tramite dell'Organo collaterale estero e gli accertamenti, come già osservato nel precedente paragrafo 2., potranno essere eseguiti anche prescindendo dall'attivazione di specifiche attività di controllo fiscale nei confronti del soggetto interessato dagli approfondimenti.

c. Disposizioni operative da osservare per le richieste dall'Italia verso l'estero.

Analogamente, anche in questa ipotesi le richieste da far pervenire all'Organo collaterale estero verranno canalizzate, a cura del Comando Provinciale sovraordinato al reparto operante, presso il Comando Generale – Il Reparto/Ufficio Cooperazione Internazionale Finanza Pubblica e, per conoscenza, al Comando Generale – III Reparto Operazioni.

Posto che, in tali ipotesi, non è necessario il preventivo rilascio di alcuna autorizzazione da parte del Comandante Regionale, occorrerà predisporre una dettagliata richiesta nella quale si avrà cura di evidenziare:

- la tipologia del servizio in corso nonché il soggetto residente in Italia nei cui confronti sono in atto le attività istruttorie;

- i tributi oggetto d'indagine;
- le violazioni già riscontrate o presunte;
- la necessità di acquisire notizie di natura bancaria/finanziaria all'estero, per il prosieguo del servizio o per la contestazione di violazioni alla normativa nazionale;
- gli estremi identificativi, ove disponibili, dei rapporti di cui si intende acquisire la documentazione;
- le eventuali violazioni perpetrate o ipotizzate dal soggetto controllato nel Paese al quale la richiesta è rivolta;
- le connessioni con eventuali persone fisiche o giuridiche diverse dal soggetto controllato, in relazione alle quali si intenda attivare l'indagine bancaria e i motivi per i quali vi è la necessità di acquisire notizie di natura bancaria;
- ogni utile notizia idonea ad orientare al meglio l'attività dell'Organo collaterale estero.

Resta inteso che la richiesta così formulata verrà opportunamente vagliata dal Comando Generale – Il Reparto per verificare se, alla stessa, sia effettivamente possibile dare corso sulla base degli strumenti di cooperazione amministrativa fiscale disponibili.

In questa prospettiva, è bene che i reparti operativi provvedano ad inoltrare le richieste in rassegna ogni qual volta ciò venga ritenuto proficuo ai fini del positivo sviluppo degli accertamenti in corso, prescindendo da una preventiva valutazione della concreta esperibilità dell'indagine finanziaria presso lo Stato estero di cui si intenda richiedere la collaborazione, posto che, come detto, tale adempimento verrà assicurato dalla competente articolazione del Comando Generale.

CAPITOLO 3
LA PROCEDURA TELEMATICA
PER L'AVVIO E LO SVILUPPO DELLE INDAGINI FINANZIARIE

1. Generalità.

Come si è già avuto modo di precisare, l'attuale disciplina delle indagini finanziarie prevede che le comunicazioni tra i verificatori e gli intermediari finanziari devono obbligatoriamente ed esclusivamente realizzarsi in via telematica e non più, come avveniva in passato, attraverso flussi di documentazione cartacea, pur restando inalterata la disciplina sostanziale di tale importante mezzo istruttorio, con parallela semplificazione ed accelerazione dei relativi processi operativi.

Le specifiche tecniche per l'invio delle richieste e delle risposte in via telematica sono state individuate dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 22 dicembre 2005, sulla base del quale è stata delineata l'architettura dell'applicativo "Indagini finanziarie", in uso sia all'Agenzia delle Entrate che alla Guardia di Finanza, pur con gli opportuni adattamenti.

Successivi atti dirigenziali hanno poi parzialmente integrato il citato *software* con l'obiettivo:

- da un lato, di affinare ulteriormente la procedura attraverso il miglioramento di specifiche funzioni già esistenti e l'introduzione di altre nel frattempo rese necessarie.

In questo ambito, il Provvedimento del 22 novembre 2007 ha introdotto la già richiamata possibilità per gli intermediari di rispondere cumulativamente a più richieste di indagine finanziaria con esito negativo, nonché una specifica modalità informatica per la cancellazione dal registro degli indirizzi elettronici di operatori non più soggetti agli obblighi in rassegna, perché cessati o non più rientranti nel perimetro applicativo della disciplina;

- dall'altro, di assecondare le ricadute, sul piano operativo, conseguenti all'istituzione dell'Archivio dei rapporti con operatori finanziari, prevedendo, all'interno della procedura, una specifica fase d'interrogazione del citato dispositivo d'indagine e di acquisizione delle relative risultanze; in tale specifico contesto, i provvedimenti d'interesse – di cui, peraltro, si è già accennato nel Capitolo 1 – sono due:
 - . il primo, del 19 gennaio 2007, che ha ristrutturato il sistema telematico alla luce dell'attivazione dell'Archivio;
 - . il secondo, del 29 febbraio 2008, che ha integrato le originarie disposizioni, in conseguenza delle novità recate dal D.Lgs. n. 231/2007, in materia di trasmissione all'Anagrafe Tributaria dei dati relativi alle operazioni extra-conto e ai rapporti collegati ai contribuenti.

Di seguito, vengono delineate le istruzioni tecniche di dettaglio per l'uniforme e funzionale applicazione della procedura in commento, nel contesto dell'avvio e del successivo sviluppo delle indagini finanziarie a fini fiscali.

2. L'architettura generale del sistema telematico di gestione delle indagini finanziarie.

a. Note introduttive.

Il sistema telematico dei collegamenti tra gli Organi di polizia tributaria e gli operatori finanziari si basa su tre elementi fondamentali:

- la Posta Elettronica Certificata (P.E.C.);
- la firma digitale;
- il *file* informatico XML strutturato.

b. La Posta Elettronica Certificata.

Il sistema di Posta Elettronica Certificata è disciplinato dal D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, emanato in attuazione della Legge 16 gennaio 2003, n. 3, il cui art. 27, comma 8, lett. e), rinviava ad un successivo provvedimento il compito di introdurre, nella disciplina vigente, disposizioni concernenti l'estensione dell'uso della posta elettronica nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni; detto provvedimento si colloca nel più generale piano di trasformazione digitale degli apparati pubblici che ha comportato, successivamente, l'emanazione del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 – cosiddetto “Codice dell'Amministrazione digitale” – che in più norme rimanda al citato D.P.R. n. 68/2005.

I messaggi informatici veicolati attraverso la P.E.C. hanno la stessa validità giuridica delle comunicazioni effettuate mediante raccomandata postale; infatti, l'art. 4, comma 1, del citato decreto sancisce che “la posta elettronica certificata consente l'invio di messaggi la cui trasmissione è valida agli effetti di legge”, mentre l'art. 3 dello stesso decreto precisa che “il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore”.

I soggetti attori del sistema P.E.C. sono tre:

- il mittente, ossia l'utente che si avvale del servizio di P.E.C. per la trasmissione di documenti prodotti mediante strumenti informatici;
- il destinatario, ossia l'utente che utilizza la P.E.C. per la ricezione di documenti prodotti mediante strumenti informatici;
- il gestore del servizio, ossia il soggetto, pubblico o privato, che eroga il servizio di P.E.C. e ne gestisce i domini.

Il funzionamento della P.E.C., presuppone, pertanto, che sia il mittente che il destinatario siano utenti del servizio fornito da un gestore accreditato, ai sensi dell'art. 14 del D.P.R. n. 68/2005, presso il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) ed inserito nell'apposito elenco.

Tecnicamente, nel sistema della posta elettronica certificata ogni messaggio che viene inoltrato dalla postazione informatica del mittente viene firmato digitalmente, per garantirne l'integrità ed “imbustato” dal gestore della P.E.C. del mittente che contestualmente rilascia una “ricevuta di accettazione” telematica.

La “busta di trasporto”, contenente al suo interno il messaggio informatico da recapitare per conto del mittente, viene inviata sulla rete al gestore del dominio della P.E.C. del destinatario, il quale verifica che il messaggio sia integro e lo consegna alla postazione informatica del destinatario; contestualmente a tale consegna, il gestore del dominio P.E.C. del destinatario emette una “ricevuta di avvenuta consegna”, che fa pervenire telematicamente al mittente.

La “ricevuta di avvenuta consegna” è il momento da cui decorrono i termini concessi al destinatario per le risposte alle richieste di indagini finanziarie così notificate.

Come sottolineato in precedenza, sia gli Organi di controllo che gli operatori finanziari sono dotati di una casella di P.E.C.; per i Comandi della Guardia di Finanza essa corrisponde all'indirizzo “ifinanziarie@pec.gdf.it” mentre per gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate la stessa è denominata “ifinanziarie@pcert.agenziaentrate.it”.

Per i soggetti destinatari delle richieste di indagini finanziarie, le caselle di P.E.C. sono state comunicate all'Agenzia delle Entrate, che li ha inserite nell'apposito “registro degli indirizzi elettronici”.

Quest'ultimo costituisce la base di alimentazione delle liste di intermediari collocate all'interno del sistema e da cui gli Organi ispettivi possono attingere nella fasi di istruzione delle istanze telematiche; a questo riguardo, non è superfluo precisare che in tali elenchi,

distinti per gruppo di appartenenza, sono censiti, alla data del 31 ottobre 2008, complessivamente 13.603 operatori, di cui, 814 banche, l'ente Poste, 1.392 società finanziarie ex art. 106 TUB, 309 società di servizi di investimento ex art. 107 TUB, 9.548 *holding* di partecipazione, 552 confidi, 113 cambiavalute, 34 casse peota, 97 agenti in attività finanziaria, 12 addetti al commercio di oro, 8 Istituti di Moneta Elettronica, 117 imprese d'investimento (SIM), 6 organismi di investimento collettivo (SICAV), 218 società di gestione del risparmio (SGR), 287 società fiduciarie, 95 altri intermediari.

c. La firma digitale.

Sia le richieste degli Organi di controllo, sia le risposte degli operatori finanziari devono essere firmate digitalmente dal soggetto responsabile delle rispettive strutture, con la procedura di firma cosiddetta "*non repudiation*", ossia supportata da un particolare sistema di sicurezza che verifica che il mittente e il destinatario di un determinato messaggio corrispondano effettivamente a coloro che, formalmente, appaiono essere.

Ai sensi dell'art. 21 del citato D.Lgs. n. 82/2005, un documento informatico sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c., per cui fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi le ha sottoscritte.

La garanzia che il documento informatico, una volta sottoscritto con firma digitale, sia autentico ed integro deriva dal fatto che solo il titolare del certificato qualificato di attribuzione della firma digitale dispone del dispositivo di firma (*smartcard/tokenUSB*), del relativo PIN (*Personal Identification Number*), nonché del *software* necessario a riscontrare l'eventuale manomissione del *file* successivamente alla sottoscrizione digitale.

d. Il file XML.

Il terzo elemento su cui si fonda l'architettura del sistema telematico delle Indagini finanziarie è costituito dal formato XML (*eXtensible Markup Language*) del *file* utilizzato per le richieste e le risposte, ossia, di un linguaggio informatico particolarmente versatile che consente la rappresentazione di documenti e di dati strutturati su supporto digitale; la struttura e le caratteristiche di tale *file* sono dettagliatamente disciplinate dai provvedimenti direttoriali richiamati in premessa i quali, in sintesi, hanno previsto che, ai fini delle richieste e delle risposte di indagini finanziarie, tanto gli Organi dell'Amministrazione finanziaria quanto gli intermediari, utilizzino un'unica versione di documento informatico XML, strutturato in tre parti contenenti, rispettivamente:

- i dati generali relativi all'indagine;
- le specificazioni della richiesta dell'Amministrazione finanziaria (codice univoco di individuazione, organo procedente, protocollo e data della richiesta, protocollo e data dell'autorizzazione del Comandante Regionale, data di inizio e fine del periodo sottoposto ad indagine finanziaria, tipo della richiesta, destinatari selezionati singolarmente o per categoria, ecc.);
- gli elementi di risposta forniti dagli operatori finanziari (esistenza o meno di rapporti continuativi e di operazioni extra-conto, estremi di identificazione, saldi, date delle operazioni contabilizzate, importi, collegamenti con altri soggetti, ecc.).

3. L'applicativo informatico "Indagini finanziarie".

a. Caratteristiche generali.

Sulla base dell'architettura generale di sistema dianzi delineata è stato costruito l'applicativo "Indagini finanziarie", collocato all'interno del sito *web* dell'Anagrafe Tributaria ed accessibile dal portale *intranet* del Corpo ai militari in possesso delle specifiche classi visibilità, che verranno meglio illustrate nel sottoparagrafo k.; nel complesso, l'applicativo in argomento mette a disposizione degli utenti le funzionalità necessarie per procedere:

- alla redazione della bozza di richiesta d'indagine finanziaria a cura dei militari in forza al reparto operante;

- all'approvazione della bozza di richiesta d'indagine finanziaria da parte dell'ufficiale abilitato e al conseguente inoltro al Comandante Regionale;
- all'istruzione della richiesta da parte degli Uffici Operazioni del Comandante Regionale ai fini della sua validazione/respingimento;
- al rilascio dell'autorizzazione del Comandante regionale al reparto operante;
- all'interrogazione automatica all'Archivio dei rapporti con operatori finanziari;
- all'inoltro, da parte del Comandante Regionale, dell'autorizzazione al Comando richiedente;
- alla trasmissione, a cura del Comandante del reparto operante, della richiesta d'indagine finanziaria, completa degli estremi dell'autorizzazione, agli operatori finanziari selezionati, previa sottoscrizione della stessa da parte dell'Ufficiale dotato di firma digitale;
- alla gestione delle risposte, ivi compresa la richiesta agli intermediari di ulteriori elementi in relazione ad elementi già comunicati dai medesimi;
- al monitoraggio delle richieste e delle risposte.

Sottolineando che, ai fini della rapida acquisizione di un'idonea confidenza con il sistema, è stato reso disponibile nell'area *web* dell'Anagrafe Tributaria, uno specifico corso multimediale di auto-apprendimento per l'utilizzo facilitato dell'applicativo "Indagini finanziarie" (realizzato con una didattica particolarmente intuitiva e organizzata per lo sviluppo di *training* ed esercitazioni mirate ad ogni singola fase della procedura), di seguito vengono delineate le direttive di dettaglio per l'utilizzo della procedura.

b. Predisposizione della richiesta d'indagine finanziaria.

(1) Note introduttive.

La predisposizione delle richieste può essere operata dai verificatori accedendo, dal *menu* principale, alla funzione "Nuova richiesta", che permette, innanzitutto, l'individuazione del genere dell'istanza da inoltrare; l'applicativo "Indagini finanziarie", infatti, consente di impostare tre distinte tipologie di richieste agli operatori:

- per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica";
- per "Rapporti/Operazioni";
- per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica & Rapporti/Operazioni".

(2) La richiesta per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non fisica".

(a) Caratteristiche generali.

La richiesta per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica" consente l'acquisizione dei rapporti, dei movimenti e delle operazioni a partire dai dati identificativi del soggetto monitorato (codice fiscale, denominazione, cognome e nome, dati di nascita); si tratta della tipologia di richiesta ordinaria, che:

- permette ai verificatori di ottenere dagli intermediari la comunicazione di tutte le informazioni bancarie e finanziarie riconducibili al soggetto sottoposto a controllo;
- interagisce direttamente con l'Archivio dei rapporti, nel senso che la sua predisposizione determina l'accesso alla predetta banca dati e l'acquisizione delle informazioni ivi eventualmente presenti.

A questo proposito, si è già avuto modo di accennare al fatto che, sulla base di una parallela ponderazione, da un lato, dei confini di contenuto di tale strumento e, dall'altro, della necessità di salvaguardare la completezza degli accertamenti, il percorso telematico di accesso alla documentazione finanziaria tramite l'applicativo

“Indagini finanziarie“ è stato opportunamente strutturato per consentire ai verificatori, alternativamente, lo sviluppo di accertamenti:

- riferiti ai soli intermediari risultanti dall'interrogazione del *data-base*;
- estesi, oltre che a questi ultimi, anche ad ulteriori soggetti selezionati direttamente dai militari nella fase di predisposizione delle richieste.

Dal punto di vista tecnico, ciò comporta il fatto che gli Organi di controllo possono decidere, sulla base delle concrete esigenze investigative, di impostare le richieste in rassegna secondo un duplice percorso sostanzialmente differenziato in base all'eventuale integrazione delle singole istanze con una lista di operatori individuati direttamente dai militari incaricati degli accertamenti, secondo le modalità di seguito precisate.

(b) Iter di predisposizione della richiesta.

Per tale tipologia di richiesta, la prima operazione necessaria attiene all'individuazione del contribuente oggetto dell'accertamento; infatti, selezionando dal *menu* “Nuova richiesta” tanto la voce “Contribuente Persona Fisica” quanto la voce “Contribuente Persona Non Fisica”, apparirà sullo schermo la maschera “Dati contribuente”, recante una serie di campi relativi ai dati anagrafici, alla residenza o domicilio fiscale e alla sede legale del soggetto o dell'attività.

Qualora, poi, il soggetto risulti titolare di codici fiscali ulteriori rispetto all'ultimo assegnato, gli stessi saranno direttamente segnalati dal sistema, affinché sia possibile impostare la richiesta utilizzando il parametro identificativo di maggiore interesse ai fini dello sviluppo delle attività ispettive.

Va detto, peraltro, che, ai fini della compilazione di tale maschera è sufficiente l'inserimento del codice fiscale del contribuente, dal momento che gli altri elementi indicati saranno automaticamente aggiunti dal sistema che li trarrà direttamente dall'Anagrafe Tributaria.

Una volta compiutamente identificato il soggetto, l'applicativo metterà a disposizione ulteriori *folder* rispettivamente riferiti all'immissione dei “Dati richiesta”, ossia degli elementi generali per la definizione della portata dell'indagine finanziaria; si tratta, in particolare:

- del termine di risposta assegnato agli intermediari, con la possibile scelta tra 30, 60 o 90 giorni;
- dell'arco temporale di sviluppo degli accertamenti, corrispondente al periodo di sviluppo della verifica o del controllo;
- della data e del numero di protocollo attribuito alla richiesta da inviare al Comandante Regionale;
- della motivazione dell'istanza, sia attraverso l'apposito campo disponibile direttamente nella maschera (che consente l'inserimento fino ad un massimo di 4.000 caratteri) sia mediante l'allegazione di un documento in formato *word*, ai fini di una più dettagliata esposizione delle ragioni sottostanti all'innescio dell'indagine;
- alla eventuale selezione di specifici intermediari, qualora i verificatori intendano estendere le indagini anche ad altri soggetti, oltre a quelli eventualmente censiti nell'Archivio dei rapporti.

A questo proposito, non è superfluo sottolineare ancora una volta che la selezione diretta di specifici operatori attraverso il *folder* “Operatori finanziari” è una fase solo eventuale nel processo complessivo di predisposizione della richiesta, che potrà essere totalmente obliterata dai verificatori qualora i contenuti dell'Archivio dei rapporti vengano considerati pienamente soddisfacenti, sotto il profilo

dell'individuazione degli intermediari in contatto con il contribuente oggetto dell'indagine.

Le richieste per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica", infatti, prevedono sempre l'acquisizione dei dati contenuti nel *data-base*, indipendentemente dal fatto che le medesime vengano integrate dall'individuazione di altri intermediari quali destinatari delle richieste.

Dal punto di vista tecnico, si evidenzia che per facilitare l'operazione di selezione degli operatori, la predetta funzione dell'applicativo presenta specifiche *utility* che, agendo come motori di ricerca, agevolano la materiale individuazione degli intermediari negli elenchi dell'applicativo "Indagini finanziarie".

Una volta completato l'inserimento delle predette informazioni, occorrerà procedere al salvataggio delle stesse, attivando l'apposita funzione "Salva"; dopo tale operazione l'applicativo attribuisce alla richiesta un numero identificativo univoco, sotto forma di codice alfanumerico, che seguirà l'indagine in tutte le sue fasi successive di sviluppo.

Da ultimo, occorre accennare ad alcuni vincoli tecnici che condizionano il numero di richieste da inoltrare agli operatori; infatti, la configurazione dell'applicativo permette la predisposizione di richieste telematiche riferite a singoli contribuenti e rivolte, in caso di selezione diretta da parte dei verificatori, ad un numero massimo di 1.400 operatori.

Ne consegue che, in caso di indagini finanziarie rivolte a più contribuenti o coinvolgenti una platea soggettiva di oltre 1.400 operatori, occorrerà elaborare tante richieste quante saranno necessarie per rispettare i citati requisiti di capienza.

(3) La richiesta per "Rapporti/Operazioni".

(a) Caratteristiche generali.

La richiesta per "Rapporti/Operazioni" riguarda esclusivamente le istanze che gli Organi di controllo possono formulare alle società fiduciarie, di cui alla L. n. 1966/39 ed a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo tenuto ai sensi dell'art. 10 del TUF, al fine di identificare i soggetti per conto dei quali dette società hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, previa individuazione dell'oggetto dell'istestazione fiduciaria e del periodo temporale d'interesse.

In tali casi, la procedura informatica segue il percorso logico opposto a quello della richiesta "per soggetto", consentendo, attraverso l'indicazione dell'operazione e/o del rapporto fiduciario già noto, di risalire al soggetto cui gli stessi risultano riconducibili.

(b) Iter di predisposizione della richiesta.

A differenza di quanto specificato con riferimento alla prima tipologia di richiesta, nel caso di istanza per "Rapporti/Operazioni" il primo *step* della procedura attiene alla compilazione della maschera "Dati Richiesta".

Anche in questo caso, è necessaria l'immissione degli elementi di dettaglio relativi all'indagine (ossia, il nome dell'indagine, il tempo di risposta concesso agli intermediari, il periodo dell'accertamento, la motivazione, la data e il numero di protocollo della richiesta), nonché il salvataggio di tale fase di inserimento per l'attribuzione del numero di ID da parte del sistema.

L'applicativo, poi, richiederà l'indicazione del rapporto o dell'operazione oggetto dell'istanza, mettendo a disposizione dell'operatore appositi *folder* denominati, rispettivamente, "Dati Rapporto" e "Dati operazioni".

Più in dettaglio, relativamente ai rapporti, l'applicativo necessita dell'indicazione della loro tipologia e di una descrizione in forma discorsiva; quanto alle operazioni, invece, i dati richiesti riguardano il tipo, la data, il segno, l'importo, la divisa e, anche in questo caso, la descrizione.

A questo punto, i verificatori dovranno selezionare obbligatoriamente gli operatori finanziari cui inoltrare la richiesta, accedendo al già richiamato *sottomenu* "Operatori finanziari" che, a questo fine, consentirà la navigazione esclusivamente nell'elenco degli operatori della categoria "15 – Fiduciarie".

(4) La richiesta per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non fisica & Rapporti/Operazioni".

(a) Caratteristiche generali.

La richiesta per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non fisica & Rapporti/Operazioni" consente di acquisire, in formato digitale, la documentazione sottostante ad operazioni o rapporti riconducibili ai soggetti ispezionati, che risultano già noti ai verificatori in base alle risultanze della verifica.

(b) Iter di predisposizione della richiesta.

La predisposizione della richiesta in commento ricalca, sostanzialmente, l'*iter*, già illustrato al punto (2) del presente sottoparagrafo b., con la differenza che, per tali ipotesi, risulta obbligatorio:

- da un lato, individuare i dati relativi alle operazioni o ai rapporti oggetto di monitoraggio, compilando i campi presenti nei *folder* "Dati Rapporti" e "Dati Operazioni";
- dall'altro, selezionare gli operatori destinatari delle istanze.

c. Approvazione della bozza di richiesta d'indagine finanziaria.

Una volta completata, a cura dei verificatori, la bozza di richiesta d'indagine, la stessa dovrà essere approvata dai Comandanti di reparto abilitati; questi ultimi, in particolare, potranno visualizzare le richieste predisposte dai militari dipendenti avvalendosi della specifica funzione "Interrogazioni – Stato di avanzamento" e, dopo aver vagliato la portata dell'indagine e la relativa estensione nonché operato le eventuali modifiche, provvedere, in un primo momento, alla definitiva approvazione della richiesta e, successivamente, all'inoltro telematico della stessa al sovraordinato Comando Regionale.

Sarà possibile eseguire tali operazioni attivando le apposite funzioni "Approva richiesta" e "Richiedi autorizzazione" presenti nei *folder* denominati "Approvazione" che compariranno, in successione, una volta completati i vari adempimenti.

Resta inteso che, parallelamente al flusso telematico, dovrà essere trasmessa, per via ordinaria, anche la richiesta di autorizzazione cartacea, al Comandante Regionale e, per conoscenza, ai livelli di comando intermedi; in particolare, i Comandanti Provinciali, nell'ambito delle proprie funzioni di controllo e indirizzo del servizio, potranno prendere spunto dalle trattazioni pervenute per impartire eventuali direttive per il tratto a venire, allo scopo di elevare il livello di efficacia e di economicità delle verifiche dei reparti dipendenti.

Ai fini della materiale gestione dell'istruttoria, poi, i Comandanti di reparto cui compete la trasmissione, con firma digitale, delle richieste agli intermediari finanziari, possono utilizzare la funzione accessoria denominata "Gestione abilitazioni", attraverso cui è possibile abbinare, al singolo accertamento, uno o più militari in forza al reparto; tale adempimento non è richiesto per il militare che compila la richiesta memorizzata dal sistema – che, in linea generale, dovrà coincidere con il Capo Pattuglia – atteso che il *software* riconosce a quest'ultimo, in modo automatico, la qualifica di "responsabile" della gestione delle fasi successive.

d. La fase di istruzione della richiesta d'indagine finanziaria da parte degli Organi di staff del Comandante Regionale.

L'applicativo "Indagini finanziarie" dispone di una specifica funzione di "Validazione delle richieste", attraverso la quale il personale abilitato in forza agli Uffici Operazioni dei Centri di responsabilità di 2° livello può istruire la singola trattazione prima del definitivo vaglio del Comandante Regionale.

In sostanza, accedendo al *sottomenu* "Stato di avanzamento" della maschera principale, è possibile richiamare le singole richieste pervenute dalle dipendenti unità operative ed iniziare l'istruzione delle relative trattazioni.

In questo senso, l'applicativo consente la visualizzazione completa delle istanze e richieste obbligatoriamente, ai fini del completamento della procedura, la conferma o la modifica degli operatori selezionati direttamente dal Comando richiedente come destinatari dell'indagine, sempre che, naturalmente, non si tratti di una richiesta per "Contribuente" impostata per la mera acquisizione delle risultanze dell'Archivio dei rapporti, posto che, in questo caso, la richiesta prescinde da qualunque selezione puntuale di operatori da parte degli originatori dell'indagine finanziaria.

Una volta terminata la valutazione della richiesta, attivando le apposite funzioni, è possibile, alternativamente:

- validare o respingere l'istanza; in questo caso la richiesta viene rimessa all'esame del Comandante Regionale, con la specificazione dell'esito positivo o negativo della preventiva istruttoria;
- archiviare l'istanza, indicando necessariamente, in un apposito box testuale, le motivazioni sottostanti l'avvenuta archiviazione della richiesta; quest'ultima, pur essendo eventualmente visualizzabile dal Comandante Regionale nelle fasi successive della procedura, non potrà più essere oggetto di alcuna ulteriore utilizzazione.

La validazione telematica delle richieste, naturalmente, dovrà essere eseguita anche analizzando il parallelo flusso cartaceo pervenuto, al fine di verificare, in particolare, la corrispondenza dei dati rispettivamente indicati.

Da ultimo, giova evidenziare che la procedura di validazione è comunque una fase solo eventuale nel complessivo *iter* di autorizzazione delle indagini finanziarie e, in questa prospettiva, l'istruzione delle richieste può essere operata direttamente dal Comandante Regionale, senza alcun intervento di carattere esterno.

e. L'autorizzazione del Comandante Regionale.

Il Comandante Regionale, ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esecuzione delle indagini finanziarie, tramite l'attivazione della citata funzione "Stato di avanzamento" può visualizzare, singolarmente, tutte le richieste pervenute telematicamente dai reparti dipendenti, sia quelle non ancora oggetto di preventiva istruttoria da parte degli Organi di *staff*, sia quelle vagliate – con esito positivo o negativo – dai medesimi Uffici, sia, infine, quelle archiviate.

In linea generale, in questa fase, viene eseguita una valutazione complessiva delle richieste, per la verifica dell'esistenza dei presupposti di validità delle stesse.

Dal punto di vista tecnico, inoltre, è prevista anche in questo caso, la specifica conferma degli eventuali operatori finanziari direttamente selezionati dal reparto, tranne che per le istanze limitate alle risultanze dell'Archivio dei rapporti.

In particolare, per la cognizione della platea soggettiva di riferimento delle indagini occorre accedere al *menu* "Operatori finanziari", attraverso il quale risulterà disponibile l'intero elenco degli operatori inseriti nella richiesta; in tale contesto, il vaglio potrà portare alla conferma o alla modifica della lista di intermediari, anche differentemente rispetto alle conclusioni operate, in sede di validazione, da parte degli Organi di *staff* del Comandante Regionale.

Al termine dell'istruttoria, il Comandante Regionale normalmente rilascerà la prescritta autorizzazione.

Al riguardo, occorre sottolineare che, in questa fase dell'*iter* procedurale le attività da porre in essere a cura del Comandante Regionale presentano lievi differenze, a seconda della tipologia di indagine finanziaria sottoposta alla sua attenzione.

Infatti, per gli accertamenti che non interferiscono con l'Archivio dei rapporti" (ossia, per le indagini "Rapporti/Operazioni" e "Contribuente P.F./P.N.F. & Rapporti/Operazioni"), le autorizzazioni rilasciate dal Comandante Regionale verranno direttamente poste a disposizione dal sistema al reparto richiedente.

Per quelle che, invece, prevedono l'acquisizione delle informazioni tramite l'Archivio (segnatamente, le richieste per "Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica"), la concessione dell'autorizzazione all'esecuzione dell'indagine finanziaria da parte del Comandante Regionale attraverso l'applicativo determina, automaticamente, l'accesso al *data-base*, ai fini dell'individuazione degli eventuali operatori in contatto con il contribuente verificato.

In altri termini, l'approvazione della proposta d'indagine finanziaria costituisce anche titolo di legittimazione per la consultazione della banca dati, operazione questa che, tuttavia, viene eseguita direttamente dall'applicativo, senza nessuna possibilità di "navigazione" all'interno della base di dati.

In questi casi, per quanto l'autorizzazione all'accesso alla documentazione finanziaria sia già stata a tutti gli effetti concessa, la stessa non viene ancora trasmessa al reparto richiedente, essendo previsto un ulteriore *step* nell'ambito del quale il sistema fornirà il *feed-back* dell'avvenuta interrogazione alla banca dati dei rapporti.

Le risultanze dell'Archivio, a questo scopo, saranno rese visibili, in prima battuta, al Comandante Regionale che, accedendo al nuovo *folder* "Invia all'Ufficio/Archivia", potrà visualizzare la lista degli operatori destinatari dell'indagine, distinti – in caso di richiesta allargata – tra quelli selezionati dal reparto e quelli ricavati attraverso l'Archivio dei rapporti, con l'ulteriore previsione, relativamente a questi ultimi, della tipologia dei rapporti individuati e dell'esistenza, rispetto agli stessi, di eventuali cointestazioni, deleghe o mandati in capo al contribuente.

Sempre con riferimento agli operatori individuati attraverso l'Archivio, infine, l'applicativo segnala l'avvenuta esecuzione di fusioni/incorporazioni eventualmente intercorse tra gli intermediari interessati, con la precisazione dei dati identificativi precedenti e successivi all'operazione straordinaria, al fine di facilitare l'individuazione della casella di P.E.C. attiva, verso la quale inoltrare la richiesta d'indagine.

A questo punto, la procedura potrà essere completata mediante l'invio dell'autorizzazione al reparto richiedente che, pertanto, potrà anch'esso visionare l'elenco degli operatori complessivamente selezionati e procedere agli ulteriori adempimenti previsti per la trasmissione telematica delle istanze con firma digitale.

In caso di insussistenza di evidenze nell'Archivio dei rapporti per le istanze che non abbiano previsto l'inserimento di specifici operatori quali destinatari aggiuntivi delle indagini, il Comandante Regionale può procedere direttamente all'archiviazione della richiesta, dal momento che, in tali casi, il procedimento avviato dal reparto proponente non potrebbe avere ulteriore seguito.

Ovviamente, resta pur sempre aperta la possibilità che, per le indagini archiviate per insussistenza di evidenze nell'Archivio dei rapporti, il Comando operante avanzi eventualmente un'altra proposta di accertamento nei confronti dello stesso soggetto, ma, in questo caso, la relativa richiesta dovrà essere predisposta *ex novo* utilizzando l'altro percorso disponibile, quello, cioè, che consente l'acquisizione di più ampie informazioni attraverso la selezione diretta degli operatori tramite l'applicativo.

Da ultimo, è bene ricordare ancora che, anche rispetto al processo di autorizzazione telematico delle richieste, dovrà corrispondere la predisposizione dei paralleli documenti in forma cartacea, documenti che, naturalmente, saranno trasmessi nei modi ordinari al reparto richiedente.

f. La trasmissione agli operatori finanziari.

Il Comandante del reparto operante, una volta ricevuta, su supporto cartaceo e in via informatica, l'autorizzazione del Comandante Regionale, provvede ad inviare telematicamente la richiesta agli operatori finanziari, previa apposizione della propria firma digitale sulla lettera di accompagnamento al *file* XML.

Tale funzione si esplica scaricando in locale la lettera messa in linea dalla procedura "Indagini finanziarie", ai fini dell'apposizione della firma digitale; successivamente, la lettera in questione, completata con firma digitale, viene reimmessa nel sistema mediante l'opzione di "upload".

Con l'apposizione della firma digitale da parte dell'Ufficiale, l'atto viene consegnato al sistema di posta elettronica certificata che ne attesta la notifica ai destinatari mediante rilascio al mittente di apposita "ricevuta di accettazione" e di "ricevuta di avvenuta consegna".

Dalla ricezione di quest'ultima, come già ricordato, decorre il termine per le risposte da parte degli intermediari, previsto dall'art. 32, comma 2, del D.P.R. 600/73 e dall'art. 51, comma 3, del D.P.R. 633/72.

g. La gestione delle risposte.

(1) Generalità.

Il risultato dell'indagine finanziaria si concretizza nelle risposte inviate dagli operatori finanziari, una volta individuati nei loro archivi i rapporti e/o le operazioni riconducibili al/i contribuente/i sottoposti alle indagini.

Attraverso la specifica funzione in esame, l'applicativo "Indagini finanziarie" consente di visualizzare, con un'interfaccia, il contenuto delle risposte in ogni dato di dettaglio e nello stesso ordine in cui è strutturato il documento XML utilizzato per la richiesta.

I dati indicati nelle risposte trasmesse dagli operatori finanziari variano a seconda della tipologia di richieste avanzata a monte.

(2) Risposte relative alle richieste per "Contribuente Persona Fisica/Contribuente Persona Non Fisica".

In questa ipotesi, possono verificarsi due situazioni:

- risposta negativa, allorquando l'operatore finanziario comunica che il soggetto sottoposto a controllo non ha avuto nessun rapporto continuativo né ha effettuato operazioni extra conto nel periodo d'indagine; valgono, in questo ambito, le considerazioni espresse al precedente Capitolo 2, paragrafo 3.a.(5) con riferimento alla facoltà dell'operatore di riscontrare, con un unico messaggio di posta elettronica certificata, più richieste di indagini finanziarie;
- risposta positiva, nei casi di sussistenza di rapporti continuativi e/o di operazioni extra-conto, nel periodo dell'indagine, intrattenuti con il soggetto sottoposto a controllo; in tale eventualità, contestualmente alla risposta positiva, l'operatore finanziario comunica al Comando operante le seguenti informazioni:
 - i dati anagrafici del soggetto sottoposto a controllo, così come rilevati dall'intermediario, al fine di consentire all'organo procedente di verificare eventuali disallineamenti con i dati contenuti nella richiesta;

- gli eventuali rapporti continuativi esistenti con il soggetto indagato, completi dei dati identificativi degli stessi e dei saldi iniziali e finali (per i rapporti che prevedono l'esistenza di saldi);
- per ogni rapporto continuativo, i collegamenti con altri soggetti e i dati anagrafici dei soggetti collegati;
- i movimenti e le operazioni relative ad ogni rapporto;
- per ogni operazione o movimento relativi al rapporto, gli eventuali autori materiali che abbiano agito in nome o per conto dei soggetti titolari del rapporto;
- le operazioni extra-conto e, per ciascuna di esse, gli eventuali autori materiali che hanno agito in nome o per conto di altro soggetto.

(3) Risposte relative alle richieste per “Rapporti/Operazioni”.

Le risposte relative alla richiesta per “Rapporti/Operazione” conterranno i dati anagrafici dei soggetti per conto dei quali le società fiduciarie destinatarie delle istanze hanno agito.

Se, a fronte di uno o più rapporti od operazioni richieste, i suddetti soggetti sono più di uno, verrà compilata una risposta per ogni soggetto indicando i rapporti e le operazioni riconducibili ad ognuno.

(4) Risposte relative alle richieste per “Contribuente Persona Fisica/Persona Non Fisica & Rapporti/Operazioni”.

In tali ipotesi la risposta deve contenere gli stessi dati del soggetto e dell'operazione, così come indicati nella richiesta, con allegata la documentazione riprodotta in formato digitale non modificabile.

h. Richiesta di ulteriori approfondimenti sulla documentazione già trasmessa dagli operatori agli Organi di controllo.

Da ultimo, occorre sottolineare che l'applicativo consente, nell'ambito di un'indagine finanziaria già autorizzata dal Comandante Regionale e per la quale siano già pervenute le relative risposte da parte degli intermediari, di richiedere agli operatori ulteriori approfondimenti in ordine a specifiche informazioni oggetto di comunicazione.

Tale operazione è possibile accedendo alla funzione “Gestione approfondimenti” dell'applicativo, che permette la predisposizione di un messaggio di testo per la descrizione delle operazioni per le quali sono necessarie le ulteriori specifiche ed altri dettagli d'interesse ai fini del soddisfacimento delle esigenze conoscitive.

Tale istanza non comporta il rilascio di un'ulteriore autorizzazione dal momento che, come detto, investe aspetti specifici della documentazione già regolarmente acquisita dal reparto operante.

i. Monitoraggio delle risposte.

Per la verifica dello stato di avanzamento delle indagini finanziarie già autorizzate dal Comandante Regionale è possibile avvalersi della specifica funzione di “Monitoraggio”, disponibile all'interno dell'area di visualizzazione delle risposte pervenute dagli operatori.

Tale *utility*, più in dettaglio, permette la visualizzazione delle seguenti informazioni:

- l'avvenuta o la mancata consegna della *mail* di richiesta al singolo operatore;
- la data di consegna della *mail* di all'intermediario, o un eventuale messaggio di errore;
- la presenza o l'assenza della relativa risposta;
- la positività o negatività della risposta pervenuta;
- l'indicazione dell'eventuale superamento dei termini concessi per la risposta.

Per agevolare l'analisi delle informazioni d'interesse, la funzione prevede, altresì, la possibilità di creare specifici elenchi di intermediari, in base alla tipologia delle risposte pervenute, alla presenza o all'assenza della risposta ed al superamento o al rispetto dei tempi concessi per la risposta medesima.

Come già osservato in precedenza e, segnatamente, al paragrafo 4. del Capitolo 2, l'utilità di tale funzione risiede nel fatto che la stessa può agevolare la verifica del rispetto dei termini imposti agli operatori per riscontrare le richieste di documentazione, soprattutto ai fini della corretta applicazione delle sanzioni previste dall'art. 10 del D.Lgs. n. 471/97, in caso di inosservanza agli obblighi imposti.

j. Ulteriori funzioni dell'applicativo "Indagini finanziarie".

Ai fini della più agevole gestione dei processi operativi connessi allo sviluppo degli accertamenti in discorso, l'applicativo "Indagini finanziarie" dispone di una serie di ulteriori *utility* con le quali è possibile:

- procedere alla stampa cartacea, in ogni fase della procedura, delle richieste avanzate agli intermediari e delle relative risposte; rispetto ai rapporti segnalati, si precisa, inoltre, le possibilità di stampa possono essere anche ristrette alle operazioni registrate nel corso di una singola annualità;
- l'*export* dei dati contenuti nelle risposte in fogli di calcolo formato "excel", direttamente utilizzabili ai fini dell'effettuazione delle elaborazioni e dei controlli;
- per il Comando Generale e i Comandanti Regionali, l'acquisizione di informazioni di dettaglio sulle indagini finanziarie avviate dalle Unità operative; in particolare, tale funzione, accessibile dal *menu* "Interrogazioni" dell'applicativo informatico, è in grado di elaborare statistiche mensili e generali sui *trend* di utilizzo delle indagini finanziarie, dando la possibilità di verificare per singolo reparto, il numero e la tipologia di richieste inviate agli operatori, la natura delle risposte ricevute nonché il numero di intermediari di volta in volta interpellati;
- l'archiviazione delle bozze di richieste predisposte dai verificatori in relazione alle quali siano stati commessi errori di compilazione non più reversibili;
- la visualizzazione delle risposte negative, che permette individuare, tra queste ultime, anche quelle che, pur essendo state erroneamente classificate come tali nella fase di compilazione del *file xml*, devono invece considerarsi positive in quanto corredate, in allegato, da documentazione bancaria e finanziaria riconducibile al contribuente verificato;
- individuare la data di inoltro delle richieste; in particolare, la predetta funzione, inserita nel *menù* "info" dell'applicativo "Indagini finanziarie", consente di conoscere la data effettiva della trasmissione, da parte del sistema informatico, delle richieste di accertamento predisposte dai reparti operativi.

Al riguardo, giova sottolineare che tali funzioni si sono aggiunte nel tempo all'originaria versione dell'applicativo di cui trattasi, nel contesto di una costante opera di *refinement* volta a rendere il predetto *software* uno strumento sempre più aderente rispetto alle concrete esigenze avvertite sul piano operativo dagli Organi di controllo.

k. La gestione delle abilitazioni.

In ragione dei differenti livelli di operatività previsti per la gestione della procedura "Indagini finanziarie", sono state previste cinque credenziali di accesso:

- 1° livello, automaticamente riconosciuto, ai fini della predisposizione della richiesta di autorizzazione, a tutti i militari in forza ai reparti operativi già in possesso dell'abilitazione alla rete geografica del Corpo SNA "3270" e alla banca dati "Anagrafe Tributaria";

- 2° livello, assegnato agli Ufficiali Comandanti di reparto operativo, responsabili dell'inoltro della richiesta di autorizzazione al Comandante Regionale e del successivo invio agli operatori finanziari;
- 3° livello, attribuito al personale degli Uffici Operazioni dei Centri di responsabilità di 2° livello ai fini dell'istruzione delle singole indagini finanziarie;
- 4° livello, riservato ai Comandanti Regionali, per il rilascio delle autorizzazioni all'esecuzione delle indagini finanziarie;
- 5° livello, per Ufficiali e Ispettori in forza al III Reparto Operazioni del Comando Generale, con specifico riferimento alla funzione di monitoraggio, su scala nazionale, degli accertamenti.

Per quanto concerne le abilitazioni di 2° livello, il Servizio Informatica del Comando Generale ha predisposto un apposito *software* – denominato “Gestione Reparti Indagini finanziarie”, fruibile tramite la procedura GF/STAT2 – che i Comandanti Provinciali dovranno utilizzare al fine di:

- abilitare gli Ufficiali dipendenti – Comandanti di reparto;
- associare ai reparti dipendenti retti da Luogotenenti o Ispettori, il sovraordinato primo Comando retto da Ufficiale che è incaricato di approvare le bozze di richieste, per poi investire il Comandante Regionale e, previa autorizzazione, gli operatori finanziari;
- procedere al costante aggiornamento delle abilitazioni per ciascuno dei reparti posti alle proprie dipendenze, anche in relazione ad assenze temporanee dei rispettivi titolari.

CAPITOLO 4

LA VALENZA PROBATORIA DELLE RISULTANZE DELLE INDAGINI FINANZIARIE

1. L'efficacia probatoria della documentazione relativa ad operazioni finanziarie: profili generali.

La ricostruzione della base imponibile ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA, trova nella documentazione bancaria e finanziaria del contribuente oggetto di accertamento e/o dei soggetti che con questo hanno intrattenuto rapporti commerciali o professionali, un riferimento probatorio di prioritaria rilevanza, in quanto, se si esclude la documentazione extracontabile eventualmente reperibile in occasione di accessi fiscali (in forma di contabilità "nera", tenuta più o meno parallelamente rispetto a quella ufficiale su registri appositamente predisposti, appunti vari, *files*, ecc.), appare difficile individuare, in concreto, altri documenti idonei a palesare l'effettiva disponibilità di risorse finanziarie ovvero la reale natura di certe operazioni, dotati di un grado di attendibilità paragonabile a quello proprio dei dati e delle notizie rilevabili dalle movimentazioni dei rapporti bancari e finanziari facenti capo al contribuente.

La procedura delle indagini finanziarie delineata agli artt. 32, comma 1, nn. 2), 6 *bis* e 7) e 51, comma 2, nn. 2), 6 *bis* e 7), rispettivamente dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72 ed illustrata nei precedenti Capitoli, contempla un particolare valore probatorio, di tipo presuntivo, normativamente attribuito ai dati ed alle notizie rilevabili dalla documentazione acquisita a seguito della procedura stessa.

Rinviano ai successivi paragrafi l'esame dettagliato di tale specifico valore, appare in questa sede il caso di porre in evidenza che la procedura ed il meccanismo presuntivo contemplati dalle menzionate disposizioni, rappresentano soltanto uno dei possibili "canali" attraverso i quali la documentazione bancaria e finanziaria può essere utilizzata dall'Amministrazione finanziaria per la determinazione della base imponibile e l'individuazione di eventuali irregolarità, ma non esauriscono il quadro delle possibili soluzioni percorribili a tal fine.

Alla luce di quanto si è illustrato ai Capitoli 1 e 2 della Parte IV della presente istruzione, a proposito delle diverse metodologie di accertamento di detta base imponibile, dovrebbe infatti risultare abbastanza evidente come le possibilità che la documentazione bancaria e finanziaria sia valorizzata quale strumento per un diverso dimensionamento dei diversi componenti di reddito così come dichiarati e contabilizzati dal contribuente, discendano in primo luogo proprio dal complesso delle disposizioni di carattere generale che disciplinano le stesse, ordinarie metodologie di accertamento, rispetto alle quali la procedura ed il meccanismo presuntivo di cui agli artt. 32 e 51 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72 rappresentano soluzioni aggiuntive e non certamente sostitutive.

Non pare infatti discutibile che sia possibile, sulla base delle norme di carattere generale in precedenza menzionate, utilizzare i dati e gli elementi rilevabili dai diversi documenti bancari e finanziari acquisiti nell'esercizio degli ordinari poteri istruttori conferiti agli Organi di controllo, quali prove dirette, nei casi in cui gli stessi permettano di individuare, in maniera sicura, fonti reddituali non palesi o consentano di risalire in modo certo alla reale natura di certe transazioni commerciali, ovvero quali presunzioni semplici o semplicissime idonee a fornire, previa adeguata motivazione e senza nessun aggravio di ordine probatorio per il contribuente, una dimostrazione indiretta di una capacità contributiva diversa da quella dichiarata dal contribuente stesso o di quella al medesimo riferibile in caso di dichiarazione omessa o nulla, valorizzabili, a seconda delle circostanze, sulla base delle disposizioni che contemplano l'accertamento "analitico – induttivo" o quello "induttivo puro".

Ad esempio, attraverso l'esercizio dei poteri istruttori concessi all'Amministrazione, può accadere che, nei confronti di soggetti che non risultano avere mai presentato dichiarazioni, si riesca a provare l'effettivo esercizio di attività commerciali, artigianali o professionali, procedendo in seguito ad appositi accertamenti bancari ovvero in base a specifici approfondimenti della documentazione bancaria altrimenti acquisita (principalmente, in sede di accesso e ricerca).

In tali circostanze, l'individuazione di consistenti disponibilità sui conti correnti del soggetto interessato, unitamente alla accertata indisponibilità di altre fonti di reddito, non sembra potersi qualificare, semplicemente, quale "fatto noto" che permetta di risalire alla sua capacità contributiva, dando luogo, invece, ad una quantificazione evidente ed immediata di quest'ultima.

Sotto un altro punto di vista, si consideri il fenomeno della fatturazione per operazioni inesistenti; se dalla documentazione bancaria acquisita al controllo emerge che, in relazione a una certa operazione commerciale, il venditore abbia versato nei suoi conti l'assegno emesso dall'acquirente, con successivo prelevamento della medesima somma, poi risultata versata, nei giorni immediatamente successivi e senza una adeguata giustificazione, nel conto dello stesso acquirente, ricondurre tale circostanza sul piano meramente indiziario appare oggettivamente riduttivo, dal momento che l'assenza di un'effettiva regolarizzazione finanziaria della transazione commerciale costituisce un'evidente ed immediata conferma della sostanziale fittizietà della transazione stessa.

In questi ed analoghi casi, sembra che si versi nel campo delle prove dirette e non semplicemente presuntive, dal momento che il dato bancario viene di per sé stesso a palesare una realtà diversa da quella dichiarata (la reale capacità contributiva o la fittizietà dell'operazione) e non si limita semplicemente a rappresentare il presupposto fattuale noto dal quale avviare un ragionamento di logica consequenzialità.

Per quanto concerne l'utilizzabilità presuntiva delle risultanze bancarie, anche a prescindere ed al di fuori della procedura di cui agli artt. 32 e 51 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72, la stessa, oltre a discendere dalle generali metodologie di accertamento in precedenza richiamate, è riconosciuta da numerosi interventi giurisprudenziali che si sono occupati del valore probatorio della documentazione bancaria acquisita in occasione di accessi, ispezioni e verifiche, alcuni dei quali sono stati richiamati al Capitolo 2 della Parte IV della presente istruzione, in tema, appunto, di riscontro indiretto – presuntivo.

2. Il sistema presuntivo disciplinato dalla specifica normativa.

a. Le previsioni normative.

Al di là della generale efficacia probatoria della documentazione di carattere finanziario nei termini indicati al precedente paragrafo 1., la disciplina delle indagini finanziarie, prevede uno specifico valore probatorio legalmente attribuito alle notizie ed ai documenti ottenuti dall'Amministrazione finanziaria sulla base delle menzionate disposizioni; in particolare:

- ai fini dell'imposizione diretta ed ai sensi dell'art. 32, comma 1, n. 2), del D.P.R. n. 600/73, "i dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati rispettivamente a norma del numero 7) e dell'art. 33, secondo e terzo comma, o acquisiti ai sensi dell'art. 18, comma 3, lett. b) del D.Lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, sono posti 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 beneficiario e sempre che non risultino dalle scritture contabili, i prelevamenti o gli importi riscossi nell'ambito dei predetti rapporti od operazioni".

Conseguentemente:

- gli importi a qualsiasi titolo accreditati nell'ambito dei rapporti intrattenuti e delle operazioni effettuate dai contribuenti con gli operatori finanziari, sono posti a base della ricostruzione di qualsiasi categoria reddituale quali componenti positivi di reddito (proventi, ricavi, compensi, ecc), qualora il contribuente non dimostri di averne tenuto conto ai fini della determinazione del reddito stesso o che le operazioni relative sono fiscalmente irrilevanti;

- . gli importi riscossi, non risultanti dalla contabilità e, quindi, soltanto nei riguardi dei contribuenti soggetti ad obblighi contabili, a queste medesime condizioni e se non ne viene indicato il beneficiario, si considerano ricavi o compensi e sono quindi utilizzabili per la rettifica del reddito d'impresa o di lavoro autonomo;
- ai fini IVA ed ai sensi dell'art. 51, comma 2, n. 2), del D.P.R. n. 633/72, "i dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati rispettivamente a norma del numero 7) e dell'art. 52, ultimo comma, o acquisiti ai sensi dell'art. 18, comma 3, lett. b) del D.Lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 54 e 55 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto nelle dichiarazioni o che non si riferiscono ad operazioni imponibili; sia le operazioni imponibili sia gli acquisti si considerano effettuati all'aliquota in prevalenza rispettivamente applicata o che avrebbe dovuto essere applicata".

Conseguentemente, i versamenti non giustificati sono considerati "vendite in nero" ed i prelevamenti "acquisti in nero", sempre che il contribuente non dimostri di averne tenuto conto nelle dichiarazioni ovvero che non si riferiscono ad operazioni imponibili.

Tradizionalmente, si è affermato che caratteristica tipica del particolare valore probatorio dianzi accennato sia quella di configurare, ricorrendo tutte le condizioni in precedenza evidenziate, una "inversione dell'onere probatorio", il quale verrebbe a transitare dagli Organi di controllo al contribuente.

In effetti, la stessa giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di chiarire come la predetta "inversione" abbia di fatto un limitato rilievo pratico, dal momento che, anche nei casi in cui i menzionati effetti presuntivi vengano pienamente a prodursi, resta del tutto ferma la possibilità per il contribuente di fornire la prova contraria alla pretesa del fisco anche in sede contenziosa.

L'asserita "inversione", secondo la giurisprudenza di legittimità, consiste soltanto nell'effetto di realizzare una "economia" di gestione dell'attività istruttoria e di accertamento, nel senso che, se durante la fase di controllo il contribuente non riesca a dimostrare di avere tenuto conto dei dati risultanti nella documentazione bancaria e finanziaria, i dati stessi possono essere automaticamente trasfusi nell'atto impositivo senza nessun ulteriore approfondimento, ferma restando, però, la possibilità di reagire contro quest'ultimo, opponendo in sede di impugnazione ricostruzioni diverse.

Dal punto di vista sostanziale, quindi, è solo l'intrinseca capacità dimostrativa delle risultanze della documentazione bancaria rispetto al fatto che si intende dimostrare in via presuntiva, che può validamente ed efficacemente supportare la rettifica della posizione fiscale del contribuente; in questo contesto, l'efficacia concreta del meccanismo presuntivo delineato dalle disposizioni di cui agli artt. 32 e 51 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72 può apprezzarsi essenzialmente sul piano della motivazione dell'avviso di accertamento, nel senso che il puntuale rispetto della procedura prevista dalle predette disposizioni, permette di attribuire ai dati rilevati nei documenti bancari e finanziari direttamente il significato presuntivo che vi attribuisce la legge, senza dover ulteriormente specificare le ragioni per le quali detto significato si ritiene palesato dalle risultanze bancarie.

Conforme a questa ricostruzione è l'orientamento della stessa giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il valore probatorio configurato dalle predette previsioni è da ricondurre al campo delle "presunzioni legali", nel senso che le conseguenze che le norme in rassegna permettono di ricavare, alle condizioni previste dalle stesse, dalle risultanze bancarie/finanziarie, traendo origine da una fonte legale, consentono all'Amministrazione, in sede di accertamento, di non dover esplicitare le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza delle medesime risultanze, come invece avviene, ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/73 e dell'art. 54, comma 2, ultima parte, del D.P.R. n. 633/72, relativi al cosiddetto "accertamento analitico – induttivo", in ogni altro caso di utilizzo a fini fiscali di presunzioni semplici, in presenza di contabilità regolarmente istituita e formalmente corretta.

Il sistema di presunzioni legali in precedenza esaminato, opera anche quando la documentazione bancaria e finanziaria sia stata acquisita direttamente dagli Organi di controllo esercitando, in presenza di tutti i presupposti di legge e secondo quanto si è in precedenza illustrato al paragrafo 3.b. del Capitolo 2, la facoltà di accesso presso aziende e istituti di credito, ovvero quando l'acquisizione e l'analisi della documentazione bancaria siano avvenute nell'esercizio di poteri di polizia giudiziaria, le cui risultanze, previa autorizzazione della magistratura competente, siano state trasfuse nell'ambito del controllo e dell'accertamento fiscale.

Ciò in quanto il n. 2) del comma 1 dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73, nel dettare la richiamata disciplina relativa al valore presuntivo degli accreditati e degli addebitati, fa riferimento non solo alle operazioni annotate nei conti la cui copia sia stata acquisita a norma del n. 7) dello stesso articolo, ma anche alle operazioni rilevate a norma:

- dell'art. 33, comma 2, del D.P.R. n. 600/73, che disciplina la potestà degli Uffici e della Guardia di Finanza di accedere presso le banche, le Poste Italiane S.p.a. e tutti gli altri intermediari finanziari per rilevare direttamente le notizie relative ai documenti la cui copia è stata chiesta e non trasmessa ovvero allo scopo di appurare la completezza o l'esattezza di quanto comunicato, in presenza di fondati sospetti che le mettano in dubbio;
- del comma 3 dello stesso art. 33, a mente del quale, tra l'altro, la Guardia di Finanza, previa autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria, che può essere concessa anche in deroga all'art. 329 c.p.p., utilizza e trasmette agli Uffici delle imposte documenti, dati e notizie acquisiti, direttamente o riferiti ed ottenuti dalle altre Forze di polizia, nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria.

In senso analogo dispone, ai fini IVA, il n. 2) del comma 2 dell'art. 51 del D.P.R. n. 633/72, con riferimento alle previsioni, corrispondenti a quelle da ultimo ricordate relativamente alle imposte sui redditi, di cui all'art. 52, ultimo comma e 63, comma 1, dello stesso decreto.

Con specifico riferimento all'utilizzo di risultanze bancarie acquisite nel corso di indagini penali e poi trasfuse in sede di controllo fiscale, su autorizzazione della magistratura, approfondimenti specifici sono illustrati nel Capitolo 2 della Parte VII, relativa ai rapporti fra funzioni di polizia tributaria e funzioni di polizia giudiziaria.

Diverso discorso deve essere fatto per la documentazione bancaria, le cui risultanze non sono transitate per la contabilità e/o non sono state riportate in dichiarazione, reperite in occasioni di accessi, ispezioni e verifiche effettuate presso la sede del contribuente o presso il suo domicilio, quali, ad esempio, tronconi di assegni, distinte di versamento, ordini di prelievo, libretti di risparmio, ecc.

In questo caso la procedura di cui ai richiamati artt. 32 e 51 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72 e, in particolare, le disposizioni relative allo speciale valore presuntivo delle operazioni di addebito ed accredito, non possono trovare applicazione.

I dati bancari rilevati direttamente dai verificatori, in occasione delle predette attività ispettive, fra la documentazione in possesso del contribuente, potranno comunque, per quanto si è evidenziato al paragrafo 1. del presente Capitolo, essere utilizzati ai fini del controllo e della successiva fase di accertamento quali elementi probatori o presunzioni, a seconda dei casi semplicissime ovvero gravi, precise e concordanti, secondo le regole generali che sovrintendono le metodologie di accertamento analitico, analitico-induttivo o "induttivo puro".

Ovviamente, nulla vieta che, allo scopo di fornire alle proprie conclusioni ogni consentito supporto, anche in relazione al generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi ed al principio di collaborazione cui devono essere improntati i rapporti fra contribuente e Amministrazione finanziaria, secondo l'art. 10, comma 1, della L. n. 212/2000, i verificatori possano acquisire in atti i chiarimenti del soggetto controllato in relazione ai dati rilevati dai documenti bancari acquisiti nel corso dell'attività.

b. Le condizioni procedurali per l'operatività delle presunzioni.

(1) Il contraddittorio con il contribuente.

Affinché il sistema presuntivo descritto in precedenza operi pienamente, è necessario che:

- le indagini finanziarie siano attivate e poste in essere secondo la specifica procedura indicata nelle norme dianzi richiamate;
- tanto ai fini delle imposte dirette, quanto ai fini IVA, il contribuente non dimostri che ha tenuto conto dei dati risultanti dalla documentazione finanziaria e bancaria o che gli stessi sono irrilevanti a tal fine, nonché, soltanto per i prelevamenti non risultanti dalle scritture contabili, non ne indichi il beneficiario.

Per appurare tali ultime circostanze, la disciplina in esame, contempla la possibilità di invitare il contribuente a comparire di persona o a mezzo di rappresentante, specificando che le richieste fatte e le risposte ricevute risultino da verbale sottoscritto o che riporti il motivo della mancata sottoscrizione, di cui copia il contribuente ha diritto di ricevere.

Al riguardo, ampiamente dibattuta è stata la questione attinente alla obbligatorietà o meno di tale ultima procedura, nota come "contraddittorio" con il contribuente ed alle conseguenze derivanti dalla sua mancata effettuazione.

Da un punto di vista testuale, appare fondato riconoscere che l'invito rivolto al contribuente per fornire dati ed elementi giustificativi relativamente a quanto risultante nella documentazione bancaria e finanziaria, costituisca oggetto di una semplice facoltà conferita agli Organi di controllo, non obbligatoria né sul piano della legittimità degli accertamenti finanziari, né sul piano della possibilità di ricostruire comunque la posizione fiscale del soggetto sulla base delle risultanze degli accertamenti stessi.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in ormai numerosissime pronunce, ha aderito in pieno a questa impostazione, riconoscendo non solo la legittimità, ai fini dell'accertamento in tema di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, dell'utilizzazione dei dati relativi ai movimenti dei conti correnti bancari del contribuente anche in assenza di una apposita convocazione dello stesso nella fase istruttoria, rilevando l'insussistenza di norme che impongano tale convocazione prima della fase dell'accertamento vero e proprio, ma facendo comunque salvo l'effetto, pure in questa circostanza, di determinare in capo al contribuente l'obbligo di dimostrare, in caso di omessa contabilizzazione o dichiarazione delle operazioni bancarie e finanziarie, la loro irrilevanza fiscale.

In altri termini, la mancata effettuazione del contraddittorio preventivo non degrada la presunzione legale prevista dalla disciplina in esame a presunzione semplice.

In questo contesto, la stessa giurisprudenza di legittimità ha avuto altresì modo di precisare che:

- la procedura in esame ha la sua *ratio* in esigenze di economia delle procedure, in quanto anticipa alla fase delle attività istruttorie del controllo, la possibilità che il contribuente eserciti la facoltà di prova che comunque gli resta riconosciuta in sede contenziosa;
- l'eventuale disapplicazione della norma non comporta nullità degli atti successivi, ma soltanto una diseconomia procedurale, nel senso che se la prova della irrilevanza o inutilizzabilità dei dati viene fornita successivamente, perché non è stata concessa la possibilità di fornire tale prova in precedenza, l'Amministrazione finanziaria e, se del caso, i giudici tributari, avranno dovuto svolgere una attività (di accertamento o di giudizio) che poteva essere evitata.

Pertanto, l'effetto presuntivo che la legislazione fiscale connette all'attivazione della procedura degli accertamenti finanziaria si perfeziona in ogni caso, ferma restando la

possibilità che lo stesso venga successivamente meno in esito alla prova contraria che il contribuente può fornire dopo la fase istruttoria e, segnatamente, in quella di accertamento, in sede di eventuale istanza di autotutela, nel corso del procedimento di accertamento con adesione, in sede di contenzioso.

Tuttavia, ancorché il contraddittorio preventivo in sede ispettiva non sia obbligatorio nei termini anzidetti, appare evidente come tale procedura sia da porre in essere, ogni volta che sia possibile, allo scopo di supportare adeguatamente le proposte di recupero a tassazione formulate, nel rispetto del generale principio di motivazione oltre che, in definitiva, per evitare che le conclusioni della stessa attività ispettiva risultino vanificate solo per la mancata acquisizione al controllo di elementi importanti.

Chiare indicazioni in tal senso, si rinvengono anche nella citata circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 32/E/2006, che, nonostante il richiamo all’accennato orientamento giurisprudenziale riguardante la facoltatività del contraddittorio istruttorio, evidenzia l’essenzialità di tale procedura, in quanto l’indagine finanziaria, di per sé stessa, “non costituisce uno strumento di applicazione automatica, atteso che i relativi esiti devono essere successivamente elaborati e valutati per assumere, non solo in sede amministrativa ma anche in quella giudiziaria, la valenza di elementi precisi e fondanti”, aggiungendo che il contraddittorio preventivo si configura come “un passaggio opportuno per provocare la partecipazione del contribuente, finalizzato a consentire un esercizio anticipato del suo diritto di difesa, potendo lo stesso fornire già in sede precontenziosa la prova contraria e rispondente a esigenze di economicità processuale...”.

Deve quindi ritenersi che il confronto con il contribuente, già nella fase istruttoria, permetta di pervenire alla formulazione di proposte di riprese fiscali adeguatamente motivate, in quanto risultanti dalla valutazione degli effetti della presunzione alla luce della diversa situazione di ogni soggetto e di ogni attività economica, quale emergente non solo dalle altre risultanze del controllo, ma anche dalla ricostruzione prospettata dal contribuente stesso, condivisibile o confutabile che sia, ma comunque da sottoporre ad esame.

Del resto, nella pratica, non pare esservi alcuna ragione oggettiva per non dar corso al contraddittorio.

Gli unici ostacoli di carattere tecnico – al di là della situazione, peraltro non del tutto infrequente, in cui sia il contribuente stesso a sottrarsi al relativo invito, rendendosi difficilmente reperibile ovvero cercando strumentalmente di dilazionare il confronto – sono ravvisabili nei casi in cui il controllo si riferisca ad una annualità per la quale è imminente la decadenza dei termini di accertamento; in tale eventualità (peraltro resa maggiormente verificabile, nella pratica, a causa della necessità di concedere al contribuente i 60 giorni di tempo dal rilascio del processo verbale di chiusura delle operazioni di verifica, per la presentazione di osservazioni all’Ufficio impositore, che non può emettere l’avviso di accertamento prima di detto termine) il rischio di non rendere possibile l’esercizio della pretesa fiscale pure in presenza di obiettivi elementi indicativi di evasione, vanificando inoltre tutta l’attività istruttoria in precedenza esperita, rappresenta obiettivamente una ragione da valutare per ritenere superabile la fase del contraddittorio preventivo, ferma restando la perdurante possibilità del contribuente di fornire la prova contraria nelle fasi successive del procedimento accertativo o in sede di contenzioso.

(2) L’effettuazione del contraddittorio e la ricostruzione dei dati riportati nella documentazione.

Nell’ipotesi in cui i verificatori procedano al contraddittorio con la parte è necessario il rispetto di una determinata procedura.

In primo luogo occorre una formale convocazione del soggetto, che può risultare da uno specifico invito allo stesso notificato, ovvero da una attestazione inserita nel processo verbale di verifica ovvero delle operazioni compiute.

In tale ultimo documento, inoltre, devono essere illustrate le ragioni della convocazione, le risultanze dell'esame della documentazione bancaria, postale o finanziaria, le differenze emerse tra questa e la contabilità esaminata e/o la dichiarazione, distintamente per le diverse annualità sottoposte a controllo, la richiesta rivolta al soggetto di fornire i relativi elementi di riscontro, comprovanti l'avvenuta contabilizzazione delle operazioni riportate nella documentazione stessa, ovvero la circostanza che le operazioni medesime non assumono rilevanza ai fini fiscali, oppure che non si riferiscono ad operazioni imponibili.

Più in dettaglio, devono essere poste a confronto le risultanze delle scritture contabili ed i dati complessivi della documentazione finanziaria, dai quali vanno escluse le operazioni cosiddette "neutre", quali "giro conti" tra cassa e banca, banca e cassa, banca e banca, ecc., in modo da ottenere il totale delle effettive disponibilità finanziarie del contribuente controllato.

In altri termini, per quanto concerne più specificamente le operazioni finanziarie movimentate in conti, vanno sommati tutti i versamenti effettuati nei conti accesi presso banche, uffici postali ed altri operatori finanziari, a cui vanno sottratti i versamenti di somme che corrispondono a meri spostamenti di masse finanziarie che non comportano variazioni di disponibilità e, successivamente, deve essere sommato il totale derivante dal dare della cassa, depurato del saldo iniziale e dei versamenti in esso effettuati di somme provenienti dai conti correnti intestati al soggetto verificato; l'importo finale in tal modo determinato rappresenterà il totale delle entrate effettive, vale a dire il totale delle risorse finanziarie disponibili, che dovrà necessariamente corrispondere al totale delle operazioni da cui derivano i redditi dichiarati ed i relativi componenti positivi.

Tali operazioni devono risultare dal processo verbale relativo alle operazioni di controllo.

Analogamente, in detto documento devono essere riportate le richieste formulate al contribuente imprenditore, ai fini delle imposte sui redditi, relativamente ai prelevamenti risultanti nei conti esaminati, al fine di consentirgli di indicarne il soggetto beneficiario e superare in tal modo il meccanismo di legge che collega alle operazioni di addebito ricavi presunti.

Al riguardo, va posto in adeguata evidenza che, prima delle modifiche apportate alla disciplina in parola dalla L. n. 311/2004, la stessa utilizzava, per indicare la base su cui operare le rettifiche e gli accertamenti, l'espressione "i singoli dati ed elementi", rilevati dai rapporti e operazioni finanziarie, mentre attualmente, dopo le citate modifiche, è utilizzata l'espressione "dati ed elementi".

Sul punto, secondo la citata circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 32/E/2006, detta modifica non deve indurre a ritenere che siano cambiate le modalità di utilizzo degli elementi stessi, dovendo l'analisi restare ancorata ad ogni singolo elemento della movimentazione finanziaria, non risultando proponibile una contestazione dei singoli addebiti "per masse" o addirittura sulla base di un mero "saldo contabile"; nondimeno, viene precisato che, sebbene l'organo procedente deve continuare a distinguere per i singoli prelevamenti e versamenti, nonché per ogni altra operazione finanziaria, i rispettivi elementi identificativi, non è da escludere in linea di principio la possibilità di una compensazione di operazioni di segno contrario, a condizione però che il contribuente specifichi il beneficiario della operazione passiva contestata e ne qualifichi in tal modo anche l'inerenza.

(3) La prova contraria del contribuente.

(a) Profili generali.

Per quanto concerne la prova che può essere offerta dal contribuente per superare le presunzioni legali conseguenti all'attivazione della procedura che si è dianzi esaminata (tanto nel corso del contraddittorio con i verificatori, quanto successivamente), occorre rimarcare che, ove la norma fiscale imponga allo stesso di dimostrare di avere "tenuto conto" delle operazioni risultanti dalla documentazione bancaria e finanziaria acquisita dagli Organi di controllo, si intende fare riferimento, evidentemente, non solo agli obblighi dichiarativi in sé considerati, ma ai più ampi obblighi di completa, corretta ed effettiva computazione degli elementi positivi e negativi ai fini della determinazione della base imponibile.

In concreto, è evidente che le presunzioni legali potranno essere vinte, qualora non si dimostri che quanto accertato in base alle indagini bancarie e finanziarie abbia concorso alla formazione del reddito imponibile indicato in dichiarazione ovvero all'applicazione dell'IVA nella giusta misura, solo producendo documentazione da cui risulti con certezza l'assoluta irrilevanza fiscale delle risultanze dei conti.

A tale fine possono valere documenti provenienti da Amministrazioni pubbliche, da soggetti addetti a funzioni certificative – quali notai, avvocati, ecc. – ovvero da terzi qualificati formalmente interessati a particolari rapporti contrattuali con il contribuente, quali rimborsi, prestiti, mutui, risarcimenti di danni e così via, nonché documentazione relativa ad operazioni attinenti a titoli di credito in genere, quali assegni, cambiali, polizze assicurative, ecc.; trattasi infatti di documenti idonei a dimostrare in modo oggettivo e determinato la natura e l'origine delle movimentazioni finanziarie.

Di contro non sembrano idonee a superare le presunzioni legali, semplici scritture private attestanti flussi di denaro in entrata o in uscita (a titolo di anticipo o prestito) o dichiarazioni di parte, per l'evidente impossibilità di attribuirvi alcun valore di certezza e attendibilità.

Per l'ipotesi in cui verificatori procedano a contraddittorio, si è dell'avviso che nulla pregiudichi al contribuente di fornire ulteriori prove a suo discarico, idonee a superare le anzidette presunzioni, anche diverse od integrative rispetto a quelle prospettate in occasione del contraddittorio stesso, sia nell'ambito della successiva fase di accertamento, sia in sede contenziosa e sia, ancor prima, esercitando la facoltà prevista dall'art. 12, comma 6, della L. n. 212/2000, rappresentando all'Ufficio competente osservazioni e richieste che devono da questo essere necessariamente prese in considerazione, entro 60 giorni dalla notifica del processo verbale di chiusura delle operazioni.

In ogni caso, come ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, la prova liberatoria del contribuente non può essere generica, ad esempio facendo riferimento al tipo di attività esercitata, ma deve essere specifica con riferimento alle singole operazioni attive e passive risultanti dalla documentazione finanziaria.

Detto principio, è stata ribadito dalla Corte di Cassazione, tra l'altro, con la sentenza n. 13818 del 3 maggio 2007, relativa ad una controversia in cui il contribuente, per superare l'effetto presuntivo prodotto dalle norme in esame, ha opposto che la propria attività professionale, quale amministratore di condominio, determinava che lo stesso maneggiasse, anche tramite i propri conti correnti bancari, danaro altrui; la mancata produzione di prove specifiche della riferibilità di singole movimentazioni bancarie al denaro gestito per conto di terzi nell'ambito della particolare attività professionale, è stata considerata idonea a configurare tutte le operazioni rilevate sui conti intestati al soggetto quali compensi non dichiarati.

Per quanto concerne la prova attinente all'indicazione del beneficiario di prelevamenti non fiscalmente irrilevanti e non transitati per la contabilità, si rinvia al successivo sottopunto (b).

(b) Prova contraria e rapporti finanziari cointestati.

Va adeguatamente posto in risalto che la stessa giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'effetto presuntivo configurato dalle norme in rassegna e, conseguentemente, l'obbligo del contribuente di fornire la prova liberatoria in maniera puntuale e specifica, vale per tutti i rapporti finanziari intrattenuti dal contribuente stesso, ancorché cointestati con terzi, soprattutto ove si tratti di congiunti, dal momento che il vincolo familiare è da ritenersi sufficiente, come sostenuto dalla Cassazione, tra l'altro, nella sentenza n. 20858 del 27 giugno 2007, per suffragare l'attribuzione delle operazioni rilevate dalla documentazione all'attività del contribuente sottoposto ad attività ispettiva.

Tale regola è stata ribadita, tra l'altro, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 18372 del 5 luglio 2007, con cui è stata ritenuta non sufficiente a superare il richiamato effetto presuntivo, l'affermazione, formulata in via generica e non supportata di precisi riferimenti probatori, secondo cui nel conto corrente cointestato al contribuente e alla sua consorte, erano affluiti esclusivamente i proventi dell'attività, non imponibile, da quest'ultima esercitata.

Ancora è da evidenziare che l'effetto presuntivo e la conseguente necessità di fornire una prova contraria precisa, sono stati riconosciuti dalla stessa Cassazione, nelle sentenze n. 7957 del 15 marzo 2007 e n. 23861 del 24 aprile 2007, anche nel caso di rapporti finanziari intestati a terzi su cui il contribuente sottoposto ad attività ispettiva normalmente operi sulla base di delega dell'intestatario, soprattutto ove questo sia un familiare e non si dimostri che il potere di disposizione del rapporto finanziario sia stato conferito per circostanze specifiche e giustificabili.

c. Profili specifici attinenti alla presunzione relativa ai "prelevamenti" ai fini delle imposte sui redditi.

(1) Considerazioni preliminari.

Nel quadro del sistema presuntivo dianzi delineato, è sempre stata oggetto di discussione e critiche la previsione che equipara, ai fini dell'imposizione sui redditi, i prelevamenti di denaro risultanti dalla documentazione acquisita presso gli intermediari finanziari a ricavi e compensi; in particolare, si obietta che i prelevamenti, di per sé stessi, dovrebbero essere ritenuti espressivi non di introiti ma di spese e che, pur volendo presuntivamente considerali sintomatici di ricavi in nero come conseguenza di precedenti acquisti in nero, almeno dovrebbe essere riconosciuta la deduzione dei costi relativi a questi ultimi.

Al riguardo, con ordinanza del 4 novembre 2002, la Commissione tributaria regionale di Torino ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 53 della Costituzione, ritenendo che la norma sarebbe lesiva del principio di eguaglianza in danno dei titolari dei rapporti bancari, assoggettandoli alla irragionevole doppia presunzione che i prelevamenti non giustificati siano acquisti e che dagli acquisti derivino ricavi, costituenti imponibile per intero, stante l'impossibilità di dedurre i costi da siffatti ricavi meramente presunti, con violazione, perciò, anche del principio di capacità contributiva.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 225 del 6 giugno 2005, depositata l'8 giugno 2005, ha ritenuto non fondata detta questione, osservando che:

- l'assunto relativo alla indeducibilità delle componenti negative dal maggior reddito d'impresa accertato in base alla norma impugnata, risulta smentito dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in caso di accertamento induttivo, si deve tenere conto – in ossequio al principio di capacità contributiva – non solo dei

maggiori ricavi, ma anche dell'incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati;

- così interpretata, la norma si sottrae alla censura di violazione dell'art. 53 Cost., risolvendosi, quanto alla destinazione dei prelievi non risultanti dalle scritture contabili, in una presunzione di ricavi "*iuris tantum*" suscettibile, cioè, di prova contraria attraverso l'indicazione del beneficiario dei prelievi;
- tale interpretazione, poi, non appare lesiva del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., non essendo manifestamente arbitrario ipotizzare che i prelievi ingiustificati dai conti correnti bancari effettuati da un imprenditore siano stati destinati all'esercizio dell'attività di impresa e siano, quindi, in definitiva, detratti i relativi costi, considerati in termini di reddito imponibile.

La sentenza è stata da più parti valorizzata come il definitivo riconoscimento della necessità di ammettere in deduzione, nell'ambito della procedura degli accertamenti bancari e finanziari, i costi desumibili dai prelievi non transitati in contabilità e non specificati quanto ai beneficiari.

Nondimeno, successivamente all'intervento della Corte Costituzionale, due sentenze della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione, la n. 18016 e la n. 19003 del 4 maggio 2005, si sono discostati da questa conclusione, sostenendo, tra l'altro, che:

- il legislatore, con la norma in argomento, considera fino a prova contraria ricavi sia i prelievi, sia i versamenti, in quanto non ritiene che il contribuente evasore occulti in pari misura i ricavi ed i costi; anzi, la norma muove dal presupposto che il contribuente tenda ad occultare i ricavi, ma non i costi;
- non appare lecito presumere che in ogni caso a ricavi occulti necessariamente corrispondano costi occulti; al riguardo, la Suprema Corte richiama, alcune sue precedenti sentenze in cui è stato ribadito il principio per cui l'onere della prova dell'esistenza e dell'inerenza dei costi ed oneri deducibili incombe al contribuente, con la conseguenza che alla presunzione di esistenza di ricavi occulti i contribuenti non possono rispondere con la mera affermazione di esistenza di costi occulti;
- non è detto che sempre ed in ogni caso a ricavi occulti corrispondano costi occulti; si dà infatti il caso (e quindi è possibile sostenere con pari fondamento la corrispondente presunzione) che a ricavi occulti siano accompagnati costi dichiarati in misura maggiore del reale;
- quando la legge impone sul piano probatorio una inversione dell'onere della prova, il soggetto onerato di questa non può vincere la presunzione legale mediante altra presunzione semplice, ma deve allegare e provare fatti concreti.

In effetti, fra la sentenza della Corte Costituzionale e le due decisioni della Cassazione da ultimo menzionate, dal punto di vista tecnico e sistematico, non solo non c'è contrasto, ma anzi c'è una sostanziale coerenza.

La sentenza della Corte Costituzionale, infatti, espressamente fa riferimento all'accertamento induttivo senza ulteriore specificazione, vale a dire all'accertamento "induttivo puro", relativamente al quale – come si è visto nella Parte IV della presente istruzione – da sempre l'Amministrazione finanziaria è facoltizzata a determinare, sulla base di dati e notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza, il "reddito d'impresa", da intendere correttamente quale risultato della somma algebrica fra costi e ricavi, con la conseguenza che l'Ufficio finanziario deve considerare anche i costi sottostanti ai ricavi induttivamente determinati; la Consulta, non ha fatto altro che ribadire questo principio con riferimento al caso in cui l'accertamento induttivo è conseguente al ricorso agli accertamenti bancari.

Di contro, allorché a seguito di detti accertamenti si pervenga ad un accertamento di tipo "analitico" o "analitico-induttivo", non possono che riprendere in vigore per intero tanto i principi generali in tema di valore delle presunzioni legali (a cui, per il diritto

civile, non si può reagire con altre presunzioni, bensì con fatti dimostrati), quanto le generali regole di determinazione del reddito d'impresa (in buona parte vevoli anche per il reddito di lavoro autonomo), fra cui quella del comma 4 dell'art. 109 TUIR, che ammette in deduzione spese e componenti negative solo se e nella misura in cui risultino imputati a conto economico, a meno che, pur se non imputati a conto economico, siano specificamente afferenti ai ricavi e agli altri proventi e risultino da elementi certi e precisi.

(2) Le indicazioni dell'Agenzia delle Entrate.

La stessa Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 32/E/2006, ha assunto un approccio alla tematica in trattazione in linea con la ricostruzione dianzi riportata, dimostrando nel contempo di essere dell'avviso che la presunzione in tema di prelevamenti vada inquadrata, per gli effetti pratici, nelle regole generali dell'accertamento.

La citata Agenzia, fra l'altro, nella circolare richiamata:

- afferma che i ricavi e i compensi non dichiarati, rilevati a seguito delle indagini finanziarie e sulla base dei prelevamenti non contabilizzati, “assumono a seconda della metodologia e tipologia di accertamento prescelta, distinta valenza nell'ambito della determinazione della pretesa tributaria, anche in funzione dell'ammissibilità e delle modalità del riconoscimento dei componenti negativi”;
- richiamando le sentenze della Cassazione del 2005 dianzi citate, precisa che, se si deve procedere con l'accertamento analitico o con quello analitico – induttivo, “nessun margine si offre all'ufficio procedente ai fini di un possibile riconoscimento di componenti negative di cui non è stata fornita dal contribuente prova certa”;
- chiarisce che, pure nell'azione ricostruttiva di carattere analitico o analitico – induttivo, se il contribuente, a fronte di un prelevamento, indichi un beneficiario di cui non ha rilevato nei registri contabili le relative operazioni di acquisto, ma di cui fornisce in seguito, anche in via extracontabile, documentazione probante, va riconosciuto il costo in coerenza con i criteri che ispirano la ricostruzione analitico – induttiva, rimarcando al riguardo che, ai fini del riconoscimento fiscale del costo, è sempre necessario fornire la prova dell'impiego della spesa nell'attività produttiva di reddito, ma questa può essere fornita con qualsiasi strumento a ciò idoneo;
- richiama i verificatori, nell'ambito dell'approccio ispettivo alle risultanze delle indagini finanziarie, ad “un ulteriore sforzo ricostruttivo e motivato... che, lungi dall'automatico trasferimento delle risultanze patrimoniali emerse in sede di indagini in capo al contribuente destinatario del controllo, qualifichi le stesse in senso economico e quindi reddituale secondo la metodologia e tipologia di accertamento in concreto adottata per l'esercizio della pretesa tributaria”;
- trattando, invece, del funzionamento della presunzione nei casi in cui si proceda ad accertamento induttivo “puro” ovvero ad accertamento d'ufficio in caso di omessa dichiarazione o dichiarazione nulla, coerentemente con i generali canoni di applicazione di tali metodi e richiamando la sentenza della Corte Costituzionale del 2005, rimarca la doverosità di una ricostruzione che tenga conto, “soprattutto in assenza di documentazione certa, di un'incidenza percentuale di costi presunti a fronte di maggiori ricavi accertati”.

È da porre in adeguata evidenza, la constatazione che la chiara esplicitazione di una diversa valenza della presunzione relativa ai prelevamenti in base al metodo di accertamento in concreto adottato, rappresenta un aspetto innovativo dell'approccio dell'Amministrazione alla tematica in esame; la precedente circolare ministeriale n. 116/E del 10 maggio 1996 non approfondiva la problematica attinente alle concrete applicazioni della presunzione in argomento, limitandosi a richiamare genericamente l'effetto di “inversione dell'onere della prova”.

(3) L'applicazione della presunzione nei riguardi dei professionisti.

L'operatività della presunzione attinente ai prelevamenti anche per la determinazione dei "compensi" e, quindi, nei confronti dei lavoratori autonomi, è stata per la prima volta espressamente affermata dalla L. n. 311/2004, Legge Finanziaria del 2005.

Sul punto, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 32/E/2006 pone in evidenza che con questa esplicita previsione non vi è stato alcun mutamento sostanziale delle regole di determinazione del reddito, ma semplicemente un adattamento di un meccanismo istruttorio già in vigore solo per le imprese, senza che ricorressero effettive ragioni per un diverso trattamento fra queste e i professionisti e come tale, ove non eliminato, esposto a censure di incostituzionalità; conseguentemente, la circolare rimarca il carattere procedimentale della novità e l'applicabilità anche per l'accertamento delle annualità pregresse rispetto alla sua entrata in vigore (1° gennaio 2005).

Tuttavia, nonostante diverse argomentazioni spese per dimostrare, appunto, come il "fondamento economico sotteso al descritto meccanismo presuntivo, che si basa per le imprese prevalentemente sull'acquisto e la vendita di beni, è configurabile anche per i lavoratori autonomi, sebbene non vendano beni ma prestino servizi", è la circolare stessa, nella evidente consapevolezza che gli effetti di detto meccanismo non possono oggettivamente condurre a risultati identici per l'una e l'altra categoria, a dettare specifiche linee comportamentali vevoli proprio per gli autonomi ed ispirate ad una prudenza del tutto peculiare.

In primo luogo, viene formulato un generale invito, operativamente, ad astenersi da "una valutazione degli elementi acquisiti – non solo dai conti correnti ma da qualsiasi altro rapporto od operazione oggi suscettibile di indagine – particolarmente rigida e formale, tale da trascurare le eventuali dimostrazioni, anche di natura presuntiva, che trattasi di spese non aventi rilevanza fiscale sia per la loro esiguità, sia per la loro occasionalità e, comunque, per la loro coerenza con il tenore di vita rapportato al volume d'affari dichiarato".

Secondariamente la circolare evidenzia la necessità che, nell'applicare la presunzione attinente i prelevamenti effettuati dai professionisti, sia considerato quanto già precisato nella circolare 4 agosto 2006, n. 28/E della stessa Agenzia delle Entrate, secondo cui "i contribuenti interessati possono ritenersi sollevati dall'onere di fornire la predetta dimostrazione in relazione a prelievi che, avuto riguardo all'entità del relativo importo ed alle normali esigenze personali o familiari, possono essere ricondotte nella gestione extra professionale".

In sostanza pare che, secondo le indicazioni dell'Agenzia delle Entrate, la presunzione attinente ai prelevamenti vada applicata, nei riguardi dei professionisti, non solo nel quadro di un approccio criticamente motivato e scevro da rigidi automatismi, ma lasciando altresì spazio, oltre che a ogni genere di prova certa relativa alla destinazione del prelievo, pure a una generale "clausola di salvaguardia", secondo la quale gli importi prelevati dai lavoratori autonomi dai propri conti correnti, in misura coerente con il proprio tenore di vita, considerato alla luce del volume d'affari dell'attività esercitata, vanno considerati estranei a quest'ultima e quindi non soggetti all'onere di indicarne il beneficiario, ancorché quest'ultimo valga, in via generale, per ogni genere di prelevamento risultante sia nei rapporti finanziari dedicati, in tutto o in parte, alla gestione dell'attività produttiva di reddito, sia, eventualmente, in quelli formalmente destinati alle sole esigenze personali/familiari.

È da notare che la circolare dell'Agenzia delle Entrate non esplicita il fondamento "tecnico – sistematico" di un tale meccanismo correttivo; nondimeno, dal tenore generale delle indicazioni fornite, appare fondato ritenere che gli estensori del documento abbiano ritenuto la soluzione individuata, implicita negli stessi requisiti di gravità, precisione e concordanza che devono qualificare le ricostruzioni logico – deduttive delle componenti reddituali in presenza di impianti contabili formalmente regolari.

La stessa circolare n. 32/E/2006, con riferimento al caso in cui la presunzione attinente ai prelevamenti debba in concreto applicarsi ad un lavoratore autonomo che non abbia presentato dichiarazione ovvero con contabilità inesistente o inattendibile e nei cui confronti, quindi, si proceda con accertamento induttivo “puro”, ribadisce che il riconoscimento dei costi occulti connessi agli importi riscossi nell’ambito dei rapporti finanziari dallo stesso intrattenuti, non può che seguire le regole generali secondo cui occorre ricostruire il “reddito” nel suo complesso, comprensivo di compensi e spese, queste ultime determinabili anche in via forfetaria.

(4) Indicazioni operative.

Alla luce di tutto quanto precede, l’esigenza di improntare l’attività ispettiva su linee d’indirizzo uniformi, anche per evitare situazioni di incertezza, richiede di adottare, in concreto, soluzioni operative che risultino il più possibile aderenti al dettato normativo, così come chiarito dalla giurisprudenza.

Conseguentemente:

- in caso di utilizzo delle risultanze delle indagini finanziarie, nel quadro di un approccio ricostruttivo della base imponibile di tipo analitico o analitico – induttivo:
 - . nei confronti di esercenti attività di impresa, tutti i prelevamenti non contabilizzati e che non risultino fiscalmente irrilevanti saranno considerati ricavi, a meno che il contribuente non ne indichi, in qualsiasi modo, il beneficiario, senza alcuna considerazione di eventuali costi che il contribuente affermi di avere sostenuto che non risultino provati da riferimenti documentali connotati dai requisiti della certezza e delle precisione;
 - . nei confronti dei lavoratori autonomi, tutti i prelevamenti non contabilizzati e che non risultino fiscalmente irrilevanti saranno considerati, parimenti, compensi, a meno che il contribuente non ne indichi, in qualsiasi modo, il beneficiario, senza alcuna considerazione di eventuali costi che il contribuente affermi di avere sostenuto e che non risultino provati da riferimenti documentali connotati dai requisiti della certezza e delle precisione.

Con specifico riferimento a quei prelievi rispetto ai quali il contribuente ritenga di essere sollevato dall’onere di fornire la dimostrazione della relativa irrilevanza fiscale per essere gli stessi, in relazione all’entità del relativo importo ed alle sue normali esigenze personali o familiari, riconducibili nella gestione extra professionale, i verificatori:

- .. daranno atto a verbale delle dichiarazioni in tal senso spontaneamente rilasciate dal lavoratore autonomo, acquisendo ogni utile documentazione dallo stesso eventualmente fornita a supporto della natura extra-professionale della spesa;
- .. formuleranno a verbale le proprie considerazioni al riguardo, avendo cura di argomentare in maniera puntuale le ragioni per le quali ritengano eventualmente che singoli prelevamenti, per i quali non sia stata fornita documentazione utile a dimostrarne la natura extra-professionale, possano effettivamente essere considerati in tal senso, avuto riguardo, soprattutto, all’entità dell’importo ed alle normali esigenze personali del contribuente;
- .. rimetteranno le dichiarazioni del contribuente, la documentazione a supporto da questo eventualmente fornita, da cui non emerga in maniera palese la natura extraprofessionale della spesa, nonché le proprie considerazioni, alle autonome ed esclusive valutazioni dell’Ufficio competente all’azione di accertamento, che procederà eventualmente secondo le indicazioni *sub* (3), se del caso espungendo dall’ammontare dei compensi complessivamente segnalati per il recupero a tassazione nei termini anzidetti, quelli ritenuti riconducibili all’area extra-professionale.

A titolo esemplificativo, una documentazione palesemente comprovante la natura extra-professionale della spesa, potrebbe essere rappresentata da documenti attestanti il sostenimento di costi per l'istruzione dei figli, per la ristrutturazione di abitazioni, per viaggi, ecc., recanti data prossima a quella del prelevamento e con questo coincidenti, sostanzialmente, per importo;

- in caso di utilizzo delle risultanze delle indagini finanziarie, nel quadro di un approccio ricostruttivo della base imponibile di tipo puramente induttivo, tanto nei confronti di esercenti attività d'impresa, quanto nei riguardi di lavoratori autonomi, i verificatori procederanno nel senso indicato al precedente alinea, rappresentando in aggiunta al competente Ufficio tutti gli elementi eventualmente acquisiti, di natura documentale o di altro genere, che possano essere di ausilio all'Ufficio stesso per il riconoscimento, anche in misura percentuale, dei costi, nell'ambito della procedura di accertamento induttivo.

3. L'utilizzazione soggettiva delle risultanze delle indagini finanziarie.

Le risultanze delle indagini finanziarie, acquisite secondo la specifica procedura in precedenza delineata, possono essere utilizzate, pure nei confronti di un soggetto diversi da quello nei cui riguardi la procedura è stata posta in essere, ove si dimostri, anche in base a presunzioni gravi, precise e concordanti, che il primo sia il titolare di fatto dei rapporti finanziari oggetto degli accertamenti, secondo lo schema dell'interposizione fittizia, di cui all'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/73, illustrato nel Capitolo 11 della Parte IV.

Nel senso di detta utilizzabilità depongono numerosissimi interventi della giurisprudenza di legittimità, nel cui contesto è stato, tra l'altro, affermato che:

- gli accertamenti bancari effettuati nei confronti dei soci di una società in nome collettivo e dei loro familiari, che accertino rilevanti disponibilità finanziarie non giustificate in alcun modo, unite a riscontrate irregolarità nella tenuta della contabilità della società, possono legittimare l'emissione di un avviso di accertamento a carico della società qualora, anche in base a presunzioni gravi, precise e concordanti, sia dimostrabile che quest'ultima ne sia l'effettivo possessore;
- è corretto l'operato dell'Ufficio finanziario il quale ha ricondotto ad una società di persone le movimentazioni bancarie sottostanti ad operazioni economiche poste in essere dai soci formalmente in proprio ma in realtà per conto (e cioè nell'interesse) della società stessa, tenuto conto che i predetti soci non erano risultati svolgere alcuna diversa attività produttiva di reddito né avere operato dismissioni patrimoniali o essere divenuti beneficiari di atti di liberalità, fonti di flusso sui propri conti bancari;
- l'acquisizione di copia dei conti bancari intrattenuti dal contribuente e l'utilizzazione dei dati da essi risultanti ai fini delle rettifiche e degli accertamenti, non possono ritenersi limitate, in caso di società di capitali, ai conti formalmente intestati alla società, ma riguardano anche quelli formalmente intestati ai soci, amministratori o procuratori generali, allorché risulti provata dall'Amministrazione finanziaria, anche tramite presunzioni, la natura fittizia dell'intestazione o, comunque, la sostanziale riferibilità all'ente dei conti medesimi o di singoli dati od elementi di essi.

Più specificamente, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4423 del 31 ottobre 2002, ha affermato che "legittimamente l'Amministrazione può, quando procede alla ricostruzione del reddito di un contribuente, utilizzare dati anche bancari acquisiti presso altri contribuenti, senza che sussista alcun obbligo di contestare tali dati al contribuente o agli estranei presso cui sono stati acquisiti", precisando comunque che in questi casi è necessaria "una attenta valutazione degli elementi così raccolti ed acquisiti".

Più in dettaglio, secondo la citata sentenza "se si afferma che i movimenti bancari formalmente intestati ad un terzo in realtà sono attribuibili all'imprenditore, si dovrà fornire la prova anche presuntiva di simile fatto; così come si dovrà valutare anche in via presuntiva se le operazioni economiche fra il terzo e l'imprenditore hanno inerenza all'attività d'impresa, ad esempio perché intercorse tra imprenditori; in simile valutazione si dovrà ovviamente consentire al

contribuente di addurre elementi a sostegno delle proprie tesi e debbono essere prese in considerazione anche eventuali dichiarazioni del terzo, pur se rilasciate al contribuente o a chi lo assiste”.

Del resto, se fosse preclusa l'utilizzabilità delle risultanze finanziarie nei riguardi di soggetti diversi rispetto a quello nei cui confronti le stesse sono state esperite, si verrebbe a creare il rischio di “asimmetrie” fra quanto constatato nei confronti di questo e la sua controparte in certe operazioni fiscalmente rilevanti.

Si pensi, ad esempio, al caso dell'omessa fatturazione; qualora dall'esame della copia dei conti si rilevassero ipotesi di acquisti senza fattura, la responsabilità dell'acquirente oggetto dell'indagine bancaria non potrebbe ragionevolmente essere disgiunta da quella del cedente, nei confronti del quale è contestabile l'omessa contabilizzazione dei ricavi e la connessa presentazione di dichiarazione infedele.

È evidente, peraltro, che i dati in questione possono essere valorizzati nei confronti del soggetto diverso da quello nei cui confronti sono stati acquisiti alla stregua di qualsiasi altro elemento probatorio ottenuto nei suoi riguardi e quindi come prova diretta di una certa evasione o di una determinata irregolarità, ovvero, più verosimilmente, come presunzione, che, a seconda dei casi, potrà essere grave, precisa e concordante ovvero semplicissima.

Nessuno spazio, in ogni caso, è configurabile per presunzioni legali analoghe a quelle che si determinano, nei confronti del contribuente nei cui riguardi l'indagine finanziaria è stata sviluppata, per effetto dell'esperimento della relativa procedura di legge e che permettono di considerare, come si è visto, le operazioni di accredito o di addebito, a seconda dei casi, direttamente alla stregua di maggiori entrate di denaro.

Parimenti appare chiaro che qualora si individuino, nel corso dell'indagine finanziaria, conti riferibili a un soggetto terzo, non coinvolto nell'indagine medesima, non è consentito richiedere alla banca o all'operatore finanziario, a titolo di richiesta integrativa, ulteriori dati, notizie e documenti relativamente al soggetto stesso, sulla base dell'originario provvedimento, essendo necessario, comunque, attivare ritualmente il prescritto procedimento, inoltrando all'Autorità competente formale richiesta di autorizzazione.

4. L'utilizzabilità delle indagini finanziarie nel settore delle accise anche ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA.

Relativamente al richiamo, contenuto negli artt. 32, comma 1, n. 2) e 51, comma 2, n. 2), rispettivamente dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72, all'art. 18, comma 3, lett. b), del D.Lgs. 26 ottobre 1995, n. 504 (cosiddetto Testo Unico sulle "accise"), si chiarisce che:

- detta disposizione prevede che gli ufficiali e sottufficiali della Guardia di Finanza, di propria iniziativa o su richiesta degli uffici finanziari – nell'ambito dell'attività diretta al reperimento e all'acquisizione di elementi utili ad accertare la corretta applicazione delle disposizioni in materia di imposizione indiretta sulla produzione e sui consumi e delle relative violazioni – possono richiedere, previa autorizzazione del Comandante Regionale, alle banche o alla società Poste Italiane S.p.a. di trasmettere copia di tutta la documentazione relativa ai rapporti intrattenuti con il cliente, secondo le modalità e i termini previsti dall'art. 18 della L. n. 413/91 (vale a dire, secondo la disciplina degli accertamenti bancari ai fini delle imposte sui redditi ed IVA, prima delle modifiche apportate dalla Legge Finanziaria 2005); gli elementi in tal modo acquisiti potranno essere utilizzati anche ai fini dell'accertamento in altri settori impositivi;
- per il tramite del predetto richiamo, si stabilisce in sostanza che:
 - la potestà di invitare i contribuenti a comparire per esibire documenti o fornire dati, notizie o chiarimenti, può essere esercitata anche relativamente ai rapporti ed alle operazioni i cui dati sono stati acquisiti dalla Guardia di Finanza ai sensi del citato art. 18, comma 3, lett. b), del D.Lgs. n. 504/95;
 - conseguentemente, anche tali ultimi dati possono essere posti a base delle rettifiche e delle accertamenti ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA, se il contribuente non

dimostri che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta ovvero che non hanno rilevanza a tale fine, producendo gli effetti presuntivi che si sono in precedenza illustrati.

Secondo la relazione illustrativa alla Legge Finanziaria 2005, la modifica in parola risponde all'esigenza di dirimere i dubbi relativi alla possibilità che i dati desunti dalla documentazione bancaria acquisita in materia di imposte sulla produzione e sui consumi, siano pienamente utilizzabili anche nel settore dell'IVA e delle imposte dirette, allo scopo di assicurare una migliore tutela degli interessi erariali.

PARTE VI
FISCALITÀ INTERNAZIONALE E METODOLOGIE DI CONTROLLO

CAPITOLO 1

LINEAMENTI ESSENZIALI DELLA FISCALITÀ INTERNAZIONALE

1. Introduzione.

La dimensione globale raggiunta negli ultimi anni dall'economia si manifesta in maniera sempre più evidente nella mondializzazione dell'impresa, fortemente agevolata dall'abbattimento delle barriere doganali all'interno dell'Unione Europea, dall'integrazione dei mercati finanziari, dalla generale stabilizzazione del quadro politico, dall'avvento delle tecnologie telematiche in ambito commerciale.

Tra questi fattori, un certo ruolo ha anche esercitato la leva fiscale ed il suo diverso atteggiarsi in termini quantitativi e qualitativi nei diversi Paesi; i singoli assetti dei diversi ordinamenti tributari costituiscono infatti motivo di particolare interesse per le imprese, anche in presenza di dimensioni medio-piccole, soprattutto ove siano previsti strumenti in grado di evitare o ridurre fenomeni di doppia imposizione internazionale e quindi capaci di porre le imprese stesse al riparo da eventuali distorsioni dovute a convergenti e contestuali pretese impositive di diversi Stati.

In questo generale scenario di forte propensione all'internazionalizzazione dell'economia, l'azione ispettiva dell'Amministrazione finanziaria è rivolta in misura sempre più frequente al controllo di situazioni, vicende o operazioni di rilevanza transnazionale, non potendo pertanto prescindere da un adeguato livello di conoscenza dei principali sistemi attraverso cui l'attività d'impresa si sviluppa sul piano internazionale, delle relative implicazioni fiscali e della regolamentazione normativa di queste ultime.

Con specifico riferimento al profilo normativo, è da porre in adeguato risalto che la fiscalità applicata ad operazioni d'impresa di portata sovranazionale è, almeno in via di principio, disciplinata da due complessi di regole, distinti anche se complementari:

- il *diritto internazionale tributario*, rappresentato da un insieme di principi generali e prassi interpretative, considerato ormai un *corpus* normativo autonomo, che si occupa principalmente dei rapporti fra diversi ordinamenti tributari sovrani, soprattutto ai fini della composizione di eventuali conflitti;
- il *diritto tributario internazionale* costituito, invece, da specifiche norme previste nell'ambito di ciascun ordinamento giuridico per la disciplina dei rapporti di natura tributaria che coinvolgono profili di portata internazionale.

A tali comparti normativi è necessario fare riferimento anche per stabilire termini e modalità con cui contrastare il ricorso a manovre illecite, funzionalmente dirette a violare o aggirare norme vincolanti, che, proprio in quanto fondate sulle diversità di regole esistenti fra Stati e sulle oggettive difficoltà di sviluppare l'azione ispettiva a livello mondiale, risultano particolarmente insidiose e di complessa individuazione.

Proprio per fronteggiare tali difficoltà, ciascuno Stato si è dotato di diversificati strumenti di reazione, di natura sia giuridica che più marcatamente operativa; nel quadro di un crescente processo di armonizzazione delle misure adottate dai singoli Stati, questi meccanismi sono disciplinati dalle singole legislazioni nazionali e, in parte, da specifiche Convenzioni sottoscritte dagli Stati, spesso ispirandosi a sperimentati modelli di riferimento elaborati da Organismi internazionali.

Nel quadro di questa complessità, lo Stato, nell'esercizio delle proprie naturali prerogative, per oggettive difficoltà di reperimento di prove certe, può, inoltre, decidere di ricorrere a soluzioni normative a forte vocazione presuntiva; laddove l'approccio presuntivo adottato da un certo Stato incontra un analogo atteggiamento da parte di un altro Paese con riferimento al medesimo presupposto impositivo, si produce, inevitabilmente, il rischio di conflitti fra ordinamenti.

La soluzione a questo genere di criticità, passa attraverso l'intensificazione della cooperazione internazionale, sia dal punto di vista della concertazione fra Stati per regolare i reciproci assetti fiscali, sia dal punto di vista della collaborazione amministrativa per prevenire e reprimere le frodi; i modelli di convenzioni contro le doppie imposizioni elaborati dai vari Organismi internazionali prevedono, infatti, in misura sempre maggiore, procedure specifiche per comporre i potenziali conflitti fra Stati e fra questi ed i contribuenti, nonché apposite forme collaborative per le indagini fiscali.

Peraltro, per quanto concerne le procedure del primo genere, è da segnalare come l'efficacia delle stesse sconti il vaglio dei giudici nazionali, i quali, nell'interpretare, all'interno dei singoli ordinamenti, non solo le norme interne ma anche quelle convenzionali e di diritto internazionale, possono assumere decisioni diversificate; per quanto riguarda la collaborazione internazionale, è evidente come la sua efficacia sia condizionata da una pluralità di fattori, tra i quali la diversa propensione degli Organi di controllo nazionali a svolgere investigazioni approfondite e non solo formali, le difficoltà a consentire l'ingresso, nei procedimenti amministrativi e giudiziari di un certo Paese, degli elementi raccolti in un altro, la differente sensibilità istituzionale che manifestano i singoli Stati nel contrasto ai fenomeni evasivi ed elusivi di natura fiscale, le diversità normative e procedurali dei vari ordinamenti giuridici.

2. Criteri di tassazione in caso di fenomeni di rilevanza fiscale che interessano più ordinamenti.

a. Criteri generali e criteri previsti dalla legislazione nazionale.

La legislazione tributaria nazionale, alla stregua della maggior parte degli altri ordinamenti fiscali, sottopone a tassazione, ai fini dell'imposizione personale, per i soggetti residenti, tutti i redditi posseduti, in Italia ed all'estero, in virtù del noto principio della tassazione dell'utile mondiale o "*world wide taxation*" e, per i soggetti non residenti, i soli elementi reddituali prodotti nel territorio dello Stato, in base al c.d. "*principio di territorialità*".

Soluzioni analoghe sono state adottate per la tassazione delle società, con la precisazione che i redditi delle società e degli enti commerciali residenti, da qualsiasi fonte provengano, sono, in ogni caso, considerati redditi d'impresa e determinati secondo quanto disposto dalle norme relative a tale categoria reddituale.

Per le società e gli enti commerciali non residenti aventi stabile organizzazione nel territorio dello Stato, il reddito complessivo è considerato reddito d'impresa ed è determinato in base alle disposizioni dettate per le società e per gli enti commerciali residenti.

Infine, per gli stessi soggetti economici non residenti, privi di stabile organizzazione, opera il principio del *trattamento isolato dei redditi*, in virtù del quale ciascun tipo di ricchezza prodotta conserva l'autonomia propria della categoria di appartenenza, senza che operi l'attrazione al coacervo del reddito d'impresa.

Nell'ambito dei sistemi dianzi accennati, ciò che assume rilevanza determinante sono i criteri di collegamento fra soggetto e territorio, i quali possono essere di natura *soggettiva* ovvero *oggettiva*.

Tra i primi, occorre, innanzitutto, riferirsi al concetto di *residenza* che identifica quel particolare legame, non solo giuridico, ma strutturale e continuativo, con una determinata comunità nazionale sulla base del quale è possibile misurare il grado di partecipazione alla vita di quella comunità e, di conseguenza, legittimare il prelievo tributario, ove ne ricorrano i presupposti previsti dalle singole norme.

In relazione ai criteri di natura oggettiva, un valido riferimento può essere effettuato anticipando, brevemente, la nozione di *stabile organizzazione* che, nell'identificare una dimensione economica e giuridica propria delle imprese, rappresenta uno dei tradizionali criteri di collegamento tipici delle attività produttive di reddito d'impresa da parte di soggetti non residenti, in forza del quale giustificare la tassazione, a prescindere dalla natura giuridica del titolare del reddito; la stabile organizzazione risponde, in sostanza, all'esigenza di disporre di un ragionevole criterio per tassare, in ambito domestico, il reddito

prodotto, in quel territorio, da un'impresa non residente, mitigando, in tal modo, la rigorosa applicazione del principio del reddito mondiale che, in questo caso, non consentirebbe di ritenere imponibile, nello Stato di produzione, questa tipologia reddituale.

Il concetto di stabile organizzazione è, inoltre, utilizzato nel diritto convenzionale per dirimere conflitti di *competenza impositiva* rilevando, infatti, ai fini dell'esclusione del prelievo tributario sul reddito d'impresa prodotto nello Stato di residenza dello stesso soggetto passivo.

b. La doppia imposizione internazionale.

La delimitazione degli ambiti di giurisdizione fiscale mediante il ricorso da parte dei diversi Paesi ai (medesimi) criteri di tassazione dell'utile mondiale, per i residenti, e di territorialità, per i non residenti, inevitabilmente crea il rischio di doppie imposizioni: in tale prospettiva può, dunque, accadere che due differenti ordinamenti si considerino legittimati ad esercitare la propria pretesa impositiva sullo stesso presupposto ovvero si ritengano competenti all'esercizio delle prerogative tributarie nei riguardi del medesimo soggetto.

In altre parole, la principale causa della doppia imposizione internazionale è data dal fatto che le strutture adottate da due o più ordinamenti giuridici per l'imposizione diretta di certe fattispecie ne prevedono contemporaneamente la tassabilità all'interno di diversi sistemi fiscali autonomi.

Il rischio di fenomeni di doppia imposizione internazionale può essere alimentato anche da fattori non collegati agli aspetti strutturali interni ai singoli Stati ma derivare da alcuni ulteriori, eterogenei elementi; come già sottolineato nel paragrafo introduttivo della presente Parte VI, un caso emblematico è dato dal ricorso, sempre più frequente in diversi apparati normativi, a strumenti presuntivi posti a presidio delle procedure di accertamento dei tributi, come avviene per la residenza fiscale delle persone fisiche, ai sensi dell'art. 2 del TUIR, più avanti esaminata.

Altre situazioni di potenziale conflitto tra ordinamenti tributari possono scaturire dalle diverse interpretazioni prospettabili dalle Autorità amministrative o giudiziarie dei diversi Paesi interessati in ordine ad uno stesso concetto o istituto giuridico, preso a base quale parametro di collegamento nei due differenti ordinamenti; è il caso, ad esempio, dei concetti "*della sede dell'amministrazione*" della società o dell'ente, o "*dell'oggetto principale*" dell'attività esercitata, parimenti più avanti esaminati.

c. Le misure per evitare la doppia imposizione.

La possibilità che si producano, per i motivi dianzi accennati, situazioni di doppia imposizione internazionale ha indotto i diversi ordinamenti ad individuare, nel tempo, misure idonee a scongiurare questo pericolo.

In via generale, nell'ordinamento italiano, la norma che vieta la doppia imposizione – e che assolve ad una funzione, essenzialmente, di carattere interpretativo – è l'art. 163 del TUIR, per il quale "la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi"; la disposizione citata indica, esplicitamente, nel *presupposto* l'elemento che deve essere preso in considerazione al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione, nel senso che, in relazione ad uno stesso *presupposto*, la medesima imposta non può essere applicata più volte, neanche nei confronti di soggetti diversi.

Giova precisare, in ordine al concetto di "*stessa imposta*", che la doppia imposizione si verifica non solo allorché si determini una duplice o plurima applicazione della medesima imposta, ma anche in caso di imposte principali e surrogatorie, nonché nell'ipotesi di imposte alternative fra loro; non è, invece, configurabile una doppia imposizione quando un medesimo presupposto sia colpito da una imposta erariale e da una locale (in questo caso si parla generalmente di *doppia imposizione formale*), né quando un medesimo presupposto sia colpito da una imposta reale e da una a carattere personale (in tal caso si parla di *imposizione multipla*).

Il concetto che in questo contesto rileva, e cioè quello di *doppia imposizione internazionale*, si collega, invece, come indicato in precedenza, ad assetti normativi, generalmente in contrasto tra loro, riconducibili a più ordinamenti sovrani ed autonomi, in rapporto al principio di territorialità quale limite alla sovranità tributaria statale.

A tal riguardo, occorre premettere che, per posizione generalmente condivisa, non sembra esistere, nel diritto internazionale, un principio di carattere generale che vieti la doppia imposizione; in altre parole, nessun principio di territorialità vieta, nel diritto internazionale, l'applicazione della legge nazionale a situazioni che si verificano in altri Stati, inclusa la tassazione di capacità contributiva estera.

Le iniziative assunte dagli Stati per disciplinare le ipotesi di doppia imposizione internazionale costituiscono, quindi, in via tendenziale, il prodotto di autonome determinazioni, assunte in considerazione della crescente e ragionata consapevolezza di evitare che il fenomeno si realizzi in concreto, producendo distorsioni, di varia natura, sul normale funzionamento dei meccanismi di mercato ed ostacolando lo sviluppo ultranazionale delle imprese.

I rimedi individuati dai vari ordinamenti tributari con queste finalità si distinguono in due grandi categorie:

- da un lato, si collocano le *misure* di tipo *unilaterale*, adottate da ciascun ordinamento, con effetti limitati al suo interno, quali, ad esempio, la possibilità di detrarre l'imposta assolta all'estero dal tributo dovuto nel Paese di residenza oppure la previsione di aliquote ridotte per i redditi di fonte estera;
- dall'altro, si sono imposte una serie di *misure* di portata *bilaterale o multilaterale*, assunte attraverso meccanismi di negoziazione e formalizzate mediante lo strumento dei trattati internazionali, denominati *Convezioni contro le doppie imposizioni* i cui effetti si producono direttamente all'interno dei singoli ordinamenti interessati.

Con riferimento ad un'ipotesi di doppia residenza fiscale di soggetti diversi dalle persone fisiche – come nel caso di società con oggetto principale nel territorio dello Stato e sede legale all'estero – soccorrono, ad esempio, le vigenti norme convenzionali in base alle quali, in tale circostanza, si deve avere riguardo al luogo in cui la società è amministrata.

Tali trattati si uniformano ad alcuni schemi-tipo, denominati generalmente *modelli*, tra i quali il Modello OCSE, lo schema americano, il modello elaborato dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite per le convenzioni con i Paesi in via di sviluppo, lo schema di convenzione fra Stati dell'America latina membri del "Patto Andino" e gli Stati terzi.

I Trattati sottoscritti dall'Italia sono tutti conformi al Modello approvato in ambito OCSE nel 1963, aggiornato nel 1977 ed oggetto di ulteriori emendamenti nel 1992, nel 2000, nel 2002 e, da ultimo, nel 2005.

3. Le misure interne per evitare la doppia imposizione: il sistema del credito d'imposta.

Gli strumenti che ciascun ordinamento predispone, al suo interno, per evitare il fenomeno della doppia imposizione internazionale risentono dell'architettura generale del sistema tributario in cui vengono inseriti.

In generale:

- ove risultino prevalenti imposte a carattere reale, o cedolare, prevalgono meccanismi fondati sulla *esenzione*, sia che il presupposto venga o non venga tassato all'estero, con la previsione di adeguati rimedi volti a contrastare i fenomeni evasivi, quali la prova dell'avvenuta tassazione in territorio estero;
- negli ordinamenti a prevalente imposizione personale, la misura prioritariamente adottata consiste nella concessione al soggetto di un *credito d'imposta*, che consente di dedurre il tributo corrisposto all'estero da quello dovuto all'interno del sistema fiscale che concede il

credito, a condizione che la deduzione non superi l'imposta che, in quello stesso sistema, si sarebbe dovuta pagare con riferimento al medesimo reddito.

Nell'ordinamento tributario italiano – fatte ovviamente salve le disposizioni degli accordi internazionali – il sistema previsto per evitare fenomeni di reiterazione impositiva da parte di ordinamenti concorrenti, è assicurato dalla norma recata dall'art. 165 del TUIR, in base alla quale se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta, fino alla concorrenza della quota d'imposta italiana corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo al lordo delle perdite di precedenti periodi di imposta ammesse in diminuzione; se concorrono redditi prodotti in più Stati esteri, la detrazione si applica separatamente per ciascuno Stato.

La detrazione deve essere richiesta, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta in cui le imposte estere sono state pagate a titolo definitivo; qualora l'imposta dovuta in Italia per il periodo impositivo nel quale il reddito estero ha concorso a formare la base imponibile è stata già liquidata, si procede a nuova liquidazione.

In sintesi, la disciplina nazionale del credito d'imposta, per i redditi prodotti all'estero:

- consiste nella detrazione dalle imposte (IRPEF o IRES) dovute in Italia di quelle pagate all'estero sui redditi ivi prodotti;
- prevede la citata detrazione nei limiti in cui tali redditi concorrano a formare il reddito complessivo in Italia e fino alla concorrenza della quota di imposta italiana corrispondente al rapporto fra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo del contribuente;
- dispone che il beneficio fiscale debba essere calcolato nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta cui appartiene il reddito prodotto all'estero al quale si riferisce l'imposta estera, a condizione che il pagamento a titolo definitivo dell'imposta estera avvenga prima della presentazione della dichiarazione.

Nel nostro ordinamento, con formula ripresa in generale anche nelle convenzioni internazionali, viene adottato il cosiddetto *credito d'imposta ordinario*, anziché *pieno*.

La differenza tra i due metodi, come precisato dal Commentario al Modello OCSE, consiste nel fatto che nel credito d'imposta ordinario la detrazione è limitata alla quota dell'imposta dovuta nello Stato di residenza sul reddito prodotto all'estero.

In presenza di convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, qualora il prelievo sia stato effettuato nell'altro Stato contraente in misura eccedente l'aliquota prevista dal Trattato, la maggiore imposta subita (ossia la differenza tra il prelievo effettivamente subito e l'aliquota convenzionale) non può essere recuperata tramite il credito di imposta di cui all'art. 165 del TUIR, ma mediante un'istanza di rimborso da presentare alle Autorità fiscali estere con le modalità e nei termini stabiliti dalla relativa legislazione.

In tali ipotesi il contribuente può usufruire, tramite la dichiarazione dei redditi, solo del credito di imposta sulla base delle aliquote convenzionali.

4. Gli obblighi dichiarativi concernenti le disponibilità estere: il monitoraggio fiscale.

Come già evidenziato in precedenza, il sistema tributario italiano, in linea con gli ordinamenti fiscali dei Paesi più evoluti, è fondato sul principio della tassazione dei propri residenti su base mondiale; all'esigenza di monitorare per scopi fiscali le fonti di reddito detenute all'estero da soggetti residenti in ragione del predetto principio si è, nel tempo, affiancata la necessità di prevedere analoghe attività di controllo delle transazioni finanziarie, in entrata ed in uscita dallo Stato, per il contrasto del riciclaggio in ambito internazionale.

A detta esigenza ha corrisposto il complesso di norme riferite al cosiddetto *monitoraggio fiscale* che si attua mediante due differenti tipologie di controlli: una prima, di tipo *non selettivo*, riguardante operazioni non produttive di reddito e, dunque, monitorate dall'Amministrazione finanziaria per finalità extra tributarie ed una seconda, di natura *selettiva*, riferita ad operazioni

di investimento di capitale fuori dello Stato che danno luogo a precisi adempimenti dichiarativi al termine del periodo d'imposta.

La disciplina emanata in materia, contenuta nel D.L. 28 giugno 1990, n. 167, convertito, con modificazioni, dalla Legge 4 agosto 1990, n. 227 e modificato dal D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, prevede in capo a determinate categorie di contribuenti specifici adempimenti da assolvere entro gli stessi termini previsti annualmente per la presentazione della dichiarazione dei redditi; in particolare, i soggetti sottoposti a tali obblighi sono le persone fisiche, le società semplici e le associazioni equiparate, ai sensi dell'art. 5 del TUIR e gli enti non commerciali.

Tale disciplina è applicabile anche nei casi in cui i soggetti citati pongano in essere operazioni rilevanti ai fini del monitoraggio in qualità di esercenti attività commerciali in regime di contabilità ordinaria e siano obbligati alla tenuta e conservazione delle scritture contabili in ossequio alle norme fiscali in vigore.

I soggetti sopra menzionati, residenti in Italia, che, al termine del periodo di imposta, detengano investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia, devono indicarli, anche se non sono intervenute movimentazioni, nella dichiarazione dei redditi su apposito modulo conforme al Modello RW.

Tale obbligo sussiste anche per i soggetti che sono esonerati dalla presentazione della dichiarazione dei redditi; in tali casi il menzionato Modello RW deve essere presentato unitamente al frontespizio della dichiarazione debitamente compilato.

Nella dichiarazione dei redditi deve essere indicato, inoltre, l'ammontare dei trasferimenti da, verso e sull'estero che, nel corso dell'anno, hanno interessato gli investimenti all'estero e le attività estere di natura finanziaria, effettuati attraverso intermediari residenti o in forma diretta oppure attraverso soggetti non residenti, indipendentemente dalla causa da cui gli stessi traggono origine (ad esempio, donazione o successione); l'obbligo sussiste anche nel caso in cui, al termine del periodo di imposta, i soggetti non detengano investimenti e attività estere della specie, in quanto a tale data si è verificato o il disinvestimento o l'estinzione dei rapporti finanziari interessati.

Analogamente alle consistenze, si ritiene che, anche per i trasferimenti, gli obblighi di dichiarazione riguardino soltanto i flussi relativi ad investimenti e ad attività estere di natura finanziaria attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia, atteso che non è ipotizzabile un diverso e più ampio interesse da parte dell'Amministrazione finanziaria; in altre parole, non sussistono obblighi dichiarativi per gli investimenti esteri e le attività estere di natura finanziaria attraverso cui non possono essere conseguiti redditi di fonte estera, oppure sono ritraibili elementi reddituali di origine estera non sottoposti a tassazione in Italia.

L'obbligo di dichiarazione non sussiste, comunque, se l'ammontare complessivo degli investimenti e delle attività al termine del periodo di imposta ovvero l'ammontare complessivo dei movimenti (compresi i disinvestimenti) effettuati nel corso dell'anno, non superi l'importo di 12.500 euro, ridotto a 10.000 euro, a partire dal 25 giugno 2007, dal Decreto Interministeriale del 15 giugno 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 25 giugno 2007, n. 145.

Nell'ammontare complessivo vanno computati tutti i trasferimenti e, quindi, sia quelli verso l'estero che quelli dall'estero.

In particolare, se le attività e gli investimenti sono detenuti all'estero in comunione, ciascuno dei soggetti interessati deve indicare la quota parte di propria competenza.

Gli obblighi di indicazione nella dichiarazione dei redditi menzionati non sussistono neppure per i certificati in serie o di massa e i titoli affidati in gestione o in amministrazione agli intermediari residenti autorizzati, i contratti conclusi attraverso l'intervento di tali intermediari, anche in qualità di controparti, i depositi e i conti correnti esteri intrattenuti anche con soggetti diversi dalle banche, a condizione che i redditi da questi derivanti siano riscossi attraverso l'intervento degli intermediari stessi.

In altri termini, l'intervento degli intermediari al momento di conclusione dell'operazione o in fase di riscossione dei relativi redditi è idoneo ad evitare al contribuente, nei casi suddetti, qualsiasi obbligo di dichiarazione; in dette circostanze, l'esonero da obblighi dichiarativi è collegato, infatti, al ruolo svolto dall'intermediario ai fini della rilevazione e comunicazione all'Amministrazione finanziaria delle operazioni monitorate sulla base della vigente normativa.

In ordine ai conti correnti accesi all'estero, i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate consentono di affermare che le condizioni per beneficiare dell'esonero sussistono ove il contribuente dia disposizione alla banca estera, presso cui è detenuto il conto, di bonificare automaticamente gli interessi maturati sul conto estero (immediatamente, o comunque entro il mese della maturazione) su un conto corrente italiano, dando specificazione, nella causale, dell'ammontare lordo e dell'eventuale ritenuta applicata all'estero, in modo che la banca italiana sia in grado di operare la ritenuta di ingresso sull'ammontare lordo degli interessi.

L'obbligo di monitoraggio non sussiste neanche per i contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione stipulati con un'impresa di assicurazione non residente, qualora il contratto sia concluso per il tramite di un intermediario finanziario italiano a cui sia stato conferito anche l'incarico di incassare i proventi derivanti da tali contratti.

Nella dichiarazione dei redditi il contribuente deve, infine, indicare i trasferimenti da e verso l'estero di denaro, certificati in serie o di massa o di titoli, effettuati attraverso soggetti non residenti, a prescindere dagli investimenti all'estero o dalle attività estere di natura finanziaria detenute, se l'ammontare complessivo di tali trasferimenti, nel corso del periodo d'imposta, sia stato superiore alle soglie indicate in precedenza.

Annualmente, con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, viene stabilito il controvalore in euro degli importi in valuta che devono essere dichiarati.

Relativamente alle sezioni di cui si compone il Modello RW, è utile evidenziare che le operazioni da ultimo indicate – se poste in essere per il tramite di soggetti non residenti – devono essere esposte nella sezione I del menzionato modello mentre gli investimenti esteri e le attività finanziarie detenute all'estero al termine del periodo d'imposta ed i flussi dei trasferimenti da, verso e sull'estero relativi a queste consistenze devono essere, in ogni caso, segnalate – e dunque anche quando siano effettuate tramite intermediari residenti oppure in forma diretta tramite trasporto al seguito, esclusi ovviamente i casi di esonero sopra menzionati – rispettivamente nelle sezioni II e III del medesimo Modello.

In ordine alle tipologie di redditi che, ai fini del monitoraggio, si considerano di fonte estera, si segnalano, a titolo esemplificativo, gli interessi e gli altri proventi dei depositi e conti correnti bancari, i proventi derivanti da operazioni di prestito titoli, riporti e pronti contro termine corrisposti da soggetti non residenti, i redditi derivanti da beni, ad esempio immobili, che si trovano al di fuori del territorio dello Stato.

5. Le convenzioni contro le doppie imposizioni.

a. Profili generali.

L'adozione di strumenti convenzionali consente a ciascuno dei Paesi interessati di perseguire due distinti obiettivi: evitare, come già anticipato, il rischio di doppia imposizione, nonché prevenire l'evasione e l'elusione fiscale mediante l'individuazione, in rapporto a determinati comparti impositivi, di procedure per consentire lo scambio di informazioni e favorire la mutua assistenza tra le Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti.

Tali accordi sono, infatti, comunemente distinti in due macro tipologie: da un lato, quelli a contenuto sostanziale, ossia finalizzati a regolamentare, ripartendole, le potestà impositive degli Stati contraenti, dall'altro, quelli a contenuto procedurale, allorché si tratti di intese destinate, esclusivamente od in aggiunta agli scopi menzionati in precedenza, a disciplinare la reciproca assistenza amministrativa per l'accertamento e riscossione dei relativi tributi.

Limitando per il momento l'analisi alla prima delle due finalità e rinviando ad un successivo paragrafo l'esposizione degli aspetti afferenti alla cooperazione ed allo scambio di

informazioni rese possibili, a livello internazionale, proprio dagli strumenti giuridici in esame, occorre evidenziare come, attraverso le convenzioni contro le doppie imposizioni, gli Stati contraenti rinuncino, a condizione di reciprocità, ad una quota del prelievo fiscale spettante in forza della propria disciplina interna, al fine di evitare che il contribuente sia gravato da una imposizione maggiore di quella che subirebbe se non operasse in un contesto internazionale.

Di norma, i trattati in parola contemplano due diversi metodi da utilizzare per evitare le doppie imposizioni:

- *il metodo della ripartizione dei redditi*, in virtù del quale si procede alla distinta individuazione dei redditi considerati tassabili solo nel Paese della fonte e di quelli ritenuti tassabili solo in quello di residenza del soggetto beneficiario;
- *il metodo della ripartizione delle imposte*, in base al quale lo stesso reddito viene tassato sia nello Stato della fonte che in quello del beneficiario, ma il primo si impegna a diminuire l'aliquota d'imposta entro livelli concordati in sede negoziale mentre il secondo a *concedere* un credito d'imposta attraverso il quale il percettore del reddito può scomputare dal proprio debito impositivo le imposte versate all'estero.

A quest'ultimo metodo si ispirano tutte le convenzioni stipulate dall'Italia.

I trattati contro le doppie imposizioni appartengono generalmente alla categoria dei *trattati bilaterali*; gli esempi di *trattati multilaterali* nel settore fiscale sono molto rari in ragione del fatto che necessiterebbero, per poter efficacemente operare, di un elevato livello di armonizzazione fra i sistemi fiscali dei Paesi firmatari.

Il problema della stipula di convenzioni espressamente deputate a risolvere i potenziali conflitti fra giurisdizioni fiscali, è emerso, storicamente, nell'ambito delle grandi organizzazioni internazionali, a cominciare dalle Nazioni Unite.

In tempi più recenti, l'organo che ha assunto il ruolo di principale punto di riferimento per la conclusione delle convenzioni in parola è il Comitato Fiscale dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico).

Quanto all'articolazione dei trattati:

- una prima parte è dedicata all'individuazione dei tributi ai quali, all'interno dei territori delle parti contraenti, gli stessi dovranno essere applicati;
- successivamente, una serie di disposizioni forniscono talune definizioni di portata generale *richiamate* dalle norme seguenti;
- sono quindi contemplate, con riferimento a ciascun tipo di reddito, le regole in base alle *quali* deve essere determinato il luogo dell'imposizione.

In genere:

- . per i *redditi d'impresa*, la regola prevalente è quella della loro tassabilità nel Paese in cui sono prodotti mediante una stabile organizzazione;
- . i *redditi di lavoro autonomo* sono ritenuti imponibili nello Stato in cui l'attività viene svolta con carattere di continuità e mediante una installazione fissa;
- . per i *redditi di lavoro dipendente* è prevista la tassabilità nello Stato d'origine del lavoratore o del datore di lavoro, a meno che la permanenza nello Stato di effettivo svolgimento del lavoro non sia superiore ad un certo periodo di tempo;
- . i *redditi di immobili* sono assoggettati a tassazione nello Stato in cui i beni sono localizzati;
- . *dividendi, interessi e royalties* sono considerati tassabili nel Paese del percipiente;
- una parte conclusiva è dedicata alla previsione degli strumenti attraverso i quali le regole individuate trovano concreta applicazione.

In quanto trattati internazionali, gli aspetti connessi alla stipula ed all'efficacia delle convenzioni contro le doppie imposizioni sono regolate dalla "Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati" del 23 maggio 1969, ratificata dall'Italia con Legge 12 febbraio 1974, n. 112.

In merito agli aspetti procedurali, tali intese entrano a far parte dell'ordinamento giuridico al termine di un *iter* suddiviso per fasi.

La prima si concretizza nello studio di fattibilità che permette di valutare le ragioni di opportunità politica ed economica alla base della firma di un accordo bilaterale con un determinato Stato.

Questa fase prevede una serie di contatti diplomatici e, in quanto tale, rientra nelle competenze del Ministero degli Affari Esteri.

Effettuato lo studio sull'opportunità politico-diplomatica, si passa alla fase giuridica in cui l'Amministrazione finanziaria entra in contatto con l'analoga struttura dell'altro Stato per la valutazione tecnica del trattato.

Durante i primi contatti avviene lo scambio e l'esame delle bozze di accordo (cosiddetti *draft*) con cui le Amministrazioni interessate evidenziano le proprie preferenze per il trattamento tributario da riservare alle varie categorie di reddito ed, eventualmente, di patrimonio.

Se non emergono posizioni di rilevante incompatibilità si passa alla negoziazione del trattato, prendendo come base di discussione una delle due proposte di intesa.

Gli articoli vengono esaminati, modificati ed approvati uno per volta fino alla stesura del trattato finale che viene accettato e siglato ad opera delle Parti (cosiddetta *parafatura*) dopo averlo tradotto nella lingua ufficiale dei Paesi coinvolti.

Può anche darsi luogo alla stipula di protocolli aggiuntivi e allo scambio di lettere per la formalizzazione di aspetti non inclusi nel testo dell'accordo.

Il testo parafato viene successivamente sottoposto, in Italia, alla firma del Ministro dell'Economia e delle Finanze e poi alla ratifica del Parlamento, atto quest'ultimo che, però, non conclude l'*iter* procedurale.

La Convenzione, infatti, entra in vigore solo dopo lo scambio degli strumenti di ratifica con l'altro Paese ossia dopo l'invio reciproco, per le vie diplomatiche ufficiali, degli estremi delle rispettive leggi di ratifica.

Quanto ai rapporti con la normativa interna, le disposizioni nazionali di riferimento sono:

- l'art. 75 del D.P.R. n. 600/73, a norma del quale "nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi, sono fatti salvi accordi internazionali resi esecutivi in Italia"; trattasi di una previsione superflua, in quanto l'obbligo di rispettare gli accordi internazionali – in virtù del quale, in caso di conflitto con la legislazione nazionale, prevale sempre la convenzione, anche se antecedente – costituisce un principio consolidato di diritto internazionale;
- l'art. 169 (già 128) del TUIR, per il quale le disposizioni dello stesso Testo Unico "si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione"; trattasi di una regola già sancita dalla stessa Amministrazione finanziaria, con la circolare ministeriale 4 ottobre 1984, n. 33.

È appena il caso di sottolineare che, essendo recepiti negli ordinamenti interni con legge ordinaria, i trattati in parola acquistano il valore di fonti di rango primario.

In linea teorica, quindi, un successivo intervento legislativo di pari rango potrebbe modificare una certa disciplina convenzionale; tale ipotesi, peraltro, appare essere scongiurata dal menzionato art. 75 e, più in generale, in base ad una corretta applicazione del generale principio di specialità delle leggi di ratifica rispetto alle norme interne di adattamento.

b. Il Modello di convenzione OCSE.

Come anticipato nel sottoparagrafo che precede, il Modello di convenzione contro le doppie imposizioni predisposto dall'OCSE, periodicamente rivisitato ed integrato, rappresenta, nello svolgimento delle attività di redazione e negoziazione dei trattati bilaterali, il punto di riferimento per tutti gli Stati membri e, talvolta, anche per i Paesi non aderenti all'Organizzazione.

Tale prototipo, unitamente al relativo Commentario, fornisce, infatti, indicazioni di carattere interpretativo e di orientamento per la stipula dei singoli Trattati e la soluzione delle relative problematiche.

Di norma, le convenzioni che si ispirano a questo Modello si applicano nei riguardi dei soggetti residenti in uno o in entrambi gli Stati contraenti, conformemente alle indicazioni contenute nel capitolo 1 del Modello OCSE.

Le imposte rientranti nel campo di applicazione di questi trattati sono generalmente indicate – in linea con il capitolo 2 del Modello – nell'art. 2 di ogni convenzione e riguardano sia l'IRPEF che l'IRPEG (ora IRES); solo alcune convenzioni contemplano anche la soppressa ILOR e le imposte sul patrimonio.

Da evidenziare che, a mente del comma 4 del citato art. 2 del Modello, è prevista l'applicazione delle disposizioni pattizie anche alle imposte di natura identica o analoga, che dovessero entrare in vigore successivamente, in via aggiuntiva o sostitutiva alle imposte dianzi indicate.

I capitoli 3, 4 e 5 del predetto Modello contengono, rispettivamente, i presupposti territoriali di imposizione per ciascuna categoria di reddito, quelli per la tassazione dei patrimoni e i metodi per evitare le doppie imposizioni.

I capitoli 6 e 7 recano, rispettivamente, talune disposizioni di portata specifica e quelle concernenti l'entrata in vigore.

Particolare rilievo assumono le disposizioni del Modello destinate a chiarire il significato di certe espressioni allo scopo di ridurre al minimo i margini di contrasto applicativo fra gli Stati e di orientare l'attività interpretativa di questi ultimi.

Tra i precetti di questo tipo, si evidenziano le seguenti previsioni:

- a norma dell'art. 3:
 - . il termine "*persona*" è comprensivo delle persone fisiche, delle società e di ogni altra associazione di persone;
 - . il termine "*società*" comprende ogni persona giuridica od ente considerato tale ai fini dell'imposizione, con esclusione quindi delle società di persone;
 - . le nozioni di "*impresa di uno Stato contraente*" e "*impresa dell'altro Stato contraente*" indicano, rispettivamente, l'impresa esercitata da un residente in uno Stato contraente e quella esercitata da un residente dell'altro Stato contraente;
- l'art. 4 precisa che l'espressione "*residente di uno Stato contraente*" designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga; quando, in base alle suddette previsioni, una persona diversa da una persona fisica è residente in entrambi gli Stati, essa è considerata residente dello Stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva, intesa quale luogo ove l'attività viene effettivamente esercitata, anche se diverso da quello in cui si trova fisicamente la sede della società o dell'impresa;
- l'art. 5 si occupa della nozione di "*stabile organizzazione*", che ha trovato nel nostro ordinamento una apposita specificazione normativa solo di recente, a seguito dell'introduzione dell'IRES;

- l'art. 6, relativamente all'espressione "*beni immobili*", rinvia alla legislazione dello Stato contraente in cui i beni sono situati;
- l'art. 10 fornisce la nozione di "*dividendi*", intesi quali redditi derivanti da azioni o buoni di godimento, da quote minerarie, da quote di fondatore o da altre quote di partecipazione agli utili, ad eccezione dei crediti, nonché i redditi di altre quote sociali assoggettabili allo stesso regime fiscale dei redditi delle azioni secondo la legislazione fiscale dello Stato di cui è residente la società distributrice;
- l'art. 11 si occupa dei termini "*interessi*" e "*royalties*" (o canoni), definendoli, rispettivamente:
 - . i redditi da crediti da ogni tipo, garantito o meno da ipoteca e portanti o meno un diritto di partecipazione agli utili del debitore ed in particolare redditi da titoli del debito pubblico, da buoni ed obbligazioni, compresi i premi annessi a tali titoli, buoni od obbligazioni, con esclusione delle penali relative a ritardati pagamenti;
 - . i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione di un diritto di autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche comprese le pellicole cinematografiche, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni, modelli, progetti, formule o processi segreti, o per l'uso oppure per la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche, o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico.

c. Gli sviluppi del Modello OCSE.

Fra le modifiche via via apportate all'originario impianto del Modello, particolarmente significative sono quelle introdotte nel 1992 con il proposito di adeguarne il contenuto alle innovazioni intervenute nei sistemi di gestione delle attività economiche internazionali ed i connessi risvolti fiscali a seguito dei processi di globalizzazione e liberalizzazione delle economie dei Paesi membri dell'OCSE.

In quel contesto, si tentò, per la prima volta, di affrontare il problema della *pianificazione fiscale internazionale (o tax planning)*, intesa quale attività finalizzata a minimizzare gli oneri tributari, sfruttando sia le differenze esistenti nei sistemi impositivi dei vari ordinamenti sia le stesse convenzioni.

Il dibattito su questo tema assunse una tale rilevanza in sede di revisione dello schema OCSE del 1992, da rendere opportuna una modifica della stessa denominazione del Modello al fine di segnalare il progressivo ampliamento del campo di applicazione oggettivo delle intese, non più limitato al problema della doppia imposizione, ma esteso alla condivisione di misure finalizzate a risolvere più ampie problematiche di carattere internazionale, ivi comprese quelle connesse alla necessità di contrastare il ricorso a pratiche fraudolente in danno delle finanze degli Stati contraenti.

In via generale, il problema dell'elusione o dell'evasione fiscale internazionale è affrontato nei trattati che si ispirano al Modello OCSE attraverso due sistemi:

- le *clausole anti-abuso*, oggetto di più analitica illustrazione al paragrafo 3.b. del successivo Capitolo 2 della presente Parte VI;
- le disposizioni che disciplinano lo *scambio di informazioni* fra le Amministrazioni degli Stati contraenti allo scopo di potenziare i mezzi istruttori utilizzabili per il contrasto di fenomeni illeciti.

d. Le convenzioni stipulate dall'Italia.

L'Italia ha attualmente stipulato convenzioni contro le doppie imposizioni con quasi 80 Stati esteri, utilizzando, di massima, lo schema del Modello OCSE; tutti gli atti convenzionali sottoscritti dal nostro Paese contengono previsioni destinate ad evitare l'insorgere di rischi di reiterazione dell'imposizione sul reddito e, in taluni casi, sul patrimonio, mentre non tutti contengono disposizioni dirette a regolamentare lo scambio di informazioni e la reciproca

assistenza amministrativa per prevenire e reprimere l'evasione e l'elusione fiscale internazionale.

L'elenco ed i testi, entrambi sottoposti a costante evoluzione e continui aggiornamenti, delle convenzioni stipulate dall'Italia sono disponibili consultando il sito internet del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le Politiche Fiscali, all'indirizzo: <http://www.finanze.it/export/sites/default/finanze/dipartimentopolitichefiscali/osservatoriointernazionale/convenzioni/index.htm>.

e. Il problema dell'interpretazione.

Relativamente agli aspetti connessi alla interpretazione ed alla concreta applicazione delle convenzioni internazionali possono sorgere problematiche di indubbia complessità per la cui soluzione, stante la mancanza di un organo giurisdizionale competente a pronunciarsi, non sono ipotizzabili efficaci rimedi diversi dalla disapplicazione dell'accordo, con tutte le conseguenze correlate a tale evenienza.

Ovviamente, nessuna questione interpretativa si pone allorché lo stesso testo convenzionale si preoccupi di chiarire espressamente il significato da attribuire a certi termini.

Diversamente, trattandosi di atti che, attraverso la procedura di ratifica, diventano norme interne di ciascun Paese aderente, le convenzioni in materia fiscale sono di norma interpretate attraverso i criteri ermeneutici adottati all'interno di ciascun ordinamento; è evidente, quindi, che le eventuali differenze esistenti fra i parametri interpretativi degli Stati interessati possano essere fonte di contrasti, se non ricondotti a canoni di compatibilità.

I principi generali cui occorre uniformare l'attività dell'interprete sono ricavabili dal diritto tributario internazionale, dalle disposizioni normative esistenti all'interno degli ordinamenti interessati e, soprattutto, dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, ai sensi della quale "ogni convenzione deve essere interpretata secondo il principio della buona fede, in base al significato comune delle parole nel contesto generale del trattato ed alla luce del suo oggetto e scopo".

Qualora attraverso la cooperazione fra le competenti Autorità dei Paesi stessi non si riesca, quindi, a pervenire a forme di interpretazione concordata, è necessario che ciascuno Stato provveda a seguire una linea ermeneutica che tenga conto, oltre che dei principi generali ricavabili dalle fonti sopra indicate, anche dei principi che hanno ispirato la stipula del trattato, se del caso valorizzando i contenuti dei lavori preparatori e dei protocolli finali o aggiuntivi.

In linea generale si può affermare che il principale canone interpretativo in materia è quello *sistematico*; ciò risulta anche dal contenuto dell'art. 3, paragrafo 2, del Modello di convenzione OCSE, ai sensi del quale "per l'applicazione della Convenzione da parte di uno Stato contraente le espressioni non ivi definite, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione, hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato relativo alle imposte alle quali si applica la Convenzione".

La norma, oltre a ribadire la prevalenza delle definizioni fornite direttamente dal trattato, richiama, quindi, la legislazione del Paese in cui questo deve essere applicato, limitatamente, però, alla specifica normativa riferita alle imposte di cui la convenzione stessa si occupa.

Per quanto concerne il richiamo al *contesto*, occorre ricordare che in tale concetto devono essere ricompresi:

- a norma dell'art. 31, paragrafo 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, il testo della convenzione, il preambolo, gli allegati, ogni altro accordo riferibile alla convenzione stessa, intervenuto fra le parti in occasione della stipula, nonché ogni altro "strumento" avente rapporto con il trattato stabilito da una o più parti ed accettato dalle altre;

- secondo le elaborazioni della dottrina che si è occupata specificamente del problema dell'interpretazione dei trattati in materia tributaria, anche tutti gli altri criteri ermeneutici indicati dalla stessa Convenzione di Vienna, quali i lavori preparatori, i protocolli successivi – spesso preordinati a modificare successivamente le intese raggiunte o a fornire una sorta di interpretazione autentica – gli “scambi di note”, i “mutui accordi” e, con specifico riferimento allo schema OCSE, l'apposito “Commentario” predisposto dallo stesso Organismo.

Le oggettive difficoltà che le stesse Autorità degli Stati contraenti possono trovare in sede di interpretazione delle norme convenzionali inducono a spostare la riflessione sui margini entro i quali il contribuente possa far valere, in sede contenziosa, analoghi problemi incontrati per uniformare il proprio comportamento alle indicazioni dei trattati.

La questione rileva ai fini delle disposizioni contenute nell'art. 8 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, a norma del quale “la commissione tributaria dichiara non applicabili le sanzioni non penali previste da leggi tributarie quando la violazione è giustificata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferisce”, nonché dell'art. 6, comma 2, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che dispone “non è punibile l'autore della violazione quando essa è determinata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono, nonché da indeterminatezza delle richieste di informazioni o dei modelli per la dichiarazione e per il pagamento”.

Al riguardo, fermo restando che la valutazione di detti profili non compete ai verificatori, è utile segnalare che taluni orientamenti della giurisprudenza inducono a valutare l'inottemperanza alle disposizioni convenzionali (nonostante il valore di legge ordinaria dello Stato che raggiungono a seguito della ratifica) da parte del privato con criteri meno rigidi rispetto all'inosservanza delle altre norme interne, attesa la peculiare genesi che caratterizza le prime, la confluenza di diverse culture giuridiche, le difficoltà linguistiche, la necessità di tenere presenti i criteri interpretativi del diritto internazionale e i contenuti degli altri testi comunque collegati a quello principale, tutti fattori che indubbiamente conferiscono al trattato profili di peculiare complessità.

f. Il problema dell'applicazione.

Diverso da quello dell'interpretazione è il problema della pratica attuazione delle disposizioni contenute nei trattati; a prescindere dalle implicazioni, per così dire, “politiche”, ciò che in questa sede interessa rilevare è come, dalla mancata applicazione del testo convenzionale, possa discendere un duplice ordine di conseguenze.

In primo luogo, si possono determinare gravi lesioni della sfera giuridica dei contribuenti, dovute all'impossibilità di far concretamente operare i meccanismi necessari ad evitare la doppia imposizione; ovviamente, il singolo interessato ha la possibilità di attivare i meccanismi di tutela amministrativa e giurisdizionale contemplati nel proprio ordinamento, ma, ovviamente, l'esito di queste iniziative non può in alcun modo incidere sull'autonomia con cui l'altro Stato contraente può procedere all'applicazione del trattato in forza della propria sovranità.

Questa constatazione ha indotto l'ordinamento internazionale ad individuare più efficaci soluzioni, sia attraverso meccanismi di scambio d'informazioni preordinate a risolvere problematiche del genere, sia mediante la possibilità offerta ai contribuenti di sollecitare l'attivazione, da parte delle Amministrazioni interessate, di *procedure amichevoli* per risolvere eventuali controversie; ad esempio, l'art. 25 del Modello OCSE riconosce all'interessato il diritto di proporre istanza per l'instaurazione di una tale procedura nell'ipotesi di misure che comportino o possano comportare un'imposizione non conforme alle disposizioni convenzionali, al fine di risolvere in via di amichevole composizione le difficoltà o i dubbi inerenti all'interpretazione o all'applicazione della convenzione, nonché per eliminare la doppia imposizione nei casi non contemplati dal trattato.

In secondo luogo, qualora si tratti di applicare le norme convenzionali volte a prevenire o reprimere comportamenti ritenuti potenzialmente illeciti, una mancata o inadeguata collaborazione fra i competenti Organi nazionali interessati può determinare ampi spazi per il consolidarsi di pratiche internazionali di carattere evasivo o elusivo.

Un settore in cui possono presentarsi problematiche del genere è quello delle cosiddette *verifiche simultanee*, attraverso le quali le Amministrazioni fiscali dei Paesi contraenti possono avviare, contemporaneamente e in modo coordinato, azioni di accertamento nei confronti dello stesso contribuente all'interno dei rispettivi territori nazionali.

È importante sottolineare che gli accordi in argomento sono semplicemente finalizzati a preconstituire le basi per la cooperazione fra gli Stati, ma non possono assolutamente modificare le rispettive legislazioni interne che disciplinano l'attività ispettiva e i poteri d'accesso e di accertamento; allorché le limitazioni normative esistenti in un certo ordinamento non consentano di approfondire certi aspetti di una determinata operazione internazionale, l'iniziativa collaborativa potrà, dunque, risultare frustrata.

Su un piano più generale, le stesse procedure di *scambio d'informazioni*, espressamente deputate alla prevenzione e repressione degli illeciti, molto spesso non riescono a raggiungere l'obiettivo cui sono preordinate a causa delle obiettive difficoltà che ancora esistono per rendere pienamente operative le relative disposizioni – e, precisamente, quelle che regolano l'acquisizione e la trasmissione delle notizie – all'interno dei singoli ordinamenti nazionali; il problema, in definitiva, è quello della compatibilità dei metodi attraverso cui un determinato elemento di prova è stato acquisito all'interno di un certo ordinamento, con le norme di quello in cui la prova stessa dovrebbe essere utilizzata, il quale potrebbe prevedere un sistema di procedure e garanzie diverse o, semplicemente, un diverso sistema di qualificazione di certi atti ovvero di ammissione di elementi probatori.

6. La collaborazione internazionale. Indicazioni operative.

Come già più volte segnalato, gli ordinamenti tributari a fiscalità cosiddetta avanzata si sono dotati, per il contrasto di fenomeni evasivi ed elusivi, di strumenti per lo scambio di informazioni e la collaborazione amministrativa e giudiziaria.

La collaborazione internazionale si fonda su precise basi normative dalle quali non si può assolutamente prescindere, pena l'impossibilità di mettere a frutto i dati scambiati e, quindi, la vanificazione dell'attività posta in essere; i mezzi approntati vedono in primo piano l'attività della Guardia di Finanza quale naturale referente degli Organi collaterali esteri e si muovono sul duplice livello della mutua assistenza e dello scambio di informazioni in ambito convenzionale, basato principalmente:

- sulle norme di diritto internazionale, ovvero le convenzioni per evitare le doppie imposizioni e prevenire le evasioni fiscali;
- sulle fonti comunitarie (direttive e regolamenti), che prevedono norme di dettaglio per l'interscambio informativo in materia fiscale (evidentemente, tra gli Stati membri), le quali convivono unitamente alle convenzioni di cui all'alinea precedente.

Pertanto, dovrà attentamente essere valutata l'opportunità del ricorso alla collaborazione internazionale, come strumento di utile ausilio investigativo, ogni qualvolta nel corso dell'attività ispettiva gli operanti si trovino di fronte ad operazioni che destino sospetti e che siano state poste in essere da operatori nazionali direttamente o indirettamente con soggetti residenti all'estero; al riguardo, è necessario specificare che il ricorso alla cooperazione amministrativa internazionale secondo le norme internazionali e comunitarie potrà avvenire solo se l'attività ispettiva sia stata intrapresa in maniera palese.

In particolare, al fine di orientare efficacemente il controllo sugli aspetti ritenuti più proficui in funzione delle caratteristiche e delle specificità del contribuente, si dovrà valutare l'opportunità di ricorrere alla cooperazione internazionale, ad esempio, in presenza di:

- rapporti economico/finanziari con altri soggetti residenti, domiciliati o situati in Stati esteri;

- transazioni infragruppo con soggetti controllati e/o collegati non residenti al fine di riscontrare fenomeni di *transfer pricing*;
- partecipazioni di controllo e/o collegamento in imprese, società ed altri enti residenti o localizzati in Stati o territori con regime fiscale privilegiato;
- componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in Stati o territori non appartenenti all'Unione Europea aventi regimi fiscali privilegiati;
- rapporti di controllo/collegamento con società non residenti ai fini del contrasto del fenomeno dell'esterovestizione.

Ulteriormente, lo scambio di informazioni potrà essere attuato:

- per determinare i redditi imponibili in Italia dei soggetti non residenti;
- per determinare l'effettiva residenza fiscale del contribuente che, fittiziamente, risulti residente o domiciliato in altro stato estero;
- quando il contribuente è legato, per quanto attiene alla produzione del proprio reddito, al territorio di uno stato estero;
- in tutti i casi in cui si sospetti il ricorso all'illecita pratica della delocalizzazione del reddito mediante tecniche di *tax planning*.

Relativamente alle procedure operative da seguire nonché agli strumenti giuridici utilizzabili per l'effettuazione della cooperazione amministrativa internazionale ai fini delle II.DD. e dell'IVA, i reparti operanti si atterranno alle disposizioni impartite dal Comando Generale – Il Reparto con la circolare 4 febbraio 2008, n. 7/INCC.

CAPITOLO 2

EVASIONE ED ELUSIONE FISCALE INTERNAZIONALE

1. Le ragioni alla base dei fenomeni evasivi ed elusivi di carattere internazionale.

Le diversità esistenti fra i vari sistemi tributari, l'esistenza di Paesi che perseguono una politica di attrattiva per i capitali esteri attraverso la previsione di regimi particolarmente favorevoli, la diffusione di Trattati fra le Nazioni economicamente più avanzate allo scopo di evitare o ridurre la doppia imposizione internazionale, costituiscono un insieme di fattori che, se adeguatamente studiati e coordinati fra di loro, possono condurre l'impresa multinazionale ad orientare le proprie scelte di investimento anche sulla base del maggior risparmio fiscale conseguibile.

La riduzione del carico fiscale, attraverso una strumentale allocazione delle strutture produttive, ovvero mediante una specifica gestione dei flussi finanziari e reddituali, se, in linea generale, può ritenersi un obiettivo fisiologico e consentito, trova un limite nella necessità di non infrangere, tanto in maniera palese, quanto in forma più o meno occulta, regole e divieti esplicitamente o implicitamente contenuti nelle legislazioni fiscali dei diversi Stati ed in quell'insieme di principi e norme che costituisce il diritto internazionale tributario.

In assenza di validi criteri di carattere teorico e generale, non è tuttavia agevole distinguere, nell'ambito della naturale e legittima tendenza dei contribuenti che operano sul piano internazionale a ricercare la soluzione fiscale meno onerosa, i comportamenti da ricondurre all'area del lecito risparmio d'imposta, da quelli di carattere evasivo o elusivo.

In tale contesto, le uniche concrete soluzioni sono il risultato di prese di posizione delle singole legislazioni nazionali – e, in una certa misura, di disposizioni contenute in apposite Convenzioni stipulate fra Stati – che, nel quadro delle proprie scelte di politica di contrasto ai suddetti fenomeni evasivi ed elusivi, vengono a preconstituire appositi strumenti normativi – per lo più in forma di presunzioni o di fattispecie ad applicazione immediata – tali da ricondurre a tassazione, nell'ambito dei rispettivi sistemi giuridici, materia imponibile allocata in altri ordinamenti.

Pur nelle diversità che intercorrono fra i vari sistemi di reazione agli illeciti fiscali di tipo internazionale adottati dai diversi Stati, è possibile trarre il principio di carattere generale secondo il quale uno Stato è legittimato a pretendere la tassazione dei profitti connessi se e nella misura in cui detti profitti, in definitiva, si concretizzano all'interno del proprio territorio, se, cioè, all'interno dei propri confini siano individuabili i benefici economici prodotti.

2. Caratteristiche principali delle tecniche evasive ed elusive internazionali.

a. Premessa.

In via generale, i *metodi utilizzati* per realizzare fenomeni di evasione o elusione fiscale internazionale, sebbene molteplici e diversificati, possono essere ricondotti a due schemi "tradizionali":

- *trasferimento del contribuente*, che si concretizza nel posizionamento strumentale della persona fisica o dell'impresa in un'area con pressione fiscale più mite rispetto a quella d'origine;
- *trasferimento della materia imponibile*, che, a sua volta, può realizzarsi sia con la semplice allocazione strumentale delle fonti di produzione del reddito, sia attraverso una sua riqualificazione (ad esempio, dividendi mascherati da *royalties*).

Entrambi questi due schemi "Istituzionali", sono interessati da metodi consolidati e metodi più innovativi.

b. I metodi consolidati.

Come si è dianzi evidenziato, per i soggetti residenti fiscalmente all'interno del proprio territorio, è prevista l'applicazione del principio della imposizione personale sui redditi

ovunque prodotti; da ciò consegue il rischio che persone fisiche o giuridiche scelgano di delocalizzare, almeno formalmente, la residenza o la sede in un altro Paese o area che sia a bassa fiscalità e ove si agisca secondo un principio di tassazione su base territoriale.

Infatti, se un soggetto o un impresa ricava redditi in più di uno Stato, può certamente trovare conveniente spostare la sua residenza o la sede in un Paese che adotti il principio della territorialità e, quindi, tassi soltanto i redditi prodotti sul proprio territorio disinteressandosi di quelli prodotti all'estero; se poi questo Paese è a bassa, o nulla, pressione fiscale è intuitivo che il grado di convenienza a spostarvi la propria residenza fiscale è molto elevato.

Per un approfondimento di tale tematica, tuttavia, si rimanda al successivo Capitolo 4, dedicato ai cc.dd. "paradisi fiscali".

Il secondo schema enunciato, ossia quello del *trasferimento della materia imponibile*, assume, in realtà, diverse forme di applicazione.

Tra i sistemi di tale specie tradizionalmente adottati dal contribuente, il più diffuso è rappresentato dall'artificiosa gestione dei componenti reddituali, mediante il sovradimensionamento o la sottovalorizzazione delle transazioni poste in essere all'interno di un medesimo gruppo di imprese ovvero fra imprese che risultino, anche di fatto, fra loro collegate.

In via generale, in uno schema di questo tipo realizzato nell'ambito di un gruppo, una società figlia localizzata in un Paese ad alta pressione fiscale cede beni alla società madre situata in uno Stato a bassa tassazione a prezzi molto contenuti; vengono così minimizzati i ricavi della società figlia, sottraendo materia imponibile nel Paese ad alta tassazione e trasferendola nel Paese a bassa imposizione, con un considerevole "risparmio d'imposta".

Un'operazione di segno opposto si può porre in essere nel caso in cui la società figlia sia situata nello Stato a bassa tassazione e la società madre nel Paese ad alta tassazione: la cessione di beni, in questo caso, può avvenire a prezzi molto alti, realizzando anche in questa ipotesi il ricercato risparmio d'imposta con la sottrazione di materia imponibile al Paese ad alta tassazione.

Per i dettagli di tale fenomeno, si rinvia al successivo Capitolo 3 della presente Parte VI.

c. I metodi più avanzati.

L'evoluzione dei sistemi evasi o elusivi, difficilmente può essere rappresentata in maniera completa ed esaustiva, anche in ragione del continuo mutamento dei singoli ordinamenti nazionali attraverso i quali dette fattispecie si attuano; tuttavia, non si può fare a meno di richiamare l'attenzione sulle seguenti metodologie più avanzate:

- l'operatività sul territorio nazionale di stabili organizzazioni di imprese estere non formalmente costituite, la cui esistenza venga mascherata attraverso la creazione di entità formalmente dotate di autonoma veste giuridica;
- l'artificiosa maggiorazione di oneri, quali, ad esempio, interessi, *royalties* o costi per servizi, al fine di trasformare i dividendi che sarebbero stati distribuiti da una società figlia in una componente reddituale avente una forma diversa; tale meccanismo presenta il duplice vantaggio di consentire:
 - da parte della controllante, di assoggettare ad imposizione il reddito in tal modo prodotto nel solo Paese di residenza del percettore, anziché sottoporlo a ritenute nello Stato della fonte, al ricorrere di determinati presupposti, quali, ad esempio, nel caso di interessi e *royalties*, di quelli previsti nell'art. 26 quater del D.P.R. n. 600/73;
 - sul versante della controllata, l'integrale deducibilità dei costi sostenuti.

Un tipico esempio è quello consistente nella concessione di un finanziamento da parte di una società mutuante nei confronti di una mutuataria, dalla prima controllata, che di fatto risulti contrario a principi di economicità, in quanto la società

figlia già dispone di risorse finanziarie sufficienti a far fronte alla propria ordinaria gestione e diretto al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali, rappresentati dalla deducibilità degli interessi passivi in capo alla mutuataria e dalla non applicazione delle ritenute alla fonte;

- il *“treaty shopping”*, mediante il quale si tende a sfruttare indebitamente un certo regime vantaggioso contenuto in una o più Convenzioni contro le doppie imposizioni, soprattutto attraverso l’artificiosa localizzazione di una struttura economica in uno dei Paesi aderenti alla Convenzione, affinché detta struttura diventi funzionale alla fruizione delle agevolazioni previste dal Trattato, altrimenti non accessibili.

Ad esempio, se lo Stato A non ha stipulato alcuna convenzione con lo Stato C, oppure abbia stipulato con detto Stato una convenzione poco favorevole, il residente dello Stato A potrà trovare utile interporre formalmente nello Stato B un terzo soggetto, qualora i trattati che lo stato B ha stipulato con A e C presentino una particolare attrattiva.

Nell’ambito del *“treaty shopping”* una particolare pratica elusiva è quella rappresentata dall’uso distorto e strumentale del cd. *“matching credit”*, ovvero della possibilità, rinvenibile in alcune convenzioni, di ottenere il riconoscimento di un credito d’imposta figurativo in relazione a redditi che, in realtà, godono, nello Stato della fonte, della totale esenzione o di una riduzione significativa dell’imposizione (a titolo esemplificativo, attualmente, tale possibilità è prevista, tra l’altro, dalle convenzioni stipulate con Singapore, Malesia, Brasile, Argentina, Cipro e Malta);

- il *“rule shopping”*, che consiste nella ricerca, all’interno di una Convenzione internazionale, della disposizione che comporta il minor prelievo fiscale, adeguando ad essa, quanto meno da un punto di vista formale, le operazioni economiche che s’intendono porre in essere.

Le pratiche maggiormente adottate nell’ambito del *“rule shopping”* investono le disposizioni convenzionali sul regime dei dividendi, in relazione ai quali il modello OCSE prevede la tassazione anche nello Stato della fonte, attraverso l’applicazione di una ritenuta che può variare dal 5 al 15%.

Il contribuente, per evitare tale ritenuta, potrebbe far ricadere la propria fattispecie produttiva di reddito nell’ambito di un’altra disposizione convenzionale, come nel caso del cosiddetto *“dividend stripping”*, che si sostanzia nella ricerca dell’applicazione convenzionale della clausola sui *capital gain*, in base alla quale vi è tassazione solo nello Stato di residenza di chi lo realizza; in tale ipotesi, l’obiettivo consiste nel percepire il valore del dividendo attraverso l’alienazione della partecipazione azionaria in un momento in cui il dividendo è già certo, ma non ancora distribuito, trasformando, in tal modo, il dividendo in plusvalenza.

Il fenomeno del *“dividend stripping”* può rilevare anche come forma di *“treaty shopping”*, nella misura in cui l’alienazione delle partecipazioni (eventualmente con clausola di retrocessione per il riacquisto delle stesse, dopo la distribuzione del dividendo) avviene nei confronti di una società residente in uno Stato che può beneficiare di un migliore trattamento, convenzionale o anche interno, relativamente ai dividendi percepiti.

Va infine osservato come, di recente, sia dato assistere al ricorso sempre più diffuso alla particolare figura giuridica del *trust*, che può anche essere strumentale, soprattutto ove la sua concreta regolamentazione coinvolga soggetti e patrimoni localizzati in diversi Paesi, all’attuazione di fenomeni evasivi o elusivi.

Detto complesso istituto, di derivazione anglosassone, permette ad un soggetto (disponente) di trasferire la titolarità di situazioni giuridiche soggettive ad un altro soggetto (*trustee*), affinché lo gestisca nell’interesse proprio o di terzi soggetti (beneficiari); le situazioni giuridiche oggetto di conferimento non sono di proprietà né del disponente, né del trustee, né dei beneficiari, ma appartengono allo stesso trust, dando origine ad un effetto di cosiddetta *“segregazione”* patrimoniale.

L'art. 1, commi dal 74 al 76, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha emendato l'art. 73 del TUIR, stabilendo che i trust, in genere, sono soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società.

Più in dettaglio, distinguendo a seconda della tipologia di attività esercitata e della residenza fiscale, il *trust* è assimilato:

- a mente dell'art. 73, comma 1, lett. b), del TUIR, agli enti commerciali residenti, se ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- ai sensi dello stesso art. 73, comma 1, lett. c), del TUIR, agli enti non commerciali residenti, se non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- agli enti non residenti, se ha la residenza fiscale all'estero; in tal caso la tassazione sarà limitata ai soli redditi prodotti sul territorio nazionale.

Occorre peraltro precisare che, in base a quanto chiarito dall'Agenzia delle Entrate con le risoluzioni n. 48/E del 6 agosto 2007 e n. 81/E del 7 marzo 2008, la tassazione del *trust* come autonomo soggetto passivo d'imposta, ricorre solo in caso di *trust* "opaco", in cui i relativi beneficiari non sono esattamente individuati, mentre nel caso di *trust* "trasparente", nel quale i beneficiari sono esattamente individuati, nell'atto costitutivo o in documenti successivi, quali effettivi titolari del diritto alla percezione dei redditi prodotti dalla gestione del *trust*, la tassazione avviene direttamente in capo a questi ultimi.

Per contrastare le manovre evasive connesse alla particolare struttura del *trust*, la legislazione nazionale ha introdotto uno specifico meccanismo presuntivo di attrazione della residenza fiscale in Italia, meglio illustrato al Capitolo 6, paragrafo 2, della presente Parte VI.

3. Politiche di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale internazionale.

a. Profili generali.

Le reazioni alle pratiche evasive ed elusive internazionali, sono riconducibili, in sostanza, agli stessi schemi adottati per evitare la doppia imposizione internazionale, vale a dire a misure concordate in ambito internazionale, sia nel quadro di Organismi sovranazionali, sia fra due o più Stati, ovvero a misure unilateralmente adottate da ciascun Paese al proprio interno.

Attualmente è tuttavia possibile che il contribuente proceda ad una regolamentazione preventiva con l'Amministrazione finanziaria di quelle situazioni che potrebbero tradursi, almeno potenzialmente, in fattispecie evasive o elusive, allo scopo di individuarne l'assetto concreto che possa al meglio conciliare le esigenze erariali dello Stato che può avanzare la pretesa impositiva e quelle, di ottimale allocazione delle risorse produttive e degli strumenti di finanziamento, proprie delle imprese.

b. Le politiche di contrasto a livello internazionale.

Sul piano internazionale, si registra una sempre maggiore attenzione rispetto al fenomeno dell'evasione e dell'elusione fiscale internazionale.

In questo contesto, un ruolo significativo è svolto dall'OCSE nell'individuazione di misure concordate, finalizzate a risolvere più ampie problematiche di carattere internazionale, ivi comprese quelle connesse alla necessità di contrastare il ricorso a pratiche fraudolente in danno delle finanze degli Stati aderenti.

A testimonianza di ciò, vi è l'espressa affermazione secondo la quale le convenzioni contro le doppie imposizioni, oltre a favorire, attraverso l'eliminazione della doppia imposizione internazionale, lo scambio di beni e servizi e la circolazione dei capitali e delle persone, hanno lo scopo di prevenire l'elusione e l'evasione fiscale.

Più specificamente, il problema dell'elusione o dell'evasione fiscale internazionale è affrontato nei trattati che si ispirano al modello OCSE, attraverso due sistemi.

Il primo riguarda la previsione di specifiche *clausole anti-abuso*, che sono disposizioni convenzionali volte a limitare l'utilizzo dei benefici concessi dalla Convenzione stessa, ottenuti attraverso comportamenti evasivi, elusivi, fraudolenti o che si concretizzano in forme di abuso del diritto.

Fra queste, la prima clausola in ordine "storico" è rappresentata dalla *clausola del beneficiario effettivo*, in base alla quale, secondo le indicazioni del modello OCSE, un soggetto può fruire dei vantaggi convenzionali – quali, in particolare, la riduzione delle aliquote della ritenuta alla fonte – a condizione che egli sia il reale beneficiario del flusso di reddito che proviene da un altro Stato e che non eserciti la propria attività in detto altro Stato attraverso una stabile organizzazione; più di recente, si è affermata la cosiddetta *clausola di trasparenza*, in virtù della quale è consentito non accordare il beneficio previsto dalla convenzione a una società il cui capitale non appartiene direttamente o indirettamente ai residenti dello Stato in cui essa stessa è residente.

Un'ulteriore clausola antiabuso di carattere generale atta ad individuare quali sono i soggetti cui spetta l'applicazione delle Convenzioni, è denominata *Limitation on benefit clause* (o *LOB clause*).

A differenza delle clausole dianzi descritte, che mirano a colpire il *treaty shopping* nelle sue forme più diffuse, l'obiettivo dell'introduzione della clausola *LOB* è prevenire l'accesso ai benefici convenzionali da parte di tutti quei soggetti che non sono residenti qualificati in nessuno degli Stati contraenti e che, a tale scopo, utilizzano entità nominalmente residenti ai fini della Convenzione; in altre parole, le società che intendono beneficiare del miglior trattamento fiscale previsto da un Trattato che contiene una disposizione di questo genere, devono dimostrare la sussistenza di un collegamento economico effettivo con lo Stato in cui risultano essere residenti.

Il secondo sistema di contrasto agli abusi, contemplato dai Trattati, si riferisce alle disposizioni convenzionali che disciplinano lo scambio di informazioni fra le Amministrazioni degli Stati contraenti, finalizzate a predisporre una serie di strumenti preordinati ad agevolare l'acquisizione di prove di fenomeni evasivi perpetrati attraverso operazioni internazionali.

A proposito delle clausole anti-abuso, deve essere evidenziato che una certa finalità anti-elusiva può essere attribuita anche a certe definizioni contenute nello schema OCSE, quali, ad esempio, quelle dettate in tema di stabile organizzazione.

Interessante è notare l'atteggiamento assunto sul punto dall'Italia; infatti, mentre gli altri Paesi aderenti all'OCSE tendono ad attribuire agli esempi contenuti nel modello una valenza solo esemplificativa, ritenendo che sia onere dell'Amministrazione dimostrare che vi sia una sede fissa d'affari, il nostro Paese, nella circolare ministeriale 30 aprile 1977, n. 7, dimostra di considerare a priori stabile organizzazione le suddette ipotesi, demandando al contribuente l'onere di dimostrare che l'esistenza di una delle fattispecie contemplate dallo schema stesso, non sia idonea, nel concreto, a configurare una stabile organizzazione.

Ne discende una tendenza del nostro ordinamento ad attribuire una valenza particolarmente "pregnante" alle definizioni Convenzionali.

Una particolare forma di collaborazione fra diversi Organi nazionali a contrasto di pratiche internazionali di carattere evasivo o elusivo, infine, è quella delle già menzionate "*verifiche simultanee*", attraverso le quali gli le Amministrazioni fiscali dei Paesi contraenti possono avviare, contemporaneamente ed in modo coordinato, azioni di accertamento nei confronti dello stesso contribuente all'interno dei rispettivi territori nazionali.

c. Le politiche di contrasto a livello interno.

Il legislatore nazionale, per contrastare le pratiche evasive ed elusive di carattere internazionale ha adottato specifiche misure, tutte essenzialmente riconducibili a fattispecie normative di carattere presuntivo, volte, alternativamente, a:

- riportare sul territorio nazionale la residenza fiscale di un contribuente che solo apparentemente sia localizzato, operi, gestisca i propri affari ed assuma decisioni imprenditoriali in territorio estero;
- attrarre in Italia un certo presupposto impositivo, allorché tale materia imponibile sia stata formalmente generata in determinati Paesi o territori, a meno che non venga fornita la prova (attraverso procedure regolamentate nel dettaglio) che in detti Paesi venga effettivamente realizzato un sostanziale interesse economico;
- disconoscere, nella determinazione dei redditi d'impresa, componenti negativi realizzati in occasione di operazioni poste in essere con entità ubicate in specifici Paesi o territori, ferma restando la possibilità per il contribuente nazionale di provare il carattere non elusivo del suo comportamento;
- ricondurre ad un valore predeterminato (il cd. "valore normale") il corrispettivo di operazioni intercorse fra società residenti e non residenti legate da rapporti di controllo.

All'esame dettagliato di tali fattispecie, delle tecniche elusive ed evasive cui si applicano e, infine, delle relative modalità procedurali, sono dedicati distinti Capitoli della presente Parte VI, ai quali si formula rinvio.

Si ricorda che le pratiche elusive di carattere internazionale possono, ricorrendone i presupposti, rientrare nel campo applicativo di quella che, allo stato attuale, rappresenta la clausola antielusiva di portata più generale esistente nel nostro ordinamento, vale a dire quella di cui all'art. 37 bis del D.P.R. n. 600/73, di cui si è detto nel Capitolo 10 della Parte IV della presente circolare; in particolare, la norma in argomento può trovare applicazione relativamente alle operazioni straordinarie ed assimilate poste in essere a livello internazionale (trasformazioni, scissioni, fusioni, liquidazioni volontarie, conferimenti in società, ecc.).

Inoltre, occorre considerare che evasioni o aggiramenti rispetto agli obblighi fiscali possono essere posti in essere, anche sul piano internazionale, mediante la fittizia e solo formale intestazione di atti, disponibilità patrimoniali, attività o rapporti giuridici ad un soggetto diverso da quello che ne è l'effettivo titolare, in quanto beneficiario dei relativi effetti economici, secondo il fenomeno che va sotto il nome di "interposizione fittizia".

Per contrastare tali eventualità, si potrà far ricorso alla disciplina contenuta nell'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/73, diffusamente trattata nel citato Capitolo 10 della Parte IV della presente istruzione.

d. Il *ruling* internazionale.

L'art. 8 del D.L. n. 269/2003, convertito con modificazioni dalla L. n. 326/2003, prevede che:

- le imprese con attività internazionale hanno accesso ad una procedura di "*ruling*" (termine con cui si indica la possibilità di interpellare l'Amministrazione finanziaria, anche se, nel caso in esame, più che di interpello si tratta di un "accordo") di standard internazionale, con principale (ma non esclusivo) riferimento al regime dei prezzi di trasferimento, degli interessi, dei dividendi e delle *royalties*;
- la richiesta di *ruling* è presentata al competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate, di Milano o di Roma, secondo quanto stabilito con il provvedimento del Direttore della medesima Agenzia del 23 luglio 2004;
- la procedura si conclude con la stipula di un accordo, fra il competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate e il contribuente ed assume carattere vincolante per il periodo d'imposta nel corso del quale l'accordo è stipulato e per i due periodi d'imposta successivi, salvo che intervengano mutamenti nelle circostanze di fatto o di diritto rilevanti al fine delle predette metodologie e risultanti dall'accordo sottoscritto dai contribuenti;

- in base alla normativa comunitaria, l'Amministrazione finanziaria invia copia dell'accordo all'Autorità fiscale competente degli Stati di residenza o di stabilimento delle imprese con i quali i contribuenti pongono in essere le relative operazioni;
- per i periodi d'imposta di operatività dell'accordo, l'Amministrazione finanziaria esercita i propri poteri di controllo e verifica soltanto in relazione a questioni diverse da quelle oggetto dell'accordo stesso.

Le concrete modalità di attuazione della norma sono regolamentate dal suddetto provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, nel quale viene fornita una definizione della nozione di "impresa con attività internazionale" e sono individuate le operazioni ammesse alla particolare procedura.

4. Indicazioni operative.

Quanto alle modalità operative attraverso le quali sviluppare l'attività ispettiva a contrasto dei principali fenomeni di evasione ed elusione internazionale, si rinvia a quanto verrà più diffusamente esposto nei successivi Capitoli con riferimento a ciascuno di essi.

In questa sede, si reputa tuttavia opportuno richiamare l'attenzione sulla circostanza che, in linea generale, i più complessi tra detti fenomeni, pur assumendo, a volte, forme molto articolate, si basano fondamentalmente sull'uso strumentale di entità di gruppo artatamente collocate in determinate aree che consentono di minimizzare il carico impositivo complessivo.

In tale contesto, si ricorda che, al di là di determinati Stati o territori tradizionalmente conosciuti per l'adozione di un regime impositivo basso o nullo e per l'impermeabilità all'accesso allo scambio d'informazioni, altri ordinamenti tributari, anche di Paesi sviluppati, prevedono regimi fiscali speciali:

- per determinate strutture societarie – quali, ad esempio, le *holding*, i centri di coordinamento, i centri servizi – o per specifici componenti reddituali (*capital gain*, costi per ricerca e sviluppo, ecc.);
- a seguito di *ruling* con le locali amministrazioni fiscali, con cui è possibile concordare un livello di tassazione più lieve di quello generalmente applicato;
- in forza di peculiari condizioni pattuite con altri Stati e trasfuse nell'ambito di Trattati internazionali.

Tali incentivi, peraltro, non sempre assumono direttamente l'aspetto di un'agevolazione fiscale, potendosi anche concretizzare in contributi diretti agli investimenti o in altre agevolazioni assimilabili.

Fin dalle fasi di programmazione e preparazione dell'attività di verifica, pertanto, dovranno essere attentamente analizzate:

- la struttura del gruppo al quale l'impresa italiana appartiene, allo scopo di individuare l'eventuale esistenza di imprese che beneficino di un trattamento fiscale di fatto agevolato, per la loro potenziale esposizione ai fenomeni in argomento;
- la tipologia di rapporti che intercorrono, anche indirettamente, tra queste ultime entità e quella nazionale.

Di massima, la circostanza che un'entità italiana appartenente ad un gruppo multinazionale presenti, sistematicamente, una posizione reddituale poco florida o addirittura deficitaria, a fronte di una situazione di segno opposto in capo alle altre consociate – soprattutto con riferimento a quelle strutture poste al vertice o ad un livello intermedio della catena societaria – costituirà un segnale meritevole di approfondimento.

Ciò detto, in prima battuta, le principali aree di intervento da considerare fin dalle fasi antecedenti l'avvio delle attività ispettive e da valutare anche in sede di controllo, saranno le seguenti:

- deduzione di componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in Stati o territori non appartenenti all'Unione Europea aventi regimi fiscali privilegiati, ai sensi dell'art. 110, commi 10 e 11, del TUIR; tali componenti negativi sono rilevabili attraverso la consultazione degli appositi righi del modello dichiarativo, quali i righi RF 33 e 55 del Modello Unico per società di capitali, 30 e 43, per quello delle società di persone, 24 e 39 per quello relativo alle persone fisiche;
- presenza di partecipazioni di controllo e/o collegamento in imprese, società ed altri enti residenti ovvero localizzati in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, secondo quanto previsto dagli artt. 167 e 168 del TUIR; l'individuazione di tali partecipazioni, è possibile attraverso l'esame della nota integrativa al bilancio d'esercizio, verificando, in caso positivo, l'eventuale indicazione dei redditi prodotti da dette entità nel quadro FC dei singoli Modelli Unici;
- realizzazione di transazioni infragruppo con soggetti controllati e/o collegati non residenti, soggette alla disciplina in materia di *transfer pricing*, di cui all'art. 110, comma 7, del TUIR.

In tali casi, la presenza di rapporti con consociate estere sarà dedotta dall'esame della sezione RF2 del modello dichiarativo e della nota integrativa al bilancio d'esercizio.

Particolare attenzione dovrà essere posta:

- . ove dovesse evincersi che l'entità italiana operi in qualità di intermediario di un soggetto estero, per la potenziale esposizione di tale pratica a fenomeni di stabile organizzazione occulta, come verrà meglio chiarito nel successivo Capitolo 7;
- . all'analisi delle condizioni contrattuali alla base dei rapporti con consociate e della reale natura delle relazioni commerciali, allo scopo di accertare l'eventuale sussistenza di ipotesi di trasformazione di specifiche componenti reddituali in altre tipologie di reddito che possano configurare fenomeni di *rule shopping*;
- cessione, da parte di soggetti fiscalmente residenti in Italia, in favore di un'entità estera che gode di una lieve tassazione, di beni immateriali ad alta redditività (marchi, brevetti, *know how*, ecc.); operazioni della specie, da individuare mediante l'analisi della relazione sulla gestione, potrebbero infatti essere state realizzate al solo fine di canalizzare all'estero i consistenti flussi reddituali precedentemente assoggettati ad imposizione in Italia, attraverso apposite strutture dotate di regolare veste formale, ma, di fatto, inoperative.

In definitiva, la società estera potrebbe rivelarsi semplicemente una "cassaforte" costituita ad *hoc*, ossia uno strumento per attuare una vera e propria pianificazione fiscale internazionale finalizzata all'illecito risparmio d'imposta, nonché uno schermo attraverso il quale dissimulare la reale titolarità dei redditi attraverso una catena societaria, non necessariamente complessa; sul punto si ricorda che, a partire dall'anno d'imposta 2006, deve essere verificata la ricorrenza della presunzione prevista dai commi 5 bis e 5 ter all'art. 73 del TUIR (introdotti dall'art. 35, comma 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella Legge 4 agosto 2006, n. 248).

Tale ipotesi potrebbe peraltro nascondere fenomeni di esterovestizione, da provare attraverso il rinvenimento di documentazione attestante:

- . l'ubicazione in Italia del luogo dal quale provengono gli impulsi volitivi inerenti le attività della società, con particolare riferimento a:
 - .. documentazione che possa evidenziare, con riguardo alla sede ufficiale, che la stessa non costituisca il reale centro decisionale/amministrativo, bensì una mera localizzazione/domiciliazione di carattere formale;
 - .. corrispondenza dalla quale si possa evincere una gestione subordinata a direttive e disposizioni provenienti dall'Italia, a discapito dell'autonomia di determinazione della stessa;
- . lo svolgimento dell'attività principale della società estera in Italia; a tal fine, si renderà necessaria l'analisi:

- .. della consistenza patrimoniale della società estera, per poter valutare se i beni facenti parte del suo patrimonio siano situati in gran parte in Italia, o meno;
 - .. della composizione degli elementi reddituali riguardanti l'ordinaria gestione sociale, per rilevare quale consistenza abbiano le operazioni compiute in Italia o aventi ad oggetto beni o servizi collegati col nostro Paese, rispetto al complesso delle operazioni poste in essere dalla società;
- presenza di crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero esposti negli appositi quadri del modello dichiarativo; in tal caso, l'indagine potrà essere approfondita allo scopo di verificare la sussistenza di eventuali fenomeni di *treaty* o *rule shopping*.

I quadri del modello di dichiarazione da esaminare, sono il quadro CE del Modello Unico per società di capitali e persone fisiche e il quadro RU del Modello Unico per società di persone; si ricorda che alcune Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni contengono clausole particolari secondo le quali, se lo Stato estero ha esentato da imposta, in tutto o in parte, un determinato reddito prodotto nel proprio territorio, il soggetto residente in Italia ha comunque diritto a chiedere il credito per l'imposta estera come se questa fosse stata effettivamente pagata (imposte figurative).

Per tutte le richiamate fattispecie d'interesse operativo, giova sottolineare come la corrispondenza intrattenuta con le società estere, sotto qualsiasi forma (anche elettronica), possa costituire spunto di riflessione per eventuali approfondimenti.

CAPITOLO 3

IL *TRANSFER PRICING*

1. Generalità.

Con l'espressione *transfer pricing*, nell'accezione che qui interessa, si identifica la pratica, adottata all'interno di un gruppo di imprese, attraverso la quale si realizza un trasferimento di quote di reddito tra consociate, mediante l'effettuazione di cessioni di beni o prestazioni di servizi ad un valore diverso da quello che sarebbe stato pattuito tra entità indipendenti.

Invero, in un'accezione più ampia, il *transfer pricing* può essere diretto anche a sviluppare politiche di gruppo per fini di carattere strettamente economico: si pensi al caso in cui un trasferimento di beni a valori più bassi rispetto a quelli normalmente applicati avvenga al solo scopo di consentire al cessionario/consociato di conquistare fette di mercato, attraverso la successiva vendita di prodotti a prezzi altamente competitivi.

Nondimeno, la pratica è spesso volta ad ottenere un risparmio fiscale e trova il suo naturale presupposto nella circostanza che l'impresa del gruppo destinataria di maggiori utili beneficia di un trattamento tributario più favorevole rispetto a quella originariamente titolare del reddito medesimo.

Ciò può verificarsi, ad esempio, perché il soggetto economico verso il quale viene indirizzato il reddito è localizzato in un'area nella quale vige un regime fiscale meno oneroso – il che può accadere con riferimento a determinati Stati esteri o, anche all'interno del territorio dello stesso Paese, nel caso in cui specifiche zone geografiche beneficino di sgravi tributari – o per altre ragioni di natura contingente, come nell'ipotesi in cui l'entità percettrice dei maggiori utili possa procedere ad una loro compensazione attraverso perdite fiscali pregresse, annullando, di fatto, il carico impositivo a livello di gruppo.

Resta, naturalmente, fermo il fatto che le transazioni di cui trattasi devono essere effettivamente avvenute, posto che, in caso contrario, non si verterebbe in un'ipotesi di trasferimento dei prezzi, ma, piuttosto, di operazioni inesistenti, con i conseguenti risvolti.

Per contrastare la pratica in esame, il nostro ordinamento, al pari di quelli degli altri Stati ad economia avanzata, si è dotato di strumenti normativi volti a stabilire il valore al quale dovrebbero correttamente avvenire le transazioni ed a disconoscere gli effetti fiscali delle operazioni tra consociate, per la parte che genera indebiti trasferimenti di utili all'interno dei gruppi.

A questo proposito, in estrema sintesi, il legislatore nazionale ha stabilito, al comma 7, dell'art. 110 del TUIR, che, ai fini della determinazione del reddito di un'impresa fiscalmente residente in Italia, i componenti reddituali delle operazioni intercorse con società del medesimo gruppo fiscalmente residenti all'estero debbano essere valutati in base al cosiddetto "valore normale" dei beni o servizi che ne costituiscono l'oggetto, come definito all'art. 9 dello stesso TUIR.

Sempre sul tema dei rapporti con consociate estere, occorre ricordare che, come più dettagliatamente esposto nei successivi Capitoli 4 e 5, il nostro ordinamento contempla da tempo ulteriori ed ancor più drastiche misure in relazione:

- alle operazioni intercorse con soggetti localizzati nei cc.dd. paradisi fiscali, per i quali è prevista la totale indeducibilità dei relativi costi in capo al soggetto economico fiscalmente residente in Italia;
- agli utili delle controllate o collegate estere ubicate in Paesi a fiscalità privilegiata, per i quali è disposta la tassazione "per trasparenza".

Il contenuto dell'art. 110, comma 7, del TUIR assume valore di presunzione assoluta.

In altri termini, ogniqualvolta i verificatori accertano la sussistenza dei requisiti per l'applicabilità del citato art. 110, devono procedere automaticamente alla valorizzazione, ai fini fiscali, del prezzo pattuito tra le parti al "valore normale" dei beni e delle prestazioni oggetto delle

transazioni, qualora ne derivi un aumento del reddito imponibile, senza alcuna possibilità per il contribuente sottoposto a verifica di poter provare l'infondatezza delle rettifiche operate, salva la facoltà di contestare la correttezza del procedimento a tal fine adottato.

Più in dettaglio la disposizione recita testualmente che “i componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione di accordi conclusi con le autorità dei competenti Stati esteri a seguito delle speciali “procedure amichevoli” previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti”.

Sul tema in argomento, l'Amministrazione finanziaria ha emanato le circolari n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980 e n. 12/1587 del 12 dicembre 1981, concernenti i metodi di determinazione del valore normale, nonché la circolare n. 53/E del 26 settembre 1999, nella quale è stato preso in considerazione il cd. “*transfer pricing* interno”.

Sul piano internazionale, assumono rilievo il Rapporto OCSE del 1995, “Direttiva sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le Amministrazioni fiscali”, che ha integralmente sostituito quello del 1979, che aveva ispirato le due circolari appena richiamate, e gli artt. 9 e 25 del modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni, che disciplinano, rispettivamente, il fenomeno in parola e le cc.dd. “procedure amichevoli”.

In generale, si può affermare che le operazioni in tal senso considerate dal legislatore italiano sono esclusivamente quelle che riguardano i soggetti esteri richiamati nell'art. 110, comma 7, del TUIR.

Sul piano oggettivo, la disciplina si applica a tutte le transazioni che presentano una rilevanza reddituale e, quindi, a titolo meramente esemplificativo, alle operazioni (quali cessioni e locazioni anche finanziarie) che hanno per oggetto beni materiali (beni - merce o beni strumentali) o beni immateriali (quali brevetti, marchi, *know how*, ecc.), alle operazioni di finanziamento ed alle prestazioni di servizi infragruppo (ad esempio per ricerca e sviluppo, servizi di tesoreria, *marketing*, pubblicità e così via).

In ordine ai presupposti soggettivi della disciplina in rassegna, nella nozione di “società non residente” devono farsi rientrare anche forme giuridiche non espressamente previste nel nostro sistema, ma riconosciute come società nello Stato estero.

Relativamente, poi, al concetto di “impresa residente”, sottoposta al regime fiscale in parola, deve essere considerato tale chiunque eserciti professionalmente, in forma individuale o collettiva, un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

Pertanto, la disciplina sul *transfer pricing* sarà applicabile anche ai rapporti tra le stabili organizzazioni in Italia di enti non residenti e le stesse società straniere di cui le prime fanno parte, come verrà peraltro chiarito nel successivo Capitolo 7 della presente Parte VI.

Quanto al rapporto di “controllo” che deve intercorrere tra i due soggetti economici – nazionale ed estero – va tenuto conto, ai fini dell'applicazione della disciplina, che la citata norma del TUIR non richiama l'art. 2359 c.c.; di conseguenza, come del resto evidenziato nella citata circolare n. 32/9/2267/1980, il concetto di controllo a questi fini non va inteso in senso restrittivo, ma abbraccia tutte le ipotesi in cui tra le due entità vi sia un legame, di natura formale o fattuale, da cui derivi il rischio che le transazioni poste in essere tra di esse non vengano valorizzate a prezzi di mercato.

In proposito, la stessa circolare contiene un'interessante esemplificazione casistica, nel cui ambito vale la pena di ricordare, in particolare, l'impossibilità di funzionamento per un'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa (fattispecie comprensiva della *joint venture*), la presenza nelle due imprese di membri comuni del consiglio di amministrazione, la concessione da parte di un'impresa all'altra di ingenti finanziamenti, la partecipazione da parte delle due imprese a centrali comuni di approvvigionamento o vendita e, "in generale, tutte le ipotesi in cui un'impresa esercita potenzialmente un'influenza dominante sulle decisioni imprenditoriali dell'altra".

Il fulcro della disciplina, ad ogni modo, resta la determinazione del "valore normale", quale definito all'art. 9 del TUIR, secondo cui esso rappresenta "il prezzo o il corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi"; sempre secondo la norma, inoltre, occorre a tal fine fare riferimento "in quanto possibile, ai listini e alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto anche degli sconti d'uso".

Lo stesso art. 9 del TUIR prevede autonome e specifiche regole per azioni, obbligazioni e quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalla società.

2. I metodi di determinazione del valore normale.

a. Osservazioni preliminari.

Passando a considerare i singoli criteri di determinazione del valore normale, è utile precisare, preliminarmente, che ai fini in parola già il rapporto OCSE del 1979 aveva indicato alcuni metodi, poi recepiti dall'Amministrazione fiscale con la citata circolare n. 32/9/2267 del 1980.

Sul piano generale, va ricordato che il documento OCSE afferma, a questo proposito, che l'individuazione del prezzo di libera concorrenza non possa prescindere da alcune variabili, quali, in particolare:

- le caratteristiche dei prodotti e dei servizi oggetto dell'operazione;
- le funzioni svolte dalle singole imprese considerate ed i rischi rispettivamente assunti;
- l'entità di capitale o patrimonio che è necessario investire per la produzione dei beni o servizi oggetto dell'operazione;
- le condizioni commerciali praticate, di natura sia economica sia finanziaria;
- le politiche commerciali adottate.

Ciò detto, i metodi individuati sono quelli cc.dd. "principali" – del "confronto di prezzo", del "prezzo di rivendita" e del "costo maggiorato", oltre a taluni "metodi alternativi".

Sul punto, appare opportuno sin d'ora precisare che, tra i metodi principali, quello del "confronto del prezzo" è da considerarsi preferenziale rispetto agli altri, mentre i restanti due si pongono – di massima – in posizione di alternatività tra di loro, come verrà meglio illustrato di seguito.

b. Metodo del confronto del prezzo.

Il metodo del confronto del prezzo si basa, in sostanza, nella comparazione del prezzo "in verifica" con quello praticato per transazioni comparabili.

Questo confronto può essere sia "esterno", se riguarda il prezzo di una transazione comparabile posta in essere tra imprese indipendenti, sia "interno", se relativo ad un'operazione tra l'impresa sottoposta a verifica ed un'impresa "terza", cioè esterna al gruppo di riferimento.

A ben vedere, proprio il confronto interno appare essere quello capace di condurre ai risultati più attendibili, anche perché, almeno potenzialmente, idoneo a consentire un raffronto con transazioni del tutto simili.

Nell'applicazione del metodo e, più in particolare, nell'individuazione delle transazioni comparabili, la circolare del 1980 precisa che occorre primariamente tener conto del "mercato rilevante", cioè del mercato del destinatario dei beni oggetto della transazione, della qualità del bene o servizio oggetto della transazione medesima e di altri fattori, quali il trasporto, l'imballaggio, la pubblicità, la commercializzazione, la garanzia, i tassi di cambio, le condizioni generali di vendita, il tempo della vendita, l'eventuale esistenza di diritti immateriali abbinati alla vendita, di vendite promozionali e di sconti sulla quantità.

In assenza delle condizioni per poter applicare il più efficace metodo del "confronto del prezzo", è prevista la possibilità di fare ricorso, tendenzialmente in via alternativa, ai due citati metodi del "prezzo di rivendita" e del "costo maggiorato".

c. Metodo del prezzo di rivendita.

Il metodo del prezzo di rivendita si basa sul prezzo al quale il bene o il servizio acquistato da un'impresa appartenente ad un gruppo viene rivenduto ad un'impresa indipendente.

Si presuppone, quindi, l'esistenza di due transazioni collegate, la prima tra due imprese consociate e la seconda tra la cessionaria del gruppo ed un'impresa terza.

L'elemento di partenza è quello noto del prezzo di rivendita del prodotto all'impresa esterna al gruppo, cioè il corrispettivo della seconda operazione.

Questo importo viene, poi, diminuito delle spese di distribuzione e di un ammontare pari al "profitto normale" per l'impresa cedente, da individuare tenendo presente anche la funzione ricoperta all'interno del gruppo ed il rischio insito nello specifico settore; in tal modo, si ottiene il valore da confrontare con il prezzo praticato per la prima transazione, cioè per quella tra le due società del gruppo (e, quindi, per la transazione in verifica).

In questo caso, l'aspetto maggiormente problematico dal punto di vista operativo è costituito dalla corretta individuazione del margine di utile da attribuire all'impresa che effettua la rivendita del bene.

A tal fine, possono essere presi in considerazione o il margine ricavato in cessioni a terzi indipendenti di beni simili precedentemente acquistati da imprese del pari indipendenti o, in alternativa, attraverso mirati controlli di coerenza esterna, il margine ricavato da terzi indipendenti nella rivendita comparabile di beni simili (cioè in una transazione del tutto estranea ai soggetti considerati, ma relativa al medesimo settore di *business*).

d. Metodo del costo maggiorato.

Attraverso il metodo del *cost plus*, il valore normale della transazione in verifica si ottiene aggiungendo al costo di produzione del bene un margine di utile lordo.

Detto margine può essere determinato dall'esame di quanto ricavato dalla medesima impresa in vendite a terzi di prodotti simili sul medesimo mercato (confronto *interno*), ovvero, in assenza di tali condizioni, con quello realizzato da terzi indipendenti in vendite simili (confronto *esterno*); il tutto, naturalmente, a condizione che vengano svolte uguali funzioni rispetto a quelle esercitate dal rivenditore nella transazione in verifica.

Nella quantificazione del costo di produzione, da considerare come base di partenza, devono essere ricompresi sia gli oneri diretti (materie prime, manodopera, ecc.), che quelli indiretti (spese industriali, spese generali, ricerca e sviluppo, oneri finanziari, spese commerciali, spese direzionali, ecc.).

e. Metodi alternativi.

In aggiunta ai tre metodi principali di cui si è finora detto, sono previsti alcuni criteri alternativi, cui è possibile fare ricorso solo nel caso in cui non sia possibile determinare il valore normale della transazione in verifica attraverso i criteri tradizionali (perché non sia

possibile individuare, in assoluto, una transazione comparabile o perché sia concretamente improponibile un confronto attendibile tra l'operazione in verifica e quella presa come "campione").

Nell'ipotesi in cui risulti invece possibile adottare uno dei criteri principali, i cosiddetti "quarti metodi" sono comunque da considerare sussidiari rispetto ai primi tre – come espressamente precisato anche nel Rapporto OCSE del 1995, che pure ne ha approfondito portata e contenuti – ad ulteriore supporto delle conclusioni cui si è giunti a seguito dell'applicazione di questi ultimi.

Il primo criterio della specie è il metodo *della ripartizione dei profitti globali* (c.d. *profit split method*), che individua il prezzo di trasferimento da applicare in base alla ripartizione degli utili complessivi del gruppo del quale fanno parte le imprese considerate.

Come appare evidente, questo metodo è realisticamente percorribile soprattutto nel caso in cui la controllante sia fiscalmente residente in Italia e possa, quindi, documentare adeguatamente le procedure interne adottate ai fini dell'allocazione dell'utile di gruppo fra le varie imprese controllate in funzione della loro partecipazione al ciclo complessivo.

Il secondo metodo della specie è quello *della comparazione dei profitti* (c.d. *comparable profit method*), che presuppone la determinazione del profitto lordo di ciascuna impresa in relazione alla percentuale del fatturato delle vendite o ai costi di esercizio rispettivamente sostenuti rispetto al totale.

Infine, va ricordato il metodo della comparazione della redditività del capitale investito o *dei margini netti delle transazioni* (c.d. *transactional net margin method*), secondo cui il profitto dell'impresa si calcola percentualmente in relazione al capitale investito, a prescindere dai costi di produzione o di vendita.

3. La scelta del metodo da utilizzare.

Indicazioni circa il metodo da adottare nel caso concreto sono contenute nella circolare n. 42 del 12 dicembre 1981, nella quale si legge che "atteso che l'applicazione del prezzo di libera concorrenza comporta l'adozione in via preferenziale del metodo di confronto del prezzo (...), nell'eventualità di una scelta alternativa tra gli altri due metodi-base (del prezzo di rivendita e del costo maggiorato) né l'Amministrazione né il contribuente devono ritenersi vincolati alla osservanza di un rigido iter cronologico obbligatorio in quanto l'idoneità e l'adeguatezza di un metodo piuttosto che di un altro non possono essere valutati che in relazione al singolo caso".

Di massima, il metodo del prezzo di rivendita sarà ritenuto preferibile nel caso in cui l'impresa sottoposta a verifica sia inserita nel ciclo distributivo dei prodotti fabbricati dalle imprese del gruppo, mentre il criterio del costo maggiorato sarà ritenuto più corretto allorquando l'impresa non si limiti alla rivendita del bene, ma lo sottoponga a lavorazione o trattamento tali da apportare apprezzabili modifiche strutturali e/o qualitative.

In estrema sintesi, il metodo del prezzo di rivendita è proficuamente utilizzabile nelle ipotesi in cui il rivenditore non aggiunge valore sostanziale al prodotto, limitandosi alla mera commercializzazione ed il tempo che intercorre tra l'acquisto e la rivendita è particolarmente ridotto, tale da poter trascurare fattori dinamici, quali, ad esempio, il tasso di cambio e le variazioni di mercato.

L'utilizzo di questo metodo presenta il vantaggio, rispetto al criterio del "confronto di prezzo", di essere maggiormente svincolato dalle differenze del prodotto, che difficilmente influenzano i margini di profitto in modo sostanziale; normalmente, infatti, il margine lordo dipende in misura rilevante dalle funzioni svolte dal rivenditore, in quanto più numerose e complesse sono le funzioni svolte, più elevato sarà il margine del prezzo di rivendita.

Al contrario, in presenza di transazioni concernenti beni che devono essere lavorati o incorporati in altri ovvero qualora il rivenditore impieghi beni ad elevato contenuto tecnologico, utilizzando *know-how* proprio, il metodo in questione potrebbe portare ad una sottovalutazione dell'utile di competenza del rivenditore associato.

4. La determinazione del valore normale per i beni immateriali e le prestazioni di servizi.

Problemi di *transfer pricing* possono presentarsi anche per quanto riguarda le cessioni di beni immateriali e le prestazioni di servizi.

La circolare n. 32 del 1980, relativamente all'utilizzazione dei beni immateriali, suggerisce, in estrema sintesi, di:

- verificare se il diritto ceduto sia stato oggetto di precedenti trasferimenti fra imprese indipendenti, per procedere con il metodo del confronto del prezzo;
- applicare il metodo del prezzo di rivendita, quando l'impresa controllata italiana licenziataria del brevetto, marchio, ecc., costituisca un diritto di sub-licenza a favore di una impresa indipendente verso corrispettivo;
- tenere comunque presente che il prezzo di cessione dei beni immateriali è caratterizzato da maggiori profili di incertezza rispetto a quelli materiali e deve tenere conto sia di parametri tecnici (vita tecnica dell'invenzione, obsolescenza, effettuazione di ricerche, originalità e complessità), sia di parametri giuridici (diritto di esclusiva, limitazione territoriale, diritto di concedere sub-licenze, durata del contratto, ecc.).

L'adeguatezza del canone deve comunque essere strettamente correlata al vantaggio che presumibilmente potrà esser conseguito dal licenziatario in conseguenza dello sfruttamento del diritto immateriale, con la precisazione che il pagamento di *royalties* alla casa madre può essere giustificato per quelle affiliate impegnate nella produzione, mentre sarà inammissibile quando le controllate limitino la loro attività alla sola commercializzazione dei beni prodotti dalla consociata.

Quanto all'entità del corrispettivo, la circolare afferma di ritenere congrua la fissazione di:

- canoni fino al 2% del fatturato della controllata, a condizione che la transazione risulti da un contratto scritto ed anteriore al pagamento del canone e sia sufficientemente documentata l'utilizzazione e quindi l'inerenza del costo sostenuto;
- canoni tra il 2 e il 5%, quando, oltre alle condizioni precedenti, i dati tecnici legittimino il tasso dichiarato (ricerche, sperimentazioni, originalità, ecc.) e lo stesso sia giustificato anche da dati di natura giuridica (ad esempio, un diritto di esclusiva) e sia comprovata l'utilità conseguita dal licenziatario;
- canoni superiori al 5% del fatturato, solo in casi eccezionali, giustificati dall'alto livello tecnologico del settore economico in questione o da altre circostanze.

La circolare si occupa, infine, dei servizi scambiati fra le varie consociate o tra la capogruppo e le singole affiliate, nonché della ripartizione dei costi che la capogruppo opera fra le diverse controllate relativamente a quei servizi accentrati presso la stessa.

In realtà, non sempre è la società capogruppo ad erogare servizi a favore delle altre società, così come può anche avvenire che all'interno del medesimo gruppo vi siano più società che offrono servizi di vario genere alle altre consociate; generalmente, i servizi in questione sono di tipo amministrativo, contabile, logistico, ma possono anche riguardare settori più complessi, quali il marketing e la ricerca e sviluppo.

In tale contesto, si distingue tra contratti di:

- *service agreement*, nei quali il corrispettivo per il servizio infragruppo non è determinato, neppure indirettamente, in base al costo sostenuto dalla società erogatrice;
- *cost-sharing*, nei quali, invece, il corrispettivo del servizio è correlato al costo sostenuto dalla società erogatrice del servizio.

La valutazione della deducibilità o meno dei costi da parte della società fruitrice del servizio, deve tenere conto della valenza probatoria della documentazione esibita o acquisita all'ispezione rispetto a tutti gli elementi soggettivi od oggettivi del servizio stesso, da

considerare anche alla luce dei generali principi di determinazione del reddito d'impresa, ivi compresi quelli dell'inerenza, della certezza e della determinabilità.

5. Indicazioni operative.

a. **Aspetti da considerare in sede di selezione dei soggetti da sottoporre ad attività ispettiva e successiva preparazione dell'intervento.**

Al fine di individuare i soggetti nei cui confronti trova applicazione la disciplina contenuta nell'art. 110, comma 7, del TUIR, la sezione RF2 del modello Unico, già a partire dal 2001, contiene tre diverse caselle, contraddistinte dalle lettere A, B e C, nelle quali il contribuente dichiarante, in caso di rapporti con consociate non residenti nel territorio dello Stato, deve specificare il legame con queste esistente; in particolare, i soggetti interessati devono barrare:

- la casella A, se trattasi di impresa direttamente o indirettamente controllata da società non residente;
- la casella B, se trattasi di impresa che direttamente o indirettamente controlla società non residente;
- la casella C, se trattasi di impresa che intrattiene rapporti con società non residente, entrambe direttamente o indirettamente controllate da un'altra società.

Maggiori e più dettagliati elementi di conoscenza, quali la natura e l'ammontare delle operazioni della specie, dovranno essere raccolti attraverso un attento esame della nota integrativa al bilancio d'esercizio e della relazione sulla gestione.

Il ricorso all'utilizzo del sistema V.I.E.S. – per le operazioni intracomunitarie – e M.E.R.C.E. – per quelle extra UE – potrà fornire eventuali, ulteriori informazioni su alcune tipologie di operazioni con l'estero.

Noti i soggetti interessati alla tematica in esame, particolare attenzione dovrà essere rivolta alle operazioni intercorse con consociate:

- che, in ragione della loro ubicazione geografica o di altre peculiarità, quali, ad esempio, la specifica forma societaria con la quale operano, godono di esenzioni o riduzioni d'imposta e possono, pertanto, almeno in via astratta, prestarsi ad essere utilizzate come collettori di utili all'interno di un gruppo.

Anche strutture collocate in Paesi con regimi fiscali apparentemente in linea con quello italiano possono godere di condizioni tributarie vantaggiose, in ragione della loro particolare ubicazione, forma giuridica o tipologia di attività esercitata.

Nel fare rinvio a quanto più diffusamente detto nel precedente Capitolo 2, occorre in questa sede ricordare come taluni ordinamenti tributari, anche di Paesi sviluppati, prevedono regimi fiscali speciali per determinate strutture societarie quali, ad esempio, le *holding*, i centri di coordinamento, i centri servizi e che non sempre tali incentivi assumono direttamente l'aspetto di un'agevolazione fiscale, potendosi anche concretizzare in contributi diretti agli investimenti o in altre agevolazioni assimilabili;

- aventi ad oggetto beni immateriali o prestazioni di servizio, in quanto l'esperienza operativa rivela come tali tipologie di operazioni siano più esposte a fenomeni elusivi adottati attraverso i prezzi di trasferimento o nascondano, più in generale, ipotesi di duplicazione di costi in capo al soggetto nazionale.

In linea generale, assumeranno ancora maggior interesse operativo, per l'applicabilità delle speciali disposizioni antielusive contenute nel medesimo art. 110 del TUIR, le transazioni con consociate domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea con regimi fiscali privilegiati (a partire dal 2008, per effetto delle modifiche intervenute al citato articolo, l'attenzione dovrà essere rivolta alle consociate domiciliate fiscalmente in Paesi o territori non ricompresi nella cd. "*white list*"); nell'ambito di tale preliminare indagine, sarà peraltro opportuno approfondire:

- l'eventuale circostanza, rilevabile, di norma, dalla relazione sulla gestione, che la società operi, anche solo su singole categorie di prodotto, quale mero intermediario (ad esempio, attraverso contratti di agenzia o di commissione) della consociata estera, percependo solo una percentuale a titolo di provvigione per il servizio reso;
- la realizzazione di operazioni di cessione a consociate estere di beni immateriali (marchi, brevetti, ecc.) ad alto potenziale economico.

Ferma restando la principale attenzione da riservare a possibili manovre riferite ai prezzi di trasferimento, dette operazioni potrebbero risultare meritevoli di un esame più analitico allo scopo di verificare se, rispettivamente:

- al di là dell'aspetto formale degli accordi intercorrenti tra le due società del gruppo, siano ravvisabili elementi tali da poter ipotizzare l'esercizio di una vera e propria attività d'impresa sul territorio nazionale da parte della consociata estera attraverso una propria stabile organizzazione, da individuarsi, appunto, nella società che s'intende verificare, secondo quanto verrà meglio precisato nel successivo Capitolo 7;
- l'operazione posta in essere sia stata ispirata dal mero fine di collocare il bene immateriale in una struttura – che, in ragione di ciò, percepisce corrispettivi a titolo di *royalties* – solo formalmente domiciliata all'estero, ma da considerarsi a tutti gli effetti fiscalmente residente in Italia.

All'esito di tale preliminare attività, sarà valutata l'opportunità di selezionare il contribuente per verificare l'osservanza della disciplina fiscale in materia di *transfer pricing* e nella scheda di programmazione, oltre che nell'ambito del piano di verifica, verrà fornita una prima indicazione circa la natura ed il grado di estensione del controllo che s'intende eseguire, ferma restando la possibilità di valutare, nel corso dell'attività ispettiva, l'opportunità di correggere l'indirizzo operativo inizialmente scelto in funzione delle ulteriori informazioni raccolte.

b. Aspetti da considerare nella fase esecutiva dell'attività ispettiva.

Come sempre più di frequente si riscontra nella realtà operativa, i contribuenti di maggiori dimensioni, di massima, predispongono e conservano apposito carteggio concernente le politiche aziendali seguite in materia di *transfer pricing*; in taluni casi, la congruità dei prezzi di trasferimento potrà essere documentata da un *master file* (dettaglio delle informazioni comuni al gruppo) e da un *country file* (informazioni specifiche per singola società).

Tale documentazione dovrà essere oggetto di mirate ricerche in sede di accesso, allo scopo di acquisire traccia di eventuali bozze precedenti alla stesura della versione definitiva o carteggio interno ove possano rinvenirsi utili commenti o considerazioni in ordine a possibili censure da parte delle Autorità fiscali o comunque evincere l'iter logico che ha condotto alla redazione del documento conclusivo.

Del pari, ove possibile, si procederà ad una raccolta mirata, attraverso idonee "parole chiave", di documenti concernenti la tematica dei prezzi di trasferimento conservati in formato elettronico dai responsabili dell'area fiscale e contabile; le parole chiave potranno essere anche individuate in relazione alla natura delle transazioni intercorse che si ritengono maggiormente meritevoli di approfondimento (ad esempio, *royalties*), oppure si potrà decidere di raccogliere ed approfondire tutta la corrispondenza intercorsa con una specifica consociata ubicata in un determinato Paese o territorio.

Nell'ipotesi in cui tale ricerca dovesse rivelarsi dispendiosa all'atto dell'apertura della verifica, lo *screening* per parola chiave verrà sviluppato nei giorni successivi, allo scopo principale di individuare eventuale corrispondenza da cui possano evincersi criticità di carattere fiscale.

Nel caso in cui il contribuente non disponga di documentazione illustrativa delle politiche di *transfer pricing* adottate, i verificatori procederanno all'approfondimento dei rapporti intercorsi con le consociate attraverso l'esame dei mastri di conto loro intestati,

all'individuazione del metodo ritenuto più idoneo per la determinazione del valore normale delle transazioni in verifica e, infine, alla sua applicazione nel caso di specie; qualora la documentazione d'interesse non venga rinvenuta in sede di ricerche, dovrà esserne fatta richiesta di esibizione il giorno stesso dell'apertura della verifica.

Una volta venuti in possesso della documentazione attestante la politica di *transfer pricing* seguita dall'impresa, i verificatori, nel caso in cui le transazioni abbiano generato componenti negativi di reddito, dovranno preliminarmente verificare la corretta applicazione delle disposizioni contenute negli artt. 108 e 109 del TUIR, a mente dei quali i costi sostenuti dall'impresa, per essere deducibili agli effetti reddituali, devono possedere i requisiti della competenza, della certezza e determinabilità e dell'inerenza; tale preliminare controllo sarà condotto con particolare cura relativamente alle prestazioni di servizio ricevute.

Di seguito, con riguardo al sistema sui prezzi di trasferimento adottato dal contribuente, si dovrà:

- vagliare criticamente il processo logico che ha condotto all'individuazione del metodo ritenuto più opportuno dal soggetto verificato per procedere alla determinazione del valore normale delle transazioni con le consociate;
- all'esito di tale valutazione, nell'ipotesi in cui il criterio utilizzato dal contribuente non dovesse ritenersi idoneo o appropriato ai fini in questione, individuare quello preferibile e procedere alla sua applicazione, allo scopo di quantificare il valore di mercato delle operazioni sottoposte alla disciplina del *transfer pricing*;
- in caso contrario (ove, cioè, il metodo scelto dalla parte dovesse essere ritenuto condivisibile), controllare tutti i processi di calcolo sviluppati dall'impresa in verifica, al fine di correggere eventuali errori o omissioni, di carattere formale o logico.

Come detto in precedenza, il processo di individuazione di transazioni comparabili comporta, di norma, la necessità di operare alcuni aggiustamenti in considerazione del differente profilo di operatività dei soggetti coinvolti nell'operazione campione, rispetto a quelli in verifica, in funzione, soprattutto:

- delle caratteristiche intrinseche dei beni e servizi oggetto delle transazioni;
- delle funzioni esercitate dalle aziende interessate dall'analisi ed ai connessi rischi imprenditoriali assunti;
- delle condizioni contrattuali, con particolare attenzione alla ripartizione delle responsabilità, dei rischi e dei benefici tra le parti;
- delle condizioni economiche (e, cioè, dell'omogeneità dei mercati di riferimento);
- delle strategie commerciali.

Tali aggiustamenti, laddove esistenti, dovranno essere valutati con attenzione, apportando le necessarie correzioni qualora motivatamente ritenuti non condivisibili;

- individuato in tal modo il prezzo di mercato delle transazioni di cui trattasi, verificare che detto parametro sia stato effettivamente preso a base per la valorizzazione delle operazioni con le consociate;
- diversamente, muovere i conseguenti rilievi per la differenza tra il valore di mercato delle transazioni in verifica e la rilevanza loro conferita ai fini fiscali da parte del contribuente.

Con particolare riferimento ai servizi infragruppo, occorrerà, in via preliminare, accertare che il contratto stipulato abbia forma scritta e data certa ovvero che, quanto meno, l'operazione trovi evidenza oggettiva in documentazione avente caratteristiche di coerenza, interna ed esterna, affidabilità e concretezza.

Particolarmente utile può risultare la riconciliazione dei dati e degli elementi rilevabili dal contratto, dai “pro – memoria” o dai *file* che ne hanno preceduto la stipula, dalla corrispondenza di ogni genere intercorsa fra le parti, dalle relative fatture e dalle conseguenti registrazioni contabili.

Nel merito, l'analisi dovrà essere condotta principalmente con riguardo ai criteri di determinazione e rendicontazione del prezzo tra le parti che, di norma, sono indicati sia all'interno dei contratti di *service agreement* che in quelli di *cost-sharing*.

Dovrà, quindi, procedersi:

- all'analisi del grado di utilità o del vantaggio ricevuto, individuando l'effettiva funzione e l'attività svolta dalla società prestatrice del servizio, operando un'analisi sui benefici conseguiti dalla società destinataria del servizio stesso; al riguardo, si potrebbero riscontrare, con evidenti effetti sul piano della indeducibilità fiscale:
 - l'assenza totale o parziale di utilità in capo alla fruitrice del servizio;
 - la duplicazione di costi della medesima natura, ove la verificata già disponga, al suo interno, di strutture e personale idoneo a rendere un servizio simile a quello fornito dalla consociata, oppure detti costi siano già stati inclusi nella determinazione del prezzo dei beni acquistati infragruppo.

In tale fase, potranno rivelarsi particolarmente utili le dichiarazioni dei responsabili dell'area tecnico - commerciale interessata dalle transazioni;

- alla valutazione della congruità del prezzo del servizio, in rapporto ai criteri pattuiti per la sua determinazione ed alla natura e qualità della prestazione cui esso si riferisce.

Al riguardo, il margine di utile della società erogatrice del servizio non dovrà essere elevato quando l'attività svolta non possa considerarsi di carattere strategico, ma solo gestionale;

- all'esame dei criteri sulla base dei quali si è proceduto all'addebito dei costi, da approfondire soprattutto in ipotesi di criteri complessi e poco comprensibili;
- all'accertamento della coincidenza tra le prestazioni effettuate e quelle formalizzate, attraverso l'esame congiunto del contenuto del contratto e delle indicazioni riportate sui documenti contabili, nonché di ogni altro documento acquisito agli atti della verifica da cui si evincano le modalità e le fasi di esecuzione delle prestazioni;
- all'approfondimento dei tempi e delle modalità dei pagamenti.

c. Prospettive evolutive della disciplina in tema di *transfer pricing*.

L'approccio alle problematiche in tema i prezzi di trasferimento, coinvolgendo valutazioni di congruità riferite a transazioni complesse e strutturate, oltre che intercorrenti fra operatori di diversi Paesi, è oggetto di un continuo dibattito in sedi di natura diversa, anche di carattere istituzionale.

Fermo restando che, all'atto della redazione della presente circolare, l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria è quello riportato nelle circolari in precedenza richiamate, è bene tenere presente, a titolo di ulteriore indirizzo generale, che il già citato rapporto OCSE del 1995, “Direttiva sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le Amministrazioni fiscali”, ha ribadito il principio di libera concorrenza nelle transazioni intragruppo, indicando, sia per le imprese multinazionali che per le amministrazioni fiscali, nuovi criteri per l'analisi delle situazioni di mercato.

In generale, secondo l'OCSE, l'esame della comparabilità delle transazioni deve basarsi non solo sull'analisi delle caratteristiche fisiche del prodotto e dei servizi ceduti, ma anche sull'analisi delle funzioni intraprese dalle parti, del patrimonio utilizzato per lo svolgimento delle suddette funzioni e dell'assunzione convenzionale dei maggiori rischi del mercato e va accompagnata con un'attenta analisi delle condizioni contrattuali e delle condizioni economiche dei mercati in cui le imprese associate e indipendenti operano.

Inoltre, ancora per l'OCSE, è necessario in sede ispettiva vagliare il comportamento delle imprese associate alla stregua della strategia commerciale adottata dal gruppo multinazionale, in quanto, in detto contesto, potrebbe essere deciso di fissare prezzi particolarmente bassi, anche diversi da quelli di mercato, per un periodo di tempo limitato, con l'obiettivo specifico di incrementare i profitti nel medio - lungo periodo; qualora ciò si verifici, un aggiustamento dei prezzi di trasferimento praticati dall'impresa potrebbe risultare appropriato solo se la strategia del prezzo vada al di là di un periodo di tempo ragionevole.

Infine, si segnala che:

- l'Unione Europea, con la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, del 27 giugno 2006, ha emanato il codice di condotta relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'Unione Europea, alla quale il nostro Paese dovrebbe aderire;
- con la sentenza del 16 maggio 2007, n 11226, la Corte di Cassazione ha:
 - . ribadito, in conformità ad un precedente orientamento (sentenza 13 ottobre 2006, n. 22023), l'applicabilità alle vendite internazionali dell'art. 11 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 - resa esecutiva con Legge 11 dicembre 1985, n. 765 - a norma del quale "un contratto di vendita non necessita di essere concluso o provato per iscritto e non è sottoposto ad alcun altro requisito di forma. Esso può venir provato con ogni mezzo, anche per testimoni";
 - . rinvenuto nell'art. 110, comma 7, del TUIR, una norma antielusiva, precisando che l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti dell'elusione grava in ogni caso sull'Amministrazione che intenda operare le conseguenti rettifiche;
 - . richiamato, in relazione a tale ultimo aspetto, il principio di libera concorrenza così come delineato nel rapporto OCSE del 1995, nella parte in cui è stato espressamente sottolineato che laddove la disciplina di ciascuna giurisdizione nazionale preveda che sia l'Amministrazione finanziaria ad essere gravata dell'onere di provare le proprie pretese, il contribuente non è tenuto a dimostrare la correttezza dei prezzi di trasferimento applicati, se non prima che l'Amministrazione fiscale abbia essa stessa, quanto meno in "prima battuta", dimostrato il mancato rispetto del principio del valore normale.

CAPITOLO 4

I PARADISI FISCALI

1. Profili generali.

La definizione di paradiso fiscale è notoriamente di difficile elaborazione, stante la sua flessibilità e variabilità in relazione allo specifico contesto preso a base di riferimento.

Lo stesso OCSE ha ritenuto impraticabile ogni tentativo di fornire una singola e tassativa definizione di paradiso fiscale, atteso che qualsiasi Paese può essere considerato tale in relazione a particolari operazioni o situazioni.

Comunemente, per “paradiso fiscale” si intende un Paese avente un regime fiscale privilegiato, caratterizzato soprattutto da bassi o addirittura nulli livelli di tassazione; vengono considerati come “paradisi fiscali” anche i Paesi in cui esiste una normativa particolarmente rigida sul segreto bancario, che consente di compiere operazioni finanziarie nel più stretto riserbo (cosiddetti “*paradisi bancari*”) o che presentano un insieme ridottissimo di formalità societarie e contabili (cosiddetti “*paradisi societari*”).

Invero, anche se inizialmente l'idea di paradiso fiscale è stata associata esclusivamente a quella di un territorio caratterizzato da un livello di tassazione tale da garantire significativi benefici fiscali, con il passare del tempo, la constatazione dei molteplici elementi di attrazione connessi alla configurazione degli ordinamenti giuridici di tali Stati e territori ha indotto i Paesi più evoluti a riconsiderare tale impostazione.

Si è così affermato un nuovo e più ampio orientamento, che considera “paradisi fiscali” non solo gli Stati che attirano quanti desiderano trarre vantaggio dai divari impositivi che essi presentano rispetto ad altri paesi, ma anche quelli che assicurano elevati livelli di anonimato a tutta una serie di operazioni e transazioni, si da agevolare l'occultamento di ricchezze per le più disparate motivazioni.

Possiamo dunque considerare “paradisi fiscali” quei territori aventi non solo un regime impositivo nullo o tenue, ma anche un insieme di caratteristiche – quali un rigido segreto bancario, l'assenza di controlli monetari, una elevata rilevanza del sistema bancario e delle comunicazioni, favorevoli disposizioni verso i capitali stranieri – tali da renderli luoghi prediletti di destinazione o di transito delle manovre di elusione ed evasione di carattere internazionale.

È quindi del tutto evidente che non tutti i paradisi fiscali sono equivalenti ai fini dell'insediamento di una determinata struttura societaria, nella misura in cui ad ogni tipologia di società corrisponde il suo particolare “paradiso”, da scegliere non solo in ragione delle caratteristiche del sistema fiscale, ma soprattutto avendo riguardo all'esistenza o meno di una rete di convenzioni contro le doppie imposizioni.

Tradizionalmente, sulla scorta delle elaborazioni effettuate a livello internazionale, soprattutto in sede OCSE, i paradisi fiscali sono stati individuati esplicitamente e secondo diversi parametri dalle normative interne dei singoli Stati, mediante la predisposizione di apposite “*black list*”, nell'ambito di provvedimenti normativi finalizzati a scongiurare determinate manovre elusive ed evasive.

Le legislazioni tributarie dei Paesi più evoluti, infatti, tendono a contrastare con differenti modalità la sottrazione di basi imponibili realizzata attraverso il loro trasferimento in paradisi fiscali.

Le misure introdotte da questi Stati per contrastare le pratiche elusive tendenti al trasferimento di base imponibile verso Paesi con regime fiscale privilegiato si muovono sostanzialmente in due direzioni:

- il disconoscimento della deducibilità dei costi relativi ad operazioni poste in essere con soggetti residenti nei paradisi fiscali;

- la diretta imputazione in capo ai soggetti residenti dei redditi conseguiti dai soggetti localizzati in detti Paesi per la quota corrispondente alla partecipazione detenuta nel patrimonio netto di questi ultimi.

Inoltre, per ciò che concerne le persone fisiche, molti Stati, compresa l'Italia, hanno introdotto specifiche disposizioni volte a contrastare il fittizio spostamento della residenza in paradisi fiscali, prevedendo in tali casi una presunzione di residenza nel territorio di origine.

In Italia, i provvedimenti normativi emanati nel tempo per attuare le suddette misure antielusive hanno previsto, ognuno in relazione agli scopi che si prefiggeva, la successiva elaborazione, mediante decreto ministeriale, di apposite *black list* recanti l'indicazione dei paradisi fiscali; allo stato attuale, la normativa italiana prevede i seguenti elenchi:

- quello, contenuto nel D.M. 4 maggio 1999 e disciplinato dall'art. 2, comma 2 bis del TUIR, utilizzato ai fini della presunzione di residenza fiscale per le persone fisiche;
- quello, contenuto nel D.M. 21 novembre 2001 e collegato agli artt. 167 e 168 del TUIR, ai fini dell'applicazione delle disposizioni sulle imprese estere controllate ai sensi dell'art. 167 comma 4, del TUIR;
- quelli, contenuti nei decreti ministeriali 23 gennaio 2002, 22 marzo 2002 e 27 dicembre 2002, relativi all'ineducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni sostenute con imprese straniere.

L' impostazione appena descritta, che è tuttora vigente anche in Italia, è destinata, tuttavia, ad essere abbandonata nel giro di qualche anno.

Infatti, gli ordinamenti tributari degli Stati più evoluti, sulla spinta delle analisi condotte a livello internazionale dall'OCSE, stanno progressivamente orientando la propria attenzione non più sui Paesi e territori che hanno regimi fiscali privilegiati e non assicurano un adeguato livello di cooperazione, ma su quelli che, al contrario, si sono dotati di sistemi di scambio di informazioni e di convenzioni contro le doppie imposizioni.

In Italia, tale nuova impostazione è stata recepita nella Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008), che, per effetto di alcune specifiche previsioni, ha realizzato una vera e propria inversione di tendenza prevedendo, in luogo delle "tradizionali" *black list* contenenti l'elenco dei Paesi con regimi fiscali privilegiati e/o non dotati di adeguate procedure di scambio di informazioni, la predisposizione di *white list* ove sono enumerati i Paesi affidabili, in quanto muniti dei necessari strumenti di cooperazione informativa.

Nel presente Capitolo saranno trattate le disposizioni che il legislatore nazionale ha inteso prevedere in tema di ineducibilità dei costi sostenuti con soggetti residenti nei paradisi fiscali, rinviando ai successivi Capitoli 5 e 6 l'analisi della normativa in tema di *Controlled Foreign Companies* e di residenza ai fini fiscali delle persone fisiche e giuridiche nonché delle novità apportate dalla L. n. 244/2008.

2. L'ineducibilità dei componenti negativi derivanti da operazioni con società domiciliate in Paesi aventi regime fiscale privilegiato.

In Italia il disconoscimento della deducibilità dei costi relativi ad operazioni poste in essere con soggetti residenti nei paradisi fiscali, è previsto dalla disposizione antielusiva contenuta nell'art. 110, commi 10 e seguenti, del TUIR.

Preliminarmente, va evidenziato che anche la disposizione in esame, già oggetto nel tempo di numerose modifiche che ne hanno ampliato la portata, è stata nuovamente rimodulata per effetto delle previsioni della L. n. 244/2008, che hanno introdotto, in luogo del regime cd. *black list*, quello nuovo delle *white list*.

La disciplina originaria, vigente sino al 31 dicembre 2007, prevedeva un regime generale di ineducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati, rinviando a un decreto del Ministro delle Finanze l'elencazione dei suddetti Stati e territori, in ragione del livello di tassazione

sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti.

I soggetti residenti destinatari della normativa in esame sono le imprese, comprese quelle individuali, i vari tipi di società nonché le stabili organizzazioni di società estere operanti in Italia.

In proposito, l'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 1/E del 19 gennaio 2007, ha ribadito che la norma si riferisce alle imprese residenti e che deve ricomprendersi in tale definizione "chiunque eserciti nel territorio dello Stato un'attività commerciale, ivi incluse anche le stabili organizzazioni di imprese non residenti".

La stabile organizzazione, infatti, produce un reddito in Italia determinato secondo le disposizioni applicabili alle imprese residenti e, pertanto, resta assoggettata alla norma antielusiva; se così non fosse, d'altronde, si realizzerebbe una disparità di trattamento per le imprese residenti rispetto alle stabili organizzazioni di imprese estere, non potendo le prime dedurre le spese e gli altri componenti negativi in argomento.

Per quanto riguarda la natura dei soggetti esteri, il regime di indeducibilità delle spese e dei componenti negativi opera sia che si tratti di un'impresa o di un professionista.

Quindi mentre per le imprese si possono mutuare le considerazioni innanzi espresse per i soggetti italiani, per la definizione di "professionisti", la citata circolare n. 1/E del 19 gennaio 2007 ha precisato che occorre adottare una accezione molto ampia del termine, da intendersi quindi quale categoria residuale rispetto alle imprese.

Tale definizione, in buona sostanza, coincide con quella prevista dall'art. 53, comma 1, del TUIR; pertanto, vi rientrano non solo i soggetti appartenenti a professioni cosiddette regolamentate, ma tutti coloro che esercitano, professionalmente e abitualmente, attività di lavoro autonomo.

Ai fini della localizzazione dei soggetti esteri si ritiene possibile richiamare, ove esistenti, i criteri definiti dalla Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata con lo Stato interessato; in mancanza, il concetto di residenza può essere ricavato dai principi internazionalmente riconosciuti in materia, in primo luogo quelli delineati dall'art. 4 del modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni.

L'indeducibilità relativa alle spese e agli altri componenti negativi riguarda un concetto ampio di tali categorie, quali:

- le spese per gli acquisti di beni e servizi;
- le minusvalenze relative a beni immobilizzati;
- le svalutazioni di immobilizzazioni finanziarie;
- la perdita di beni compresi i crediti;
- gli ammortamenti;
- le svalutazioni ed accantonamenti per rischi su crediti e per rischi su cambio e gli altri accantonamenti;
- le spese relative a prestazioni professionali.

Quanto all'ambito territoriale di applicazione, gli Stati o territori a fiscalità privilegiata costituenti la *black list* sono stati individuati dal D.M. 23 gennaio 2002.

L'art. 1 del citato decreto ministeriale elenca gli Stati o territori che sono considerati – in assoluto – a fiscalità privilegiata; l'art. 2 include cinque ulteriori Paesi, con specifica esclusione di determinate tipi di società.

L'art. 3 individua, al comma 1, altri Stati o territori ai quali le disposizioni in esame si applicano limitatamente a determinate società che svolgono attività particolari e che godono di determinati regimi fiscali agevolati; al riguardo, il comma 1 dello stesso articolo, facendo

riferimento soltanto a particolari categorie societarie, non sembra possa trovare applicazione nei confronti dei professionisti localizzati negli stessi Stati.

Il comma 2 dell'art. 3 del decreto ministeriale in trattazione, invece, include nella *black list* i "soggetti" insediati negli stati di cui al comma 1 del medesimo articolo, che usufruiscono di regimi fiscali agevolati indicati dalla norma in virtù di accordi o provvedimenti della relativa Amministrazione finanziaria; detta disposizione, come ha chiarito la circolare n. 1/E, può trovare applicazione anche con riferimento ai servizi resi da professionisti insediati nei predetti Stati che ivi godono di regimi fiscali agevolati.

La nuova formulazione dei commi 10 e 12 bis dell'art. 110 del TUIR, in vigore dal 1° gennaio 2008 è invece la seguente:

- comma 10: "non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168 bis. Tale deduzione è ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto";
- comma 12 bis: "le disposizioni dei commi 10 e 11 si applicano anche alle prestazioni di servizi rese da professionisti domiciliati in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168 bis. Tale disposizione non si applica ai professionisti domiciliati in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto".

La nuova disposizione, dunque, realizza quella inversione di rotta a cui si è accennato nel precedente paragrafo 1., che prevede, in luogo della elencazione "in negativo" degli Stati e Paesi a regime fiscale privilegiato, la predisposizione, mediante decreto ministeriale, di nuovi elenchi in cui saranno indicati i paesi "virtuosi", quelli cioè che assicurano un adeguato scambio di informazioni.

Quindi, con la nuova disposizione il regime generale di indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi trova applicazione alle operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati o territori diversi da quelli che saranno inseriti nelle *white list* ministeriali di cui al nuovo art. 168 bis del TUIR.

Il nuovo disposto normativo fa riferimento "alle imprese residenti, ovvero localizzate" in Stati o territorio non inclusi nella futura *white list*.

L'espressione "residenti o localizzate" utilizzata dal legislatore nel novellato comma 10, dell'art. 110 del TUIR è volutamente generica ed è quindi idonea a includere non solo le imprese residenti, ma anche le stabili organizzazioni e le imprese che possono essere considerate ivi localizzate in base ai criteri di collegamento diversi dalla residenza.

Con riguardo al concetto di domicilio, la richiamata Circ. n. 1/E ha chiarito che tale requisito va considerato in senso ampio, per cui devono essere ricompresi nella definizione non solo i soggetti residenti fiscalmente nei predetti Stati, "ma anche coloro che sono comunque ivi localizzati in base ai criteri di collegamento diversi dalla residenza"; ad esempio, detta norma deve ritenersi applicabile anche quando il professionista, pur non residente, fornisca servizi da una base fissa ivi localizzata.

3. Le condizioni di disapplicazione della normativa.

La presunzione di indeducibilità prevista dal citato art. 110, commi 10 e 12 bis, del TUIR non ha valore assoluto, bensì relativo; essa può essere superata dal contribuente a determinate condizioni.

I commi 11 e 12 dello stesso articolo infatti recitano:

- comma 11: "le disposizioni di cui al comma 10 non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo

interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione. Le spese e gli altri componenti negativi deducibili ai sensi del primo periodo sono separatamente indicati nella dichiarazione dei redditi. L'Amministrazione, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l'Amministrazione non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento”;

- comma 12: “le disposizioni di cui ai commi 10 e 11 non si applicano per le operazioni intercorse con soggetti non residenti cui risulti applicabile gli articoli 167 o 168, concernente disposizioni in materia di imprese estere partecipate”.

L'impresa residente, per operare legittimamente la deduzione delle spese e degli altri componenti negativi può, alternativamente, dimostrare che:

- l'impresa estera svolge prevalentemente un'attività commerciale effettiva;
- le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione.

Anche in questo caso, dunque, la norma tributaria prevede l'inversione dell'onere della prova, sarà pertanto, il contribuente a dover dimostrare all'Amministrazione finanziaria la sussistenza di una o di entrambe le circostanze di fatto sopra richiamate.

Con riguardo allo svolgimento di un'attività commerciale o industriale, la circolare 26 gennaio 2001, n. 9/E, alla “risposta” 2.1., ha richiamato esplicitamente la previsione di cui all'art. 2195 c.c., il quale prevede che le disposizioni di legge che fanno riferimento alle attività commerciali si applicano a tutte le attività indicate nell'articolo stesso e, cioè, alle attività industriali dirette alla produzione di beni e servizi, attività intermediarie nella circolazione dei beni, attività di trasporto per terra, per acqua o per aria, attività bancarie ed assicurative, nonché altre attività ausiliarie delle precedenti.

Utile indicazioni in merito alla dimostrazione della condizione in esame possono trarsi anche dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate 23 maggio 2003, n. 29/E, la quale, riferendosi alla disciplina delle CFC (*Controlled Foreign Companies*) – per la cui disapplicazione è prevista, tra le altre, analoga condizione relativa allo svolgimento di un'attività commerciale effettiva – ha individuato una serie di documenti utili per il superamento della presunzione relativa normativamente fissata; si rinvia, in proposito, a quanto più dettagliatamente esposto nel paragrafo 6., del successivo Capitolo 5, della presente Parte VI.

In sintesi, si dovrà provare che il soggetto estero svolge come sua attività principale nel Paese a fiscalità privilegiata un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., avvalendosi di una struttura organizzativa idonea allo svolgimento della citata attività oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione; in tale contesto non è ritenuta sufficiente per il superamento della presunzione normativa di indeducibilità dei costi la dimostrazione della mera esistenza da un punto di vista “formale” dell'attività commerciale.

Con riguardo alla seconda e alternativa esimente, la risoluzione 16 marzo 2004, n. 46/E, ha chiarito che la sussistenza di un effettivo interesse economico all'effettuazione di ciascuna operazione intrattenuta con detti operatori commerciali può essere dimostrata attraverso l'acquisizione e conservazione di tutti i documenti utili per poter risalire alla logica economica sottesa alla scelta di instaurare siffatta tipologia di rapporti commerciali.

Tale scelta imprenditoriale dovrà essere sorretta da una valida giustificazione di tipo economico a beneficio della specifica attività imprenditoriale, connessa – in modo particolare – con l'entità del prezzo praticato, la qualità dei prodotti forniti e la tempistica e puntualità della consegna.

La concreta esecuzione delle transazioni economiche, da dimostrare congiuntamente all'effettivo interesse economico, può essere attestata, trattandosi di operazioni con soggetti extracomunitari, attraverso la relativa documentazione fiscale e finanziaria.

Le condizioni esimenti di cui al comma 11 sono idonee a superare la presunzione di indeducibilità anche per le spese relative alle prestazioni dei professionisti domiciliati in Paesi o territori *black list*.

Nell'applicazione della disposizione, originariamente prevista con riferimento alle sole operazioni commerciali intercorse tra imprese, occorre comunque tener conto della specificità delle prestazioni professionali.

In merito alla effettività della "*attività commerciale*," tale requisito, con riguardo alle attività professionali, deve essere inteso nel senso che la prestazione di natura professionale deve essere svolta nell'ambito di un'attività non estemporanea, ma radicata nello Stato a fiscalità privilegiata attraverso, ad esempio, una base fissa.

Per quanto riguarda la seconda esimente, la prova che "le operazioni rispondano ad un effettivo interesse economico e che le stesse abbiano avuto concreta esecuzione", porta a valorizzare motivi economici reali a fronte della decisione di avvalersi di prestazioni professionali rese da un soggetto domiciliato nel paese a fiscalità privilegiata.

La valutazione dell'effettivo interesse dell'impresa deve avere riguardo all'apprezzabilità economico-imprenditoriale complessiva delle prestazioni, desunta – a mero titolo esemplificativo – dalla specificità o unicità della prestazione professionale in riferimento a particolari esigenze dell'impresa più che dalla entità del compenso.

Ai fini della disapplicazione della norma in esame, l'art. 11, comma 13, della L. n. 413/91, prevede che le prove in questione "non devono essere fornite" (in sede di accertamento) "qualora il contribuente abbia preventivamente richiesto, secondo le disposizioni di cui all'art. 21 della presente legge, di conoscere l'avviso dell'Amministrazione finanziaria in merito alla natura ed al relativo trattamento tributario dell'operazione che intende porre in essere e l'abbia realizzata nei termini proposti tenendo conto delle eventuali prescrizioni dell'Amministrazione".

Le spese e gli altri componenti negativi deducibili ai sensi del comma 11 dell'art. 110 del TUIR devono essere separatamente indicati nella dichiarazione dei redditi.

Nel modello unico 2008, relativo ai redditi 2007, "dichiarazione delle società di capitali, enti commerciali ed equiparati", tali componenti dovranno essere indicate nel quadro RF, fra le variazioni in aumento al rigo RF33, e tra le variazioni in diminuzione al rigo RF55.

Appare opportuno ricordare che l'omessa o tardiva separata indicazione nella dichiarazione dei redditi degli ammontari dedotti, derivanti dalle transazioni in esame non comporta di per sé stessa l'indeducibilità del costo sostenuto.

Infatti, a seguito delle modiche apportate dai commi 301 e seguenti dell'articolo unico della Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007), è stata prevista una sanzione amministrativa pari al 10 per cento dell'importo complessivo delle spese e dei componenti negativi non indicati nella dichiarazione dei redditi, con un minimo di 500 e un massimo di 50 mila euro (comma 302).

CAPITOLO 5

LA NORMATIVA IN TEMA DI *CONTROLLED FOREIGN COMPANIES*.

1. Profili generali.

Si è già detto, nel precedente Capitolo che, nell'ambito delle misure tese a contrastare le pratiche elusive tendenti al trasferimento di base imponibile verso Paesi con regime fiscale privilegiato, si collocano le disposizioni che, con differenti modalità, prevedono la diretta imputazione in capo ai soggetti residenti dei redditi conseguiti dai soggetti localizzati in detti Paesi, per la quota corrispondente alla partecipazione detenuta nel patrimonio netto di questi ultimi.

Nel diritto tributario internazionale, quest'ultima normativa viene comunemente denominata *Controlled Foreign Companies Legislation* (CFC); dal 1962, anno in cui essa fu introdotta per la prima volta negli Stati Uniti, sono divenuti circa 20 i Paesi che, con sfumature diverse, hanno adottato specifiche misure atte a contrastare l'elusione fiscale internazionale attuabile attraverso la localizzazione di società in paradisi fiscali.

La *ratio* della disciplina delle CFC è dunque quella di risolvere un fenomeno di elusione internazionale quale il *tax deferral*, ossia la produzione di redditi in Paesi a bassa fiscalità evitandone la distribuzione sotto forma di dividendi o di utili.

In Italia, l'introduzione della CFC è avvenuta con l'art. 1 della Legge 21 novembre 2000, n. 342, per effetto della quale è stato inserito nel TUIR l'allora art. 127 bis, oggi divenuto art. 167 a seguito della riforma del sistema fiscale realizzata con il D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 334; la disciplina CFC che, inizialmente, si applicava solo ai redditi delle imprese estere controllate, a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 21 ottobre 2006, è stata estesa anche alle imprese estere collegate, mediante l'art. 168 del TUIR.

Essa, in sostanza, prevede che allorché le imprese residenti strutturano la propria organizzazione internazionale localizzando società in Paesi a fiscalità privilegiata per finalità non realmente connesse alla propria attività produttiva, vi sia una estensione su tali società del principio della tassazione dell'utile mondiale; in tali casi, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato o collegato sono imputati per trasparenza in capo alla società residente in proporzione alle partecipazioni detenute.

Le norme di attuazione della disciplina CFC, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 167 e 168 del TUIR, sono state adottate con appositi decreti ministeriali; in particolare, il D.M. 21 novembre 2001, n. 429, ha introdotto le disposizioni attuative dell'art. 127 del TUIR (ora art. 167).

Con un ulteriore decreto ministeriale del 21 novembre 2001 è stata emanata la *black list*, distinguendo tra Paesi a fiscalità privilegiata:

- puri;
- che, pur costituendo paradisi fiscali, non sono soggetti alla disciplina CFC limitatamente ad alcune fattispecie;
- per i quali la norma opera limitatamente ad alcuni specifici soggetti o attività.

Il D.M. 7 agosto 2006, n. 268, ha infine dettato le disposizioni attuative dell'art. 168, per i redditi prodotti dalle imprese estere collegate.

2. I soggetti destinatari della disciplina.

La disciplina CFC dell'art. 167 del TUIR si applica ai soggetti residenti in Italia che detengono, direttamente o indirettamente, il controllo di un soggetto residente o localizzato in uno degli Stati o territori individuati nella *black list* approvata con il D.M. del 21 novembre 2001.

In base al secondo comma dell'art. 167, la disciplina si applica alle persone fisiche residenti e ai soggetti di cui agli artt. 5 e 73, comma 1, lett. a), b) e c) del TUIR; la formulazione è molto ampia e quindi ricomprende le società di persone, le associazioni artistiche e gli altri soggetti

equiparati, le società di capitali, gli enti pubblici o privati, commerciali o non commerciali, residenti in Italia.

La norma precisa che la disciplina CFC si applica anche se i suddetti soggetti detengono la partecipazione nella società estera indirettamente, cioè per il tramite di una società fiduciaria o di interposta persona; a tale ultimo riguardo, l'Amministrazione finanziaria con la circolare 16 novembre 2000, n. 207/E, ha chiarito che il termine "persona" va inteso in un'accezione molto ampia, conformemente all'interpretazione estensiva che di tale termine danno le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Il D.M. n. 429/2001 ha precisato che la disposizione trova applicazione anche se i soggetti di cui sopra non sono titolari di reddito d'impresa.

Lo stesso decreto ha inoltre specificato che si considerano residenti o localizzati in Stati o territori con regime fiscale privilegiato tutti i soggetti (imprese, società o altri enti) ammessi a fruire dei predetti regimi privilegiati, a prescindere, dunque, dalla natura o dalla forma del collegamento territoriale soggetto – paradiso fiscale dal quale consegue tale situazione di godimento; il collegamento, infatti, potrebbe essere dato non solo dalla residenza, ma anche dal domicilio, o dalla costituzione del soggetto estero secondo la legge dello Stato che accorda il regime fiscale privilegiato, ed altro.

La disciplina delle CFC si applica altresì per le partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai regimi fiscali privilegiati.

3. La “*black list*”.

Per l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 167 del TUIR è richiesto che il soggetto estero risieda o sia localizzato in Stati o territori con regimi fiscali privilegiati; i criteri per l'individuazione del regime fiscale privilegiato stabiliti dal comma 4 dell'art. 167 sono i seguenti:

- livello di tassazione sensibilmente inferiore rispetto a quello applicato in Italia;
- mancanza di un adeguato scambio di informazioni.

Al riguardo, l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria è quello di ritenere che vi sia mancanza di un adeguato scambio di informazioni in assenza di una convenzione contro le doppie imposizioni; d'altro canto, la sussistenza di una convenzione contro le doppie imposizioni di per sé non assicura l'esistenza di un adeguato scambio di informazioni, nella misura in cui potrebbero sussistere restrizioni nella normativa interna che di fatto pongono delle consistenti limitazioni;

- altri criteri equivalenti.

Coerentemente ai suddetti criteri, la *black list* emanata con il D.M. del 21 novembre 2001 ha distinto tra Stati che si considerano in ogni caso a fiscalità privilegiata (art. 1), Stati con eccezioni (art. 2) e Stati per i quali la norma opera limitatamente ad alcuni specifici soggetti o attività (art. 3); in quest'ultima fattispecie ricadono, ad esempio, le cc.dd. “*holding del 29*” con sede in Lussemburgo e le società svizzere non soggette alle imposte cantonali o municipali, quali le cc.dd. “*holding ausiliarie*” e di “*domicilio*”.

Con riguardo ai soggetti localizzati nei Paesi indicati all'art. 3 del citato decreto, la circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E, ha precisato che è necessario verificare l'effettivo trattamento fiscale riservato ai relativi redditi sulla base di specifiche disposizioni negoziali o amministrative, non essendo determinanti le previsioni normative generali dettate per la categoria societaria di appartenenza; ad esempio, sempre con riguardo alla Svizzera, la Circ. n. 18/E ha evidenziato come la disciplina CFC trovi applicazione alle società e stabili organizzazioni ivi localizzate che, pur astrattamente soggette ad imposta municipale e/o cantonale, di fatto beneficiano – per effetto di accordi amministrativi – di trattamenti fiscali particolari, sostanzialmente analoghi alla esenzione dalle predette imposte.

4. Il requisito del controllo.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 167 del TUIR, i criteri da prendere a riferimento per stabilire l'esistenza del controllo sono quelli fissati dall'art. 2359 c.c.; pertanto, le fattispecie previste sono le seguenti:

- controllo di diritto che si realizza se il soggetto dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della CFC;
- controllo di fatto (interno), consistente nel possesso di un numero di voti sufficiente a esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria della CFC;
- controllo contrattuale (esterno) identificabile ove il soggetto esercita un'influenza dominante in virtù di particolari accordi contrattuali.

Si fa riferimento in questi casi all'esistenza di contratti di agenzia, di concessione di vendita, di commissione, di licenza di produzione o commercializzazione, che pongono l'agente, concessionario, licenziatario in una condizione di dipendenza economica e ne facciano una società satellite del preponente; in tal caso, però, come chiarito nella relazione all'art. 1, comma 3, del D.M. n. 429/2001, è necessaria, ai fini dell'imputazione del reddito "una, seppur minima, partecipazione all'utile dell'impresa estera da parte del soggetto italiano"; in termini di fatto, pertanto, il controllo senza il possesso del diritto di partecipazione agli utili della CFC rende inattuabile l'imputazione del reddito al controllante residente.

Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di diritto o di fatto, si computano anche gli eventuali voti spettanti a società controllate (cosiddetto controllo "a catena"), e società collegate, a società fiduciarie e a persone interposte, che rappresentano ipotesi tipiche di controllo indiretto.

Se la partecipazione è detenuta da persone fisiche, ai fini della verifica della sussistenza del controllo, andranno computati anche i voti eventualmente spettanti al coniuge, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado; non assumono, invece, alcuna rilevanza altri criteri eventualmente individuati dalla legislazione dello Stato in cui è localizzata la società controllata estera.

Per quanto concerne il momento in cui deve essere effettuata la ricorrenza del requisito del controllo, l'art. 1, comma 3, del D.M. n. 429/2001, stabilisce che rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione della controllata estera, non rilevando il periodo di possesso; se, tuttavia, né lo statuto della controllata estera né la normativa dello Stato estero permettono di individuare tale termine, la sussistenza del controllo andrà verificata alla data di chiusura dell'esercizio fiscale del soggetto controllante residente.

Di particolare rilevanza è poi la previsione dell'art. 3, comma 7, del D.M. n. 429/2001, in base alla quale per i comportamenti posti in essere allo scopo del frazionamento del controllo o della perdita temporanea dello stesso si applicano le disposizioni degli artt. 37, comma 3 (interposizione fittizia) e 37 bis (norma antielusiva) del D.P.R. n. 600/73.

In sostanza, dunque, la normativa consente all'Amministrazione finanziaria di disconoscere l'efficacia di quelle operazioni elusive finalizzate principalmente a rendere non applicabile la disciplina CFC, quali tipicamente le cessioni di partecipazioni effettuate in prossimità della chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione della partecipata estera e il successivo riacquisto.

5. La determinazione del reddito della partecipata e l'imputazione al soggetto nazionale.

In base a quanto stabilito dall'art. 167, comma 6, del TUIR, la tassazione, per trasparenza, dei redditi in capo al soggetto residente avviene secondo le regole vigenti in tema di reddito d'impresa (non si applicano, tuttavia, alcune norme, fra cui quelle che prevedono la rateizzazione delle plusvalenze patrimoniali).

I redditi vengono tassati separatamente con l'aliquota media applicata sul reddito complessivo del soggetto residente; tale aliquota non può essere inferiore al 27 per cento.

L'art. 2, comma 2, del D.M. n. 429/2001, stabilisce che per la determinazione del reddito del soggetto estero sono riconosciuti ai fini fiscali i valori risultanti dal bilancio di tale soggetto relativo all'esercizio o periodo di gestione anteriore a quello di prima applicazione della disciplina CFC; tuttavia, il riconoscimento fiscale dei predetti valori è subordinato al verificarsi di una delle seguenti condizioni:

- i valori siano conformi a quelli derivanti dall'applicazione dei criteri contabili adottati nei precedenti esercizi;
- oppure i valori siano attestati congrui da uno o più soggetti che siano in possesso dei requisiti previsti dall'art. 11 del D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 88.

L'art. 2, comma 1, del D.M. n. 429/2001 stabilisce che, qualora in luogo di un reddito si determini in capo alla partecipata una perdita, quest'ultima può essere computata in diminuzione dei redditi dei successivi periodi di imposta del soggetto estero secondo le disposizioni recate dall'art. 102 (ora 84) del TUIR.

Il reddito delle partecipate estere non confluisce nel reddito complessivo del soggetto residente, ma costituisce una base imponibile autonoma soggetta a tassazione separata.

In considerazione di tale circostanza, il reddito delle partecipate estere non può essere posto in compensazione con eventuali perdite conseguite dal soggetto residente, e viceversa.

I redditi delle partecipate estere, come già detto, sono imputati "per trasparenza" in capo al soggetto residente, a prescindere dalla loro effettiva distribuzione, in proporzione alla quota di partecipazione agli utili, diretta o indiretta; il momento rilevante ai fini di tale imputazione decorre dalla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato.

I redditi assoggettati a tassazione vanno indicati dal soggetto controllante residente, anche non titolare di reddito d'impresa, in un apposito quadro della dichiarazione (FC).

Ai fini della determinazione del reddito da imputare al soggetto residente in Italia, si considera valida la contabilità tenuta dalla partecipata secondo le regole vigenti nello Stato a regime fiscale privilegiato; pertanto, non vi sono particolari obblighi documentali e di tenuta di scritture di supporto alla determinazione del reddito in capo al soggetto partecipante.

Su richiesta dell'Amministrazione finanziaria, il soggetto controllante residente è tenuto a fornire entro trenta giorni idonea documentazione dei costi di acquisizione dei beni relativi all'attività esercitata e dei componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione dei redditi la cui imputazione avviene per trasparenza.

Relativamente al caso in cui la partecipata estera localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata sia controllata in modo indiretto, bisogna distinguere a seconda che ciò avvenga per il tramite di soggetti esteri ovvero di soggetti residenti in Italia o stabili organizzazioni in Italia di soggetti esteri.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, del D.M. n. 429/2001, nel primo caso il reddito della CFC va imputato pro quota al soggetto italiano che controlla indirettamente per il tramite del soggetto estero; nel secondo caso, il reddito della CFC va imputato pro quota al soggetto italiano o alla stabile organizzazione in Italia del soggetto estero mediante il quale viene esercitato il controllo indiretto.

La *ratio* della norma è quella di stabilire l'imputazione per trasparenza del reddito estero in capo al "primo soggetto della catena di controllo" soggetto a tassazione in Italia.

Si riportano, di seguito, due esempi, assumendo che il reddito della partecipata estera localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata sia pari a 100.

Esempio 1	Soggetto residente A che partecipa al 70% il soggetto estero B che partecipa, a sua volta, al 70% il soggetto C localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata. Il reddito viene imputato per trasparenza in capo al soggetto residente A in misura pari a: $49 = (100 \times 70\% \times 70\%)$.
Esempio 2	Soggetto residente A che partecipa al 70% il soggetto residente B che partecipa al 60% il soggetto C localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata. Il reddito viene imputato per trasparenza in capo al soggetto residente B in misura pari a: $70 = (100 \times 70\%)$.

L'art. 3, comma 3, del D.M. n. 429/2001 prevede che dall'imposta italiana determinata secondo le modalità sopra riportate sono ammesse in detrazione le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dalla partecipata estera.

Il comma 6 dello stesso articolo del D.M. n. 429/2001 introduce una disposizione antielusiva, precisando che, nel caso in cui il controllo sia esercitato da un soggetto non titolare di reddito di impresa, i compensi ad esso spettanti a qualsiasi titolo concorrono a formare il reddito complessivo nel periodo di imposta in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione della partecipata estera.

Per tali soggetti, quindi, la tassazione per trasparenza non riguarda solo la quota di spettanza dei redditi conseguiti dalla partecipata estera, ma tutti i compensi da quest'ultima dovuti al soggetto italiano.

La disposizione quindi ha evidente scopo di impedire che il soggetto italiano non esercente attività di impresa "trasformi" il proprio reddito di partecipazione in un reddito di altra natura (ad esempio, di lavoro autonomo a fronte di una collaborazione), la cui modalità di determinazione "per cassa" renda di fatto non operante la disciplina CFC.

Nell'ambito della disciplina CFC vi sono poi alcune disposizioni la cui finalità è riconducibile alla necessità di evitare che, in dipendenza dell'applicazione dell'istituto, si verifichino in capo ai soggetti italiani fenomeni di doppia imposizione.

Pertanto, i commi 6 e 7 dell'art. 167 del TUIR e i commi 4 e 5 dell'art. 3 del D.M. n. 429/2001 si sono premurati di dettare specifiche disposizioni, con riguardo, in particolare, agli utili distribuiti dalle società partecipate e al costo di acquisto delle partecipazioni.

In dettaglio, allorché la controllata estera proceda a distribuire utili, in qualsiasi forma, gli stessi non concorrono alla formazione del reddito del soggetto residente fino all'ammontare del reddito assoggettato a tassazione, anche negli esercizi precedenti; pertanto, i dividendi in eccedenza saranno tassati secondo le regole ordinarie.

Le imposte pagate all'estero su tali utili sono ammesse in detrazione fino a concorrenza di quelle determinate con la tassazione separata, diminuite delle altre imposte eventualmente già pagate all'estero a titolo definitivo.

Relativamente al valore fiscale delle partecipazioni, l'art. 3, comma 5 del D.M. n. 429/2001 prevede che il costo delle partecipazioni nel soggetto estero è aumentato dei redditi imputati per trasparenza in capo al soggetto italiano e diminuito, fino a concorrenza di tali redditi, degli utili distribuiti.

La finalità della disposizione è di evitare che gli stessi importi siano assoggettati a tassazione in capo al soggetto italiano una prima volta sotto forma di utili e una seconda volta sotto forma di maggiori plusvalenze; infatti, fino all'effettiva distribuzione degli utili, il valore del patrimonio netto della partecipata estera (e, conseguentemente, il valore della partecipazione) risulta maggiore e, pertanto, in caso di cessione, produttivo di una più elevata plusvalenza imponibile.

6. Le condizioni di disapplicazione della disciplina.

In determinate circostanze la disciplina CFC può essere disapplicata; l'art. 167 del TUIR, al comma 5, prevede infatti che le disposizioni del comma 1 non si applicano se il soggetto residente dimostra:

- che la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività nello Stato o nel territorio nel quale ha sede, tramite una struttura organizzata idonea allo svolgimento della stessa oppure alla sua autonoma preparazione e conclusione;
- altresì, che dalle partecipazioni non consegua l'effetto di localizzare redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

Per ottenere la disapplicazione della disciplina CFC, il contribuente deve proporre interpello preventivo all'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 11 della Legge 27 luglio 2000, n. 212; la procedura di disapplicazione è disciplinata nell'art. 5 del D.M. n. 429/2001, ove si stabilisce che l'istanza deve essere rivolta all'Agenzia delle Entrate – Direzione centrale per la normativa e il contenzioso, per il tramite della Direzione regionale competente per territorio.

In base alla circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E, l'istanza deve essere presentata prima della presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta per il quale si intende disapplicare l'art. 167 del TUIR.

Per quanto concerne la prima esimente, si è detto che occorre dimostrare che la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività nello Stato o nel territorio nel quale ha sede; in proposito, la circolare 23 maggio 2003, n. 29/E, ha precisato che "qualora la controllata estera svolga una pluralità di attività ovvero operi in più Paesi occorre verificare con particolare attenzione che l'attività svolta nel Paese a fiscalità privilegiata, per la quale viene chiesta la disapplicazione delle disposizioni dell'art. 167, sia quella principale".

Circa le modalità di accertamento dell'attività principale bisogna avere riguardo all'attività effettivamente svolta.

Al riguardo, la circolare n. 18/E, nel chiarire quale documentazione occorre allegare all'istanza di interpello, cita l'atto costitutivo o statuto della controllata estera, la documentazione (statuto, delibere, normativa di riferimento, ecc.) dalla quale si possa desumere la data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione della controllata estera; la medesima circolare si premura altresì di richiedere una relazione descrittiva della struttura organizzativa dedicata allo svolgimento della attività principale della controllata estera, con adeguata documentazione di supporto (normativa e delibere disciplinanti gli organi sociali e la loro attività, contratti di lavoro, descrizione delle mansioni svolte dai dipendenti di qualifica più elevata, locali e utenze utilizzati, ecc.).

La circolare 23 maggio 2003, n. 29/E, ha ulteriormente precisato che la prova del collegamento fisico di una struttura commerciale o industriale con il territorio estero deve essere fornita anche attraverso la produzione dei seguenti documenti:

- bilancio e relativa certificazione;
- prospetto descrittivo dell'attività esercitata;
- contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, nonché contratti di lavoro dei dipendenti con la specifica del luogo di prestazione dell'attività lavorativa e delle mansioni svolte;
- copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati;
- conti correnti bancari aperti presso istituti locali;
- autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali.

La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 16 marzo 2004, n. 46/E, in risposta ad un'istanza di interpello relativa alla non applicazione dell'art. 110, comma 10, del TUIR per costi derivanti da operazioni con società avente sede in Mauritius, ha chiarito che la citata elencazione deve considerarsi esemplificativa e non esaustiva, con possibilità per il contribuente di fornire altri e diversi documenti che comprovino le condizioni richieste ai fini dell'esclusione dalla norma.

L'Amministrazione finanziaria ha anche precisato che, affinché un'attività commerciale possa effettivamente considerarsi localizzata in un territorio estero, ai fini della disapplicazione dell'art. 167 del TUIR, occorre che in tale territorio si svolga, oltre alla fase prettamente esecutiva, anche un'autonoma attività strategica e decisionale di penetrazione del mercato estero.

Per quanto concerne la seconda esimente prevista dall'art. 167, la dimostrazione che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati, deve essere fornita dimostrando, in base all'art. 5, comma 3, del D.M. n. 429/2001, che i redditi conseguiti dai soggetti non residenti controllati siano prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in Stati e territori non compresi nella *black list* di cui al comma 4, dell'art. 167 del TUIR; anche a tal fine il soggetto dovrà allegare alla istanza di interpello idonea documentazione fiscale e contabile (bilancio, dichiarazione dei redditi, perizie, ecc.).

La risposta da parte dell'Agenzia delle Entrate è fornita con atto emanato entro 120 giorni dalla data di consegna o ricezione; una volta decorso inutilmente il predetto termine, opera l'istituto del silenzio assenso e quindi la risposta si intende comunque resa positivamente.

Il predetto termine è ampliato a 180 giorni, con riferimento alle istanze presentate dai soggetti che al momento della loro presentazione operano già attraverso una propria partecipata estera in uno dei Paesi inclusi nella *black list*.

7. La disciplina CFC relativa alle imprese estere collegate.

La legge di riforma del sistema fiscale statale (Legge 7 aprile 2003, n. 80) conteneva una espressa delega al Governo rivolta all'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina in tema di *Controlled Foreign Companies* anche alle società estere collegate residenti negli stessi Paesi.

Con il D.Lgs. n. 344/2003 il legislatore delegato ha ottemperato alla suddetta previsione normativa, disponendo, all'art. 168, comma 1, del TUIR che le disposizioni sulle CFC si applicano anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili di un'impresa, di una società o di un altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato; in caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa la percentuale di partecipazione agli utili è ridotta al 10 per cento.

La disciplina appena descritta non trova applicazione per le partecipazioni in soggetti non residenti negli Stati o territori predetti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati.

Circa il concetto di detenzione diretta o indiretta della partecipazione, anche per il tramite di società fiduciaria o per interposta persona, si applica la prassi formatasi con riguardo alla disciplina CFC di cui all'art. 167 del TUIR.

La disciplina relativa ai redditi delle società estere collegate ha avuto effetto dal periodo d'imposta in corso al 21 ottobre 2006, data in cui è entrato in vigore il Decreto Ministeriale 7 agosto 2006, n. 268, regolamento recante le disposizioni di attuazione dell'art. 168 del TUIR.

In sostanza, al ricorrere delle condizioni sopra richiamate, il reddito della partecipata estera risultante alla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione della stessa viene imputato, per trasparenza, alla società residente in proporzione alle partecipazioni detenute; ne discende che per procedere all'imputazione è necessario che esista una partecipazione agli utili ancora posseduta alla data di chiusura dell'esercizio della collegata.

Anche in tal caso, ai fini della verifica della percentuale di partecipazione agli utili si tiene conto dell'eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria e, nel caso in cui il soggetto controllante sia una persona fisica, si deve tener conto anche delle percentuali spettanti ai familiari.

Il reddito della partecipata estera oggetto di imputazione è determinato per un importo corrispondente al maggiore fra l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di un obbligo di legge e il reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento attribuiti a determinati beni della partecipata, che compongono l'attivo patrimoniale o che sono in locazione finanziaria.

Il decreto ministeriale attuativo ha previsto che sia l'utile di bilancio sia la congruità dei valori degli elementi dell'attivo patrimoniale, devono essere attestati da uno o più soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili.

Si riporta, di seguito, una tabella riepilogativa dei coefficienti per la determinazione forfetaria.

Elementi dell'attivo patrimoniale

Attività finanziarie anche se costituenti immobilizzazioni	- azioni o quote di partecipazione, anche non rappresentate da titoli, al capitale di società ed enti soggetti all'IRES; - strumenti finanziari simili alle azioni emessi da società di capitali; - obbligazioni e altri titoli di serie o di massa diversi dai precedenti.	1%
Valore dei crediti		1%
Immobilizzazioni	- beni immobili; - navi destinate all'esercizio di attività commerciali o pesca professionale, al salvataggio o assistenza in mare, alla demolizione (art. 8 bis, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 633/72.	4%
Altre immobilizzazioni		15%

Il reddito della partecipata estera, così determinato, è imputato al soggetto partecipante in proporzione alla quota di partecipazione ed è assoggettato a tassazione separata nel periodo d'imposta in corso alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione della partecipata estera; a tal fine si assume l'aliquota media di tassazione del reddito complessivo netto, comunque non inferiore al 27%.

Dall'imposta così determinata sono ammesse in detrazione le imposte pagate all'estero a titolo definitivo.

Anche per la disciplina del più volte citato art. 168, infine, si applicano le disposizioni previste per le società controllate in caso di distribuzione degli utili da parte della società estera partecipata, nonché, ove compatibili, in tutti i casi non disciplinati dalla norma o dal D.M. n. 245/2006.

8. Le novità introdotte dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244: la "white list".

La Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008) ha provveduto a ridisegnare la gerarchia dei paradisi fiscali attraverso l'abolizione delle cosiddette *black list* e il varo, in luogo di esse, di *white list* in linea con i più recenti orientamenti internazionali in tema di fiscalità privilegiata.

La modifica dei criteri di individuazione dei paradisi fiscali, come anticipato nel Capitolo che precede, trae origine da approfonditi studi condotti dall'OCSE con riguardo, tra l'altro, al quadro giuridico e amministrativo in materia di scambio di informazioni in oltre 80 Paesi; in tale contesto, è stata rilevata una crescente tendenza da parte degli Stati ad affidare il perseguimento di un efficace scambio di informazioni alla conclusione di accordi bilaterali.

In conformità a tali orientamenti, è stata prevista una vera e propria inversione di rotta in tema di paradisi fiscali, che prevede l'abolizione delle *black list* e il varo di *white list* contenenti

l'elenco dei paesi "virtuosi", caratterizzati, cioè, da un elevato livello di collaborazione con l'Amministrazione italiana; si passa così da un regime basato sull'individuazione in negativo dei Paesi esteri considerati a "fiscalità privilegiata" a una evidenziazione in positivo degli Stati con i quali sussiste adeguato scambio di informazioni.

L'art. 1, comma 83, della L. n. 244/2007 è intervenuto in tal senso, modificando gli artt. 167 e 168 del TUIR, nonché introducendo nel medesimo Testo Unico l'art. 168 bis relativo ai Paesi e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni.

In sintesi, le modifiche apportate agli artt. 167 e 168 rendono operativa l'inversione di rotta di cui si è fatto cenno precedentemente, prevedendo che l'imputazione per trasparenza in capo al soggetto residente dei redditi conseguiti dalla società o ente estero, controllato o partecipato, si verifica allorché tale società o ente risiede ovvero è localizzata in "Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze emanato ai sensi dell'art. 168 bis".

Evidentemente, le modifiche introdotte dalla Legge Finanziaria 2008 riguardano anche le condizioni di disapplicazione della disciplina previste dal comma 5 dell'art. 167 del TUIR; in particolare, con riguardo alla seconda delle esimenti elencate dalla norma, di cui è cenno al precedente paragrafo 6., il soggetto residente dovrà dimostrare che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in "Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze emanato ai sensi dell'art. 168 bis".

Il nuovo sistema è basato sulla futura emanazione, con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di due tipologie di *white list*, previste dal nuovo art. 168 bis, che sostituiranno il sistema delle *black list* attualmente previsto e saranno relative a operazioni di vario genere.

La *white list* che rileva ai fini dell'applicazione della disciplina CFC di cui agli artt. 167 e 168 del TUIR è la seconda delle due introdotte dall'art. 168 bis; con la stessa, saranno individuati gli Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia.

La decorrenza delle nuove disposizioni, in base all'art. 1, comma 88, della L. n. 244/2007, è prevista per il periodo d'imposta che inizia successivamente alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto ministeriale emanato ai sensi del richiamato art. 168 bis.

Fino al periodo d'imposta precedente, continueranno ad applicarsi le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007.

L'art. 1, comma 90, della Legge Finanziaria 2008, ha altresì disciplinato un periodo transitorio quinquennale, prevedendo che per tale arco temporale saranno automaticamente ricompresi nella *white list* i territori prima esclusi dalla *black list* nonché quelli dell'art. 2 del D.M. 21 novembre 2001, limitatamente alle ipotesi ivi citate che rappresentano delle esclusioni; saranno parimenti inclusi nella *white list*, sempre per un periodo transitorio quinquennale, gli Stati o territori di cui all'art. 2 del citato decreto limitatamente ai soggetti ivi indicati, nonché gli Stati o territori di cui all'art. 3 dello stesso decreto ad eccezione dei soggetti ivi indicati.

Di fatto, la disciplina vigente continuerà ad applicarsi per almeno cinque anni, in quanto nelle due nuove *white list* saranno inclusi per tale periodo transitorio tutti gli Stati non ricompresi nelle attuali *black list*.

CAPITOLO 6

LA RESIDENZA FISCALE

1. La residenza fiscale delle persone fisiche.

a. *Normativa di riferimento.*

I criteri per la determinazione della residenza fiscale delle persone fisiche sono dettati dall'art. 2 del TUIR, ove, al comma 2, si prevede che, ai fini delle imposte sui redditi, si considerano residenti in Italia le persone fisiche che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile.

Lo *status* di residente ai fini delle imposte sui redditi è dunque collegato alla contestuale esistenza di due elementi:

- il primo, di natura sostanziale/formale, alternativamente costituito dall'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente, ovvero dal domicilio o dalla residenza;
- l'altro, di natura temporale, individuato nella sussistenza del presupposto su indicato sostanziale/formale per la "maggior parte del periodo d'imposta" e, cioè, per almeno 183 giorni nell'anno solare.

Il legislatore ha previsto che la sussistenza dell'elemento oggettivo di natura meramente formale, rappresentato dall'iscrizione nell'apposito registro anagrafico della popolazione residente determina l'insorgenza di una presunzione assoluta di residenza fiscale in Italia.

In ambito tributario, è stato dunque preferito un approccio formalistico, a differenza di quanto avviene in ambito civilistico, in cui le risultanze anagrafiche danno luogo a presunzioni relative, superabili mediante prova contraria.

Per ciò che concerne i concetti di residenza e domicilio, l'art. 2, comma 2, del TUIR opera un esplicito rinvio alla disciplina civilistica nonché agli orientamenti che in tale sede sono stati elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

L'art. 43 c.c. dispone che "la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale"; a tale riguardo, si evidenzia che l'interpretazione giurisprudenziale ha dato prevalenza alla situazione di fatto, intesa come effettiva presenza del soggetto in un determinato luogo, piuttosto che all'elemento soggettivo, cioè all'intenzione di dimorarvi, che viene presunta fino a prova contraria.

Ancora l'art. 43 c.c. definisce il domicilio come il luogo nel quale il soggetto ha stabilito la sede principale dei propri affari ed interessi; la Corte di Cassazione, in proposito, ha evidenziato che, sebbene il domicilio presupponga la situazione di fatto rappresentata dall'aver stabilito in un determinato luogo la sede principale dei propri affari ed interessi, lo stesso si caratterizza per l'elemento soggettivo costituito dalla "volontà della persona di stabilire in quel luogo la sede generale delle sue relazioni di natura morale e sociale, nonché dei propri interessi economici".

In ordine alla natura del domicilio, occorre ricordare come la giurisprudenza e la prassi dell'Amministrazione finanziaria abbiano concordemente ritenuto che tale nozione ricomprenda sia gli interessi di tipo economico, sia quelli di natura morale.

In questo generale contesto, l'art. 10 della Legge 23 dicembre 1998, n. 448, recante "Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo", emanata nell'ambito della manovra finanziaria per il 1999, ha ampliato la categoria dei soggetti passivi d'imposta, ai fini IRPEF, introducendo il comma 2 bis dell'art. 2 del TUIR.

Per effetto di tale disposizione, sono considerati residenti nel territorio dello Stato, e quindi soggetti a tassazione, anche "i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione

residente e emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con decreto del Ministro delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale”.

Si tratta, evidentemente, di una norma avente finalità antielusive, con cui il legislatore tributario ha inteso colpire un fenomeno alquanto diffuso, vale a dire l'emigrazione soltanto fittizia all'estero, verso Paesi fiscalmente più accoglienti, al fine (pressoché) esclusivo di conseguire un vantaggio fiscale, sottraendosi in tal modo al rispetto del principio cardine del nostro sistema tributario, quello cioè della tassazione su base mondiale.

L'ambito soggettivo di applicazione della disposizione antielusiva in commento è circoscritto a quei soggetti per i quali ricorrono, contemporaneamente, le seguenti condizioni:

- la cittadinanza italiana, che, testimoniando l'esistenza di un collegamento funzionale fra la persona trasferitasi e il territorio dello Stato, viene ritenuta come elemento presuntivo di fittizietà del trasferimento della residenza qualora sussista sia nel periodo d'imposta interessato dal trasferimento, sia nel momento in cui viene contestata la residenza all'estero;
- la cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente, tenendo presente che l'individuazione dei soggetti che vi procedono è agevolata dall'obbligo di iscrizione nei registri dell'AIRE (anagrafe degli italiani residenti all'estero), che grava sugli stessi quando assumono lo *status* di residenti in un Paese diverso dall'Italia;
- l'emigrazione in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, appositamente individuati dal D.M. 4 maggio 1999.

La finalità antielusiva del succitato comma 2 bis, tendente ad evitare la sottrazione di redditi imponibili in Italia attraverso trasferimenti fittizi di residenza, si realizza mediante lo strumento della presunzione *iuris tantum*.

Ciò vuol dire che, secondo una logica di prevalenza della sostanza sulla forma, qualunque cittadino italiano che, cancellatosi dall'anagrafe della popolazione residente, abbia contestualmente trasferito la propria residenza in un Paese a fiscalità privilegiata è considerato fiscalmente residente in Italia; a tale cittadino, tuttavia, è data possibilità di dimostrare, mediante il supporto di elementi probatori contrari al fatto presunto, che egli risiede effettivamente nello Stato estero.

Pertanto, come sottolineato anche nella relazione governativa alla L. n. 448/98, oltre ad un'inversione dell'onere della prova, che attualmente grava sul cittadino e non più sull'Amministrazione, il regime normativo introdotto con il comma 2 bis dell'art. 2 del TUIR si qualifica anche sotto il profilo degli elementi di prova che il contribuente deve fornire in sede contenziosa, non potendo limitarsi alla prova negativa di non essere residente in Italia, ma dovendo allegare “fatti o atti che comprovino l'effettività della situazione dichiarata in coerenza con un reale e duraturo collegamento con lo Stato di migrazione”.

Va, peraltro, ricordato come l'Amministrazione finanziaria abbia precisato che la disciplina in esame e l'onere probatorio da essa previsto, gravi anche sui cittadini che si trasferiscono in uno Stato a fiscalità privilegiata transitando anagraficamente per uno Stato terzo, non ricomprende cioè nel D.M. 4 maggio 1999; con specifico riguardo a tale provvedimento ministeriale, si rammenta che esso non comprende soltanto i paradisi fiscali tradizionalmente considerati tali (*tax havens*), ma anche altri Stati che in ogni caso adottano regimi fiscali di favore (*harmful preferential tax regime*), allo scopo di “intercettare” tutte quelle condizioni che comportano il trasferimento artificioso di capitali e di persone, per finalità meramente fiscali.

In questo contesto, si è altresì tenuto conto del fatto che un basso livello di imposizione effettiva può derivare non solo dalle disposizioni che regolano la determinazione della base imponibile o fissano le aliquote, ma anche da un complesso di altre misure che – magari in modo meno diretto – comunque determinano un rilevante beneficio fiscale, traducendosi, di fatto, in una scarsa effettività del prelievo tributario.

Seguendo tale logica, sono stati ricompresi nella *black list* contenuta nel D.M. del 4 maggio 1999 non solo quei Paesi che non assicurano un adeguato scambio di informazioni con l'Amministrazione finanziaria, ma anche altri Stati con i quali sono state stipulate convenzioni contro le doppie imposizioni, alcuni dei quali sono addirittura inseriti nella *white list* di cui al D.M. del 4 settembre 1996.

Orbene, la disciplina sinora esaminata e, in particolare, l'approccio in base al quale sono considerate residenti le persone fisiche emigrate in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con decreto del Ministro delle Finanze, come già evidenziato nel precedente Capitolo 5 relativo alla disciplina CFC, è destinato ad essere completamente rivisitato per effetto delle modifiche introdotte dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008).

Infatti, anche in tema di residenza ai fini fiscali, le disposizioni contenute nella Legge Finanziaria, in sostituzione del regime cosiddetto *black list*, hanno introdotto "*white list*" con cui occorrerà procedere all'individuazione degli Stati aventi un regime fiscale conforme agli standard di legalità e trasparenza adottati dall'Unione europea.

In tal senso, l'art. 1, comma 83, lett. a) della L. n. 244/2007 ha interamente sostituito l'art. 2, comma 2 bis del TUIR, prevedendo che "*si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale*".

La decorrenza delle nuove disposizioni è prevista per il periodo d'imposta successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto ivi previsto; fino al periodo d'imposta precedente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007.

b. Indicazioni operative: gli aspetti da considerare in sede di controllo.

L'interesse che il legislatore tributario ha riservato alla normativa in tema di residenza ai fini fiscali, è la diretta conseguenza dell'adozione, per i soggetti residenti, di un modello di tassazione del reddito mondiale (*worldwide income taxation*); è evidente che tale scelta determina l'esigenza, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di adottare opportune misure per verificare il rispetto dei requisiti di diritto e di fatto previsti dalle norme sopra richiamate, al fine di individuare fittizie localizzazioni di redditi all'estero con conseguente sottrazione di massa imponibile alla tassazione nello Stato italiano.

Per tale motivo, costituisce obiettivo prioritario dare il necessario impulso ad attività investigative che consentano di individuare casi in cui il trasferimento della residenza anagrafica rappresenti solo un facile espediente posto in essere da cittadini italiani che di fatto hanno mantenuto la residenza o il domicilio in Italia.

In tale contesto, va in primo luogo evidenziato che la circolare ministeriale del 2 dicembre 1997, n. 304/E, ha a suo tempo chiarito che la cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente e l'iscrizione all'AIRE, non costituiscono elementi determinati per escludere il domicilio o la residenza nello Stato, ben potendo questi ultimi essere desunti con ogni mezzo di prova anche in contrasto con le risultanze dei registri anagrafici.

Mentre, pertanto, l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente rappresenta, da sola, presupposto per essere considerati residenti in Italia, quella nell'AIRE costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per essere considerati non residenti, dovendo comunque farsi riferimento al citato art. 43 c.c., che, come si è accennato, definisce il domicilio di una persona come il luogo in cui essa ha stabilito la sede dei suoi affari e interessi e la residenza come il luogo in cui la persona ha la dimora abituale; ai sensi dell'art. 2, comma 2, del TUIR, tali nozioni sono alternativamente rilevanti, nel senso che, per stabilire la residenza fiscale, è sufficiente la ricorrenza di una soltanto.

La citata circolare n. 304/E, sulla base delle indicazioni giurisprudenziali, ha precisato che la dimora abituale è caratterizzata dal dato oggettivo della permanenza in un dato luogo e dall'elemento soggettivo di volersi stabilire in quel luogo stesso, integrando una situazione

giuridica qualificata dalla volontà di stabilire e conservare in un certo luogo la sede principale dei propri affari ed interessi, che, pertanto, prescinde dall'effettiva presenza fisica del soggetto; ne consegue che la locuzione "affari ed interessi" di cui al citato art. 43 c.c. va intesa in senso ampio, comprensivo, come successivamente ribadito anche dalla risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 7 agosto 2008, n. 351/E, non solo di rapporti di natura patrimoniale ed economica, ma anche morali, sociali e familiari.

Pertanto, come rimarcato dalla circolare e dalla risoluzione dianzi menzionate, indipendentemente dalla presenza fisica e dal prevalente svolgimento dell'attività lavorativa all'estero, sono indici significativi per stabilire in Italia la residenza fiscale, la disponibilità di una abitazione permanente, la presenza della famiglia, l'accreditamento di propri proventi ovunque conseguiti, il possesso di beni anche mobiliari, la partecipazione a riunioni d'affari, la titolarità di cariche sociali, il sostenimento di spese alberghiere o di iscrizione a circoli, l'organizzazione della propria attività e dei propri impegni, anche internazionali, direttamente o attraverso soggetti operanti nel territorio italiano.

Operativamente, pertanto, come ribadito dalla predetta risoluzione n. 351/E, occorre una valutazione d'insieme dei molteplici rapporti - di natura sia personale, sia reale - che il soggetto intrattiene nel nostro Paese per valutare se, nel periodo in cui è stato anagraficamente residente all'estero, abbia effettivamente perso ogni significativo collegamento con lo Stato italiano e possa quindi essere considerato fiscalmente non residente.

Su queste principali basi di riferimento, ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale, in sede di controllo è necessario acquisire e riscontrare una serie di "indicatori" della sussistenza dei presupposti impositivi in Italia e degli elementi reddituali sottratti all'imposizione, acquisendo concreti elementi, documentali o di fatto, idonei a comprovare la persistenza di legami di ogni genere fra la persona ed il territorio nazionale, desumibile da fatti e atti concludenti ovvero da pubbliche evidenze; ulteriori indicazioni in tal senso possono anche essere tratte dalla ricognizione della stampa locale, nazionale e dei *mass media* in genere, oltre che da eventuali pubblicazioni a carattere biografico.

A titolo esemplificativo, i verificatori dovranno:

- reperire notizie certe sulla posizione storico - anagrafica risultante presso il Comune dell'ultimo domicilio fiscale in Italia;
- appurare l'esistenza di elementi di collegamento fattuali tra la persona fisica e il territorio dello Stato, con specifico riguardo alla sua permanenza in Italia, all'attività lavorativa svolta, alla partecipazione a riunioni d'affari, all'esistenza di rapporti commerciali, bancari, familiari, al sostenimento di spese sul territorio dello Stato, ecc.;
- acquisire tutte le informazioni disponibili nelle banche dati (posizione reddituale ed eventuale percezione di redditi da parte di soggetti residenti, possesso di beni mobili ed immobili, titolarità di cariche sociali, esistenza di utenze di energia elettrica di cui la persona risulta intestataria, anche indirettamente e altre circostanze del genere); in tale contesto, è opportuno acquisire in copia gli atti relativi ad alcune operazioni "tipiche", quali donazioni, compravendite, costituzione di società o conferimenti in società, da sottoporre ad accurata valutazione anche relativamente alla natura dei rapporti intercorrenti tra il soggetto attenzionato e quelli indicati negli atti stessi quali cointeressati;
- acquisire informazioni relative alle movimentazioni di capitali da e per l'estero, al luogo ed alla data di emissione di assegni bancari, nonché agli investimenti in titoli azionari ed obbligazionari italiani.

L'insieme degli elementi in tal modo acquisiti può supportare una valutazione complessiva dei rapporti intrattenuti dal soggetto nel Paese, così da permettere di stabilire che la sede principale dei suoi affari ed interessi sia situata in territorio italiano.

In aggiunta agli elementi dianzi indicati, si potrà fare ricorso, ove ritenuto effettivamente necessario, allo “scambio di informazioni” con le competenti Autorità fiscali estere, nonché alle indagini bancarie e alla richiesta di informazioni presso gli intermediari finanziari; ai fini della ricostruzione della posizione reddituale della persona può essere di utilità anche la verifica dell'esistenza a suo carico o a quello dei diretti congiunti, di segnalazioni di operazioni sospette ai sensi della normativa antiriciclaggio.

Relativamente, invece, all'applicazione della disposizione dell'art. 2, comma 2 bis, del TUIR, che ha introdotto la presunzione relativa di residenza per le persone fisiche residenti in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, è di tutta evidenza che gli stessi elementi cui si è dianzi fatto cenno, espressamente considerati dall'Amministrazione finanziaria come idonei a suffragare l'ipotesi di fittizietà del cambio di residenza, potranno essere utilizzati da parte delle persone interessate al fine di fornire, al contrario, la prova della regolarità della loro posizione ai fini fiscali.

Ed in effetti, nel qualificare il contenuto dell'onere probatorio che le disposizioni introdotte con l'art. 10 della L. n. 448/98 hanno posto in capo ai cittadini che emigrano verso un paradiso fiscale, l'Amministrazione finanziaria ha chiarito inequivocabilmente la possibilità per la persona di ricorrere, in negativo, alle medesime circostanze che gli Uffici finanziari ritengono idonei per superare la mera formalità della cancellazione dalle anagrafi della popolazione residente, con la dimostrazione dell'insussistenza nel nostro Paese della dimora abituale (residenza) ovvero del complesso dei rapporti afferenti ad affari e interessi, allargati, oltre che agli aspetti economici, a quelli familiari, sociali e morali.

In pratica, i predetti soggetti potranno utilizzare qualsiasi mezzo di prova di natura documentale o dimostrativa da cui risulti, ad esempio, la sussistenza della dimora abituale nel Paese fiscalmente privilegiato, l'iscrizione ed effettiva frequenza dei figli presso istituti scolastici o di formazione del Paese estero, lo svolgimento di un rapporto lavorativo a carattere continuativo nello stesso Paese estero, ovvero l'esercizio di una qualunque attività economica con carattere di stabilità, la stipula di contratti di acquisto o di locazione di immobili residenziali nel Paese medesimo, l'esistenza di fatture e ricevute di erogazione di gas, luce, telefono e di altri canoni tariffari, pagati nel Paese estero, l'eventuale iscrizione nelle liste elettorali del Paese di emigrazione, l'assenza di unità immobiliari tenute a disposizione in Italia o di atti di donazione, compravendita, costituzione di società, ecc., la mancanza nel nostro Paese di significativi e duraturi rapporti di carattere economico, familiare, politico, sociale, culturale e ricreativo.

Per altro verso, soltanto la piena dimostrazione, da parte del contribuente, della perdita di ogni collegamento con lo Stato italiano e la parallela controprova di una reale e duratura localizzazione nel Paese fiscalmente privilegiato, indipendentemente dall'assolvimento nello stesso Paese di obblighi fiscali, possono supportare il venire meno della residenza fiscale in Italia e la conseguente legittimità della posizione di non residente; è evidente che anche in tal caso gli elementi forniti dalla persona dovranno essere oggetto di una valutazione d'assieme.

Può inoltre verificarsi il caso di un cittadino italiano che, essendo emigrato in un Paese a bassa fiscalità incluso nella lista di cui al D.M. 4 maggio 1999 e non essendo in grado di dimostrare di non avere in Italia il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile, sia considerato residente tanto in Italia (per effetto dell'art. 2, comma 2 bis, del TUIR), quanto nello Stato estero di emigrazione (per effetto della norma interna di tale Stato); in tale caso è evidente che dovranno essere applicate le disposizioni convenzionali miranti alla soluzione dei problemi di doppia residenza fiscale che, in queste eventualità, prevedono che l'accertamento dello Stato di residenza deve essere effettuato verificando, nell'ordine, il luogo in cui il soggetto possiede un'abitazione permanente, il luogo in cui è radicato il centro dei suoi interessi vitali, il luogo in cui soggiorna abitualmente o ha la cittadinanza.

Il quadro appena illustrato in merito alla fase applicativa delle vigenti disposizioni in tema di presunzione di residenza delle persone fisiche è ovviamente destinato a mutare parzialmente allorquando entreranno in vigore le disposizioni introdotte dalla L. n. 244/2007

e, in particolare, quando sarà individuata, mediante l'emanazione del previsto decreto ministeriale, la *white list* dei Paesi che assicurano un adeguato livello di scambio di informazioni.

In tal caso, infatti, la presunzione relativa di residenza opererà in senso contrario e conseguentemente l'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente scatterà non più qualora egli abbia trasferito la residenza in un Paese ricompreso nella vigente *black list*, di cui al D.M. 4 maggio 1999, bensì qualora il contribuente trasferisca la residenza in un Paese che non sia contemplato tra quelli della futura *white list*.

Appare peraltro di tutta evidenza, che la modifica dianzi accennata non è destinata in alcun modo ad incidere sugli elementi probatori che possono essere utilizzati, tanto dall'Amministrazione finanziaria, quanto dal contribuente, per supportare la riconducibilità della residenza effettiva, rispettivamente, sul territorio nazionale o all'estero.

Per completezza, appare opportuno porre in risalto come il monitoraggio dei trasferimenti di residenza all'estero delle persone fisiche, in funzione di una più sistematica e diffusa azione di vigilanza sulle rispettive posizioni fiscali, costituisca oggetto di forte attenzione da parte del legislatore; l'art. 83 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto 2008, n. 133, ha infatti previsto:

- per una maggiore efficacia dei controlli sugli adempimenti fiscali e contributivi da parte di soggetti non residenti o residenti da meno di 5 anni, l'effettuazione di piani di controllo "di comune accordo" fra INPS e Agenzia delle Entrate, anche sulla base dello scambio reciproco dei dati e delle informazioni rispettivamente in possesso;
- con riferimento alle disposizioni in tema di partecipazioni ai Comuni all'accertamento, l'obbligo di questi di confermare al competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate, entro 6 mesi dalla richiesta di iscrizione nell'anagrafe degli italiani residenti all'estero, che il richiedente ha effettivamente cessato la residenza nel territorio nazionale; è altresì stabilito che per il triennio successivo alla citata richiesta, l'effettività della cessazione della residenza nel territorio nazionale è sottoposta a vigilanza da parte dei Comuni e dell'Agenzia delle Entrate, che si avvale delle facoltà istruttorie generalmente previste dal Titolo IV del D.P.R. n. 600/73 e, inoltre, che detta vigilanza, per la fase di prima attuazione delle disposizioni in argomento, venga esercitata anche nei confronti delle persone fisiche che hanno chiesto l'iscrizione nell'anagrafe degli italiani residenti all'estero a far corso dal 1° gennaio 2006.

2. La residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone fisiche.

a. Normativa di riferimento.

Il problema della esatta determinazione della residenza ai fini fiscali assume connotati di particolare rilevanza con riferimento alle persone giuridiche e agli enti assimilati, attesa la riscontrata diffusione di fenomeni di "esterovestizione societaria" e, cioè, di quelle particolari fattispecie per cui una società costituita all'estero, pur avendo formalmente sede nel Paese di costituzione, presenta uno o più criteri legali di collegamento con l'ordinamento nazionale, in virtù dei quali la residenza fiscale può risultare radicata all'interno del territorio dello Stato.

Il fenomeno consiste, in estrema sintesi, nella fittizia localizzazione della residenza fiscale in Paesi (anche U.E.) o territori diversi dall'Italia, per sottrarsi agli adempimenti tributari previsti dall'ordinamento di reale appartenenza e beneficiare, conseguentemente, del regime impositivo più favorevole vigente altrove.

Nel nostro ordinamento tributario, mentre le persone giuridiche residenti, in attuazione del principio della tassazione del reddito mondiale, sono assoggettate ad imposizione in Italia per tutti i redditi ovunque prodotti, relativamente alle società e gli enti non residenti, al contrario, sono assoggettati ad imposizione in Italia soltanto i redditi prodotti sul territorio nazionale; l'art. 151, comma 1, del TUIR, infatti, sancisce che "il reddito complessivo delle società e degli enti non residenti...è formato soltanto dai redditi prodotti nel territorio dello

Stato, ad esclusione di quelli esenti dall'imposta e di quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva".

Le norme di riferimento in tema di residenza fiscale delle persone giuridiche, sono rappresentate dagli artt. 5, comma 3, lett. d) e 73, comma 3, del TUIR.

La prima delle due norme richiamate stabilisce che "si considerano residenti le società e le associazioni che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato; l'oggetto principale è determinato in base all'atto costitutivo, se esistente in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, e, in mancanza, in base all'attività effettivamente esercitata".

Del tutto speculare è la disposizione di cui all'art. 73, comma 3, del TUIR, secondo la quale "ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato".

Tre, dunque, sono i criteri di collegamento individuati dal legislatore tributario per la determinazione dello "status" di residente della società: la sede legale; la sede dell'amministrazione; l'oggetto principale.

Si ritiene unanimemente che i citati criteri siano alternativi e non classificabili secondo un ordine gerarchico di priorità, sicché, al fine di individuare la residenza a fini fiscali di una società in Italia, è sufficiente accertare la ricorrenza di uno solo dei criteri di collegamento individuati dalla legge; non è pertanto rilevante che la società sia stata costituita (ed abbia la sede legale) all'estero, se la stessa ha nel territorio dello Stato la sede amministrativa o l'oggetto principale, potendosi, dunque, verificare il caso di società formalmente estere, ma fiscalmente residenti in Italia.

Per quanto precede, la definizione fiscale di residenza per i soggetti diversi dalle persone fisiche è sostanzialmente coincidente con quella civilistica.

Ulteriori e rilevanti interventi normativi in tema di residenza fiscale delle persone giuridiche sono stati introdotti dall'art. 35, comma 5, del D.L. n. 223/2006, convertito dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248, con cui si è inteso risolvere alcune criticità che le disposizioni dianzi richiamate presentavano nella fase di concreta applicazione.

In particolare, con la previsione di due commi aggiuntivi all'art. 73 del TUIR (5 bis e 5 ter), il legislatore ha stabilito, con decorrenza dal periodo d'imposta in corso alla data della sua entrata in vigore, una presunzione (relativa) di residenza nel territorio dello Stato per le società ed enti che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., in società di capitali ed enti commerciali residenti in Italia.

L'attrazione presuntiva in Italia della sede dell'amministrazione avviene se, alternativamente, tali enti e società:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composti in prevalenza di consiglieri residenti in Italia.

Il comma 5 ter dell'art. 73 del TUIR stabilisce che, per la verifica del requisito del controllo, occorre considerare la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato.

La disposizione del comma 5 bis, presenta taluni profili di interconnessione con la disciplina CFC di cui all'art. 167 del TUIR, allorché un soggetto residente controlli una società o un ente residente o localizzato in Stati o territori a fiscalità privilegiata che, a sua volta, detenga partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia.

Evidentemente, la presunzione di residenza nel territorio dello Stato della società estera rende – in punto di principio – inoperante la disposizione dell'art. 167 del TUIR, impedendo

l'imputazione al soggetto controllante del reddito che la controllata stessa, in quanto residente, è tenuta a dichiarare in Italia.

Qualora, tuttavia, la società riuscisse a superare la presunzione di residenza estera, fornendo la prova contraria prevista dal comma 5 bis, la controllata non residente, ricorrendone le condizioni, rimarrebbe attratta alla disciplina CFC; pertanto il suo reddito resterà imputabile per trasparenza al soggetto residente controllante.

Un ulteriore meccanismo presuntivo è stato introdotto nell'art. 73, comma 3, del TUIR, dalla Legge n. 244 del 24 dicembre 2007, in vigore dal 1° gennaio 2008, con lo scopo di attrarre a tassazione in Italia anche i *trust* istituiti in determinati Paesi o territori, allorquando sussistano, alternativamente, le seguenti condizioni:

- residenza fiscale in Italia di almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari;
- attribuzione al trust che comporti il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi, effettuata, successivamente alla costituzione del *trust* stesso ad opera di un soggetto residente in Italia.

Ancora una nuova presunzione di residenza in Italia per società ed enti esteri, è stata prevista dal 22 dell'art. 82 del D.L. n. 112 del 2008, convertito in Legge n. 133 del 2008, che ha inserito nell'art. 73 del TUIR, il comma 5-*quater*, in base al quale vengono considerate presuntivamente residenti in Italia, salva prova contraria, le società e gli enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote di fondi di investimento immobiliare chiusi di cui all'art. 36 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e, contestualmente, siano controllati direttamente od indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia; il requisito del controllo è determinato secondo l'art. 2359, commi 1 e 2, c.c., anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società.

Al riguardo, si rammenta che il fondo comune di investimento è un patrimonio autonomo investito in strumenti finanziari, crediti, altre attività, suddiviso in quote di pertinenza di una pluralità di partecipanti; in sostanza, il sottoscrittore di un fondo comune affida i propri risparmi alla società di gestione che li investe, nell'interesse di tutti i partecipanti, in strumenti finanziari o in altre attività, a seconda delle caratteristiche e delle tipologie dei fondi.

In linea generale, i fondi possono essere:

- aperti o chiusi, per distinguere tra quelli che danno diritto al rimborso delle quote ai sottoscrittori, rispettivamente, in ogni tempo ovvero solo a scadenze determinate;
- mobiliari o immobiliari, a seconda che gli investimenti vengano prevalentemente eseguiti, nel primo caso, in titoli, azioni o strumenti finanziari, ovvero, nel secondo caso, in immobili, diritti reali immobiliari o società immobiliari.

Le disposizioni applicative di dettaglio della norma dianzi indicata, sono contenute nella circolare dell'Agenzia delle Entrate 3 novembre 2008, n. 61/E.

L'inquadramento giuridico della nozione di residenza fiscale sinora operato va necessariamente completato con l'analogo concetto definito dalla normativa convenzionale, che, come noto, è preminente rispetto a quella di diritto interno, talché, in caso di conflitto, la prima prevale sulla seconda.

In ambito convenzionale la definizione del concetto di residenza ha assunto una importanza notevole, tra l'altro, per risolvere i casi di doppia imposizione dei redditi legati al fatto che, spesso, entrambi gli Stati contraenti considerano, in base alla rispettiva normativa interna, lo stesso soggetto residente sul proprio territorio.

L'art. 4 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni dispone che l'espressione "residente di uno stato contraente designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato a motivo del suo

domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga; tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono assoggettate all'imposta in questo Stato soltanto per il reddito proveniente da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio ivi situato”.

Laddove, dunque, ricorrendo alle disposizioni interne degli Stati contraenti, non sia possibile attribuire, in modo univoco, la residenza fiscale ad una società, il comma 3 dell'art. 4 del Modello di convenzione risolve i conflitti tra ordinamenti dando preminenza alla sede della direzione effettiva della società stessa o dell'ente collettivo.

b. Indicazioni operative: gli aspetti da considerare in sede di controllo.

Nel sottoparagrafo precedente è stato tra l'altro segnalato che il legislatore tributario, per radicare nel territorio dello Stato la residenza ai fini fiscali delle persone giuridiche, ha individuato tre criteri di collegamento con l'ordinamento nazionale, rappresentati, alternativamente, dalla sede legale, dalla sede dell'amministrazione e dall'oggetto principale.

È di tutta evidenza che, in sede ispettiva, l'attenzione dei verificatori dovrà essere incentrata su tali aspetti, al fine di dimostrare – ove ne ricorrano i presupposti – che la veste giuridica formale della società non trova riscontro con il dato fattuale.

Tale particolare attenzione dovrà essere posta sia nelle ipotesi in cui il controllo della residenza ai fini fiscali avviene in modo “mirato”, sulla base cioè di un'analisi preliminare e ragionata della struttura e dell'operatività della società, sia nei casi in cui, nella fase di accesso presso una società residente, sia “casualmente” rinvenuta documentazione di varia natura attinente l'operatività di una società formalmente costituita all'estero, che, in quanto tale, non avrebbe titolo per essere custodita nel territorio dello Stato.

Dei tre criteri di collegamento dianzi citati, il meno rilevante in sede di controllo è quello della sede legale, dal momento che questa, pur ricorrendo nell'atto costitutivo o nello statuto della società, può, in concreto, esaurirsi in una indicazione meramente formale; ed in effetti, l'indirizzo unanimemente accolto nell'esame dei criteri di cui all'art. 73, comma 3, del TUIR, privilegia l'effettività della vita societaria.

Decisivi, pertanto, risultano sia il criterio della sede dell'amministrazione sia quello dell'oggetto principale, i quali vanno analizzati tenendo in debita considerazione i rilevanti mutamenti intervenuti nella dimensione internazionale dell'attività imprenditoriale e delle sue particolari dinamiche legate sempre più all'accentuata globalizzazione dei mercati.

La “sede dell'amministrazione” è espressione simile e in taluni casi identica a quella impiegata dal legislatore in ambito civilistico (artt. 46 e 2505 c.c.).

Sulla base delle elaborazioni civilistiche, può affermarsi che per individuare la sede dell'amministrazione, occorre aver riguardo al luogo da cui provengono gli impulsi volitivi dell'attività, vale a dire il luogo in cui effettivamente si organizza e si dirige la gestione sociale, ovvero quello da cui promanano le decisioni fondamentali della vita dell'ente.

In questo contesto, possono distinguersi due indirizzi: un primo orientamento, di tipo “formalistico”, che tiene conto del luogo in cui si riunisce il Consiglio di Amministrazione ovvero l'Assemblea dei soci (laddove le decisioni fondamentali della società sono assunte da tale organo societario), un secondo rispondente, invece, ad una visione “sostanzialistica” della dinamica e della gestione societaria, che individua alcuni elementi sintomatici in base ai quali pervenire ad una definizione del concetto di sede dell'amministrazione, quali, fra gli altri:

- la residenza degli amministratori, avendo principale riguardo agli amministratori di fatto e non a quelli di diritto;
- il potere effettivo di gestione dei conti bancari della società e, più in genere, delle sue disponibilità finanziarie;

- l'affidamento del potere decisionale concernente gli aspetti fondamentali e vitali della gestione societaria all'assemblea dei soci residenti in Italia; in questi casi l'ingerenza dell'assemblea nella gestione sociale, prevista per statuto, potrebbe determinare che la residenza dell'azionista assuma un forte valore indiziario per individuare il luogo da cui promanano gli impulsi dell'amministrazione concreta della società e, dunque, la sede di direzione effettiva;
- la struttura organizzativa della società, da intendersi come il luogo in cui è presente un apparato organizzato di beni e persone, dove viene esercitata l'impresa e da dove promanano le attività di direzione dell'ente.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha affrontato il problema dell'individuazione della sede dell'amministrazione enunciando criteri ispirati ad un'ottica estremamente pragmatica, che mirano a superare il mero dato formale o apparente e dare rilevanza agli elementi sostanziali riscontrati presso la società.

In tal senso, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 3604 del 16 giugno 1984, ha avuto modo di affermare che costituisce sede effettiva di una persona giuridica il "...luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione..." delle società e "...cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente...".

Detta sede effettiva, ha sostenuto ancora la Suprema Corte, "non coincide con il luogo in cui si trova un recapito della medesima, oppure una persona che genericamente ne cura gli interessi o sia preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenze o stabilimenti, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell'impresa".

Dal punto di vista probatorio, va in questa sede segnalato come ancora la Corte di Cassazione, in diverse sentenze, abbia avuto modo di precisare che, per l'individuazione della "sede effettiva" o "dell'oggetto principale" di una società o di un ente, le risultanze degli atti ufficiali (statuto o atto costitutivo) hanno solo valore di presunzione semplice, come tale superabili "...con ogni mezzo di prova..." che sia idoneo a dimostrare la diversità tra residenza effettiva e formale.

In sede ispettiva, pertanto, l'attenzione dei verificatori andrà posta sul reperimento di tutti gli elementi utili a comprovare, nel loro insieme, che le attività amministrative e gestionali della società formalmente residente all'estero sono di fatto svolte sul territorio nazionale.

Pertanto, sia in sede di accesso sia nel corso della verifica si avrà cura di ricercare e acquisire la documentazione che può risultare idonea a tal fine; a titolo esemplificativo, occorrerà acquisire notizie e documenti in merito a:

- la residenza degli amministratori, verificando se vi sia prevalenza di consiglieri residenti in Italia.

In proposito, occorre evidenziare come la prassi societaria abbia rilevato nel tempo un crescente utilizzo di amministratori "professionali" e di società di domiciliazione ubicate all'estero, preposte alla gestione dell'ente; in tali casi, occorrerà accertare se tali soggetti esercitano una reale influenza sull'amministrazione della società stessa, ovvero rappresentino solo un mero "schermo" per celare una situazione di fatto in cui la gestione si svolge concretamente sul territorio nazionale;

- il luogo in cui si svolgono le riunioni – formali e/o informali – del Consiglio di Amministrazione e sono compiuti gli atti di amministrazione.

A tale riguardo, nei casi di riunioni formalmente svoltesi all'estero, può essere utile riscontrare se nelle date indicate sui registri sociali gli amministratori abbiano effettivamente soggiornato all'estero; analoghi riscontri andranno effettuati nei casi, anch'essi frequenti, di riunioni tenutesi in videoconferenza, verificando la disponibilità materiale, nel luogo indicato sui libri sociali, della strumentazione tecnica necessaria

per tali collegamenti, e acquisendo ogni utile notizia circa l'effettiva presenza, nel giorno della riunione, di tutti i soggetti indicati nei suddetti registri;

- il luogo di recapito delle lettere di convocazione del Consiglio di Amministrazione e dell'Assemblea dei soci, nonché quello di recapito e partenza della corrispondenza commerciale;
- comunicazioni fax e/o e-mails dalle quali emergano elementi atti a comprovare che la sede di direzione effettiva della società è sul territorio nazionale;
- il luogo in cui sono stati stipulati i contratti relativi ad attività poste in essere dalla società, ivi compresi quelli concernenti l'eventuale negoziazione di titoli azionari;
- la disponibilità sul territorio nazionale di conti correnti da cui la società trae le provviste finanziarie per lo svolgimento delle attività sociali;
- Il luogo di approvvigionamento, predisposizione e formazione dei documenti, contabili o d'altra natura, delle società formalmente istituite all'estero; nella pratica dei controlli, infatti, non sono mancati casi in cui detta documentazione è stata acquistata e/o predisposta presso fornitori italiani.

L'altro criterio di collegamento utilizzato dal legislatore tributario per ricondurre in Italia la residenza di società estere è quello dell'oggetto principale, concetto che appare di più dubbia definizione rispetto a quello di sede dell'amministrazione.

D'altra parte, l'identità letterale con la definizione civilistica, consente di mutuare l'interpretazione dottrinale elaborata in tale ambito, secondo la quale l'oggetto dell'impresa coincide con la concreta attività svolta per il raggiungimento dello scopo sociale; sotto questo profilo può rilevarsi come anche il secondo periodo del comma 4 dell'art. 73 del TUIR, precisi che per oggetto principale debba intendersi "l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto".

Si tratta, a ben vedere, di una definizione estremamente ampia, per circoscrivere la quale si ritiene in genere necessario prendere in considerazione lo svolgimento dell'attività per il cui esercizio la società è stata costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi.

Anche per tale criterio di collegamento, è utile riportare l'orientamento espresso dalla Cassazione, tra l'altro, con la sentenza n. 3910 del 9 giugno 1988, la quale ha affermato che "l'oggetto principale dell'attività corrisponde all'attività esercitata in concreto ed in via primaria dalla società".

Pertanto, tra gli elementi da prendere in considerazione in sede controllo al fine di ricondurre sul territorio nazionale l'oggetto principale della società è possibile indicare i seguenti:

- Il luogo di svolgimento delle attività che hanno consentito la conclusione di atti e negozi;
- l'identità delle controparti di questi ultimi e la loro residenza;
- l'individuazione dei mercati sui quali sono stati negoziati i titoli di eventuali società partecipate, nonché l'ubicazione di tali società;
- la localizzazione della effettiva gestione dei conti correnti e delle disponibilità finanziarie della società.

Ove l'attività svolta in Italia risulti prevalente in senso assoluto, o comunque risulti nettamente preponderante nel quadro di tutte le attività svolte, appare possibile sostenere che l'oggetto principale della società sia collocabile, ai fini fiscali, in Italia.

CAPITOLO 7

LA STABILE ORGANIZZAZIONE

1. Introduzione.

La stabile organizzazione è un istituto di diritto tributario, che collega ad uno Stato il reddito derivante da un'attività economica svolta sul suo territorio da un'impresa non residente, mediante una struttura dipendente ivi localizzata in via permanente.

L'art. 23, comma 1, lett. e) e l'art. 151, comma 2, del TUIR, prevedono che ai fini della tassazione dei soggetti non residenti, si considerano prodotti nel territorio dello Stato, i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nello stesso territorio mediante stabili organizzazioni

Secondo lo stesso TUIR, il reddito di una stabile organizzazione di una società o ente non residente è considerato reddito d'impresa ed è determinato in base alle relative disposizioni; nell'ipotesi in cui, invece, un soggetto estero operi in Italia, ma non sia in proposito configurabile una stabile organizzazione, resta fermo il principio in base al quale ciascun tipo di reddito conserva l'autonomia propria della categoria d'appartenenza.

Come verrà meglio chiarito in seguito, dall'esistenza di una stabile organizzazione sul territorio nazionale discendono effetti anche con riferimento ad altri comparti impositivi, tra i quali l'IRAP e l'IVA.

2. Il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette e dell'IRAP.

a. Il Modello di Convenzione OCSE e la giurisprudenza.

L'ordinamento tributario nazionale, fino alla riforma del TUIR ad opera del D.Lgs. n. 344/2003, non contemplava alcuna nozione di "stabile organizzazione", per cui le questioni controverse venivano risolte in base alla definizione generale contenuta nel Modello di Convenzione OCSE o sulla base di specifiche Convenzioni contro le doppie imposizioni.

In particolare, nell'ambito del citato Modello OCSE, è l'art. 5 ad occuparsi della nozione di stabile organizzazione, rilevante ai fini del successivo art. 7, paragrafo 1, dello stesso modello, per il quale se l'impresa di uno Stato contraente svolge la propria attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, gli utili da essa conseguiti sono imponibili, oltre che nello Stato di residenza, anche nello Stato della fonte, ma unicamente nella misura in cui siano attribuibili alla stabile organizzazione stessa.

Al riguardo, il citato art. 5 contempla una ipotesi tipica, risultante dal combinato disposto dei paragrafi 1, 2 e 4, che richiama il concetto di luogo fisso d'esercizio dell'attività mediante il quale l'impresa estera esercita in tutto o in parte il proprio *business*.

Secondo l'indirizzo dello stesso OCSE, tale definizione postula il verificarsi di tre condizioni, quali l'esistenza di una sede d'affari, cioè di un luogo (locali o magazzino) o, in certi casi, macchinari ed attrezzi, il fatto che tale sede di affari sia fissa, cioè situata in un sito determinato e caratterizzata da un certo grado di permanenza, nonché lo svolgimento dell'attività d'impresa per mezzo di tale sede.

Ancora secondo l'OCSE:

- il momento in cui nasce la stabile organizzazione deve identificarsi in quello in cui l'impresa comincia a svolgere la propria attività per mezzo di una sede fissa d'affari, con esclusione del periodo di allestimento, a condizione che l'attività preparatoria sia sostanzialmente difforme da quella successivamente esercitata;
- la stabile organizzazione cessa nel momento in cui l'impresa si spossessa dell'insediamento per alienazione o affitto della sede fissa, ovvero per la cessazione dell'attività.

Il paragrafo 2 del citato art. 5 fornisce una lista di esempi caratteristici che possono configurare una stabile organizzazione, fra i quali vengono individuati una sede di

direzione, una succursale, un ufficio, un'officina, un laboratorio, una miniera o giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, un cantiere di costruzione e montaggio la cui permanenza superi i dodici mesi.

Il paragrafo 4 dello stesso articolo prevede che, comunque, non si considera che vi sia una stabile organizzazione, qualora si faccia uso di una installazione a soli fini di deposito, esposizione o consegna di merci, ovvero quando queste ultime siano immagazzinate solo per le suddette finalità, la sede fissa sia utilizzata unicamente per acquisto merci ovvero per raccogliere informazioni per l'impresa, o per fini di pubblicità, fornitura di informazioni, ricerche scientifiche o attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario.

Non si ha quindi stabile organizzazione – come è stato precisato in sede OCSE – nel caso dell'ufficio di rappresentanza, né allorché l'attività si estrinsechi in un contratto d'affitto o di concessione in uso di immobili, impianti macchinari o attrezzature, posto in essere senza un insediamento stabile, a meno che in questo contesto non siano compresi anche altre attività, quali, a titolo di esempio, la gestione immobiliare, l'approvvigionamento di materie prime, la manutenzione e la riparazione dei beni affittati.

Il paragrafo 5 precisa altresì che si ritiene configurabile una stabile organizzazione anche quando “una persona – diversa da un agente che goda di uno *status* indipendente... – agisce per conto di una impresa, ed abitualmente esercita in uno Stato contraente il potere di concludere contratti” in nome dell'impresa stessa, a meno che le attività svolte da detto soggetto siano limitate a quelle che, qualora esercitate per mezzo di una sede fissa d'affari, rientrerebbero nelle ipotesi “escluse” di cui al menzionato paragrafo 4.

Sulla base della definizione di stabile organizzazione contenuta nel Modello OCSE, la giurisprudenza di legittimità ha affermato, tra gli altri, i seguenti principi:

- una società di capitali con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione plurima di società estere appartenenti ad uno stesso gruppo e perseguiti una strategia unitaria; in tal caso, la ricostruzione dell'attività posta in essere dalla società nazionale al fine di accertare se si tratti o meno di attività ausiliaria o preparatoria, deve essere unitaria e riferita al programma del gruppo complessivamente considerato;
- la partecipazione di rappresentanti di una struttura nazionale durante la fase di conclusione di contratti tra la società estera e un altro soggetto residente, può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa estera, anche al di fuori del potere di rappresentanza, configurando quindi uno degli elementi costitutivi della stabile organizzazione;
- l'accertamento dei requisiti del centro di attività stabile o di stabile organizzazione, ivi compreso quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti, va condotto non sul piano formale, ma anche e soprattutto su quello sostanziale;
- non si può definire meramente ausiliaria l'attività di controllo sull'esatta esecuzione di un contratto fra residente e non residente.

b. La nozione contenuta nella legislazione nazionale.

L'art. 162 del TUIR, che contiene la nozione di stabile organizzazione, ricalca sostanzialmente il testo dell'art. 5 del Modello di convenzione OCSE, discostandosene solo per alcuni aspetti, per i quali, come precisa la circolare dell'Agenzia delle Entrate 16 giugno 2004, n. 25/E, sono state tenute presenti le interpretazioni contenute nel Commentario al citato Modello concordate fra gli Stati aderenti al predetto Organismo.

Il medesimo articolo fa preliminarmente salva la clausola dell'art. 169 TUIR (peraltro rinunciabile dall'interessato), secondo cui le disposizioni dello Testo Unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione.

La disposizione in parola, pertanto, opera limitatamente ai casi che non siano disciplinati da una Convenzione, ferma restando, appunto, la possibilità del contribuente di invocarne comunque l'applicazione, qualora in concreto più vantaggiosa.

Ciò premesso, secondo il comma 1, del citato art. 162, l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato; tale nozione "legale" è valida non solo ai fini delle imposte sui redditi, ma anche ai fini IRAP, mentre – come verrà meglio precisato nel paragrafo successivo del presente Capitolo 7 – non può essere utilizzabile ai fini IVA, sebbene anche per tale ultimo tributo il concetto in argomento assuma una importanza fondamentale per l'individuazione del corretto trattamento fiscale da applicare ad alcune casistiche concrete.

Nell'ambito di tale definizione generale, alla quale sono evidentemente adattabili le tre condizioni fondamentali individuate dall'OCSE e richiamate in precedenza, vengono poi configurate ipotesi concrete, sia positive, sia negative.

Per le prime, il comma 2, del citato art. 162 del TUIR, stabilisce che l'espressione "stabile organizzazione" comprende, in particolare, una sede di direzione, una succursale, un ufficio, un'officina, un laboratorio, una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale o un altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, conformemente al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali; il successivo comma 3 precisa che un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, è considerato "stabile organizzazione" soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi.

Tale specifica previsione differisce da quella del Modello OCSE, sia per la durata minima oltre la quale un cantiere costituisce stabile organizzazione, sia per la rilevanza attribuita all'attività di supervisione; dal primo punto di vista, l'art. 5 del Modello OCSE richiede una durata superiore a 12 mesi, mentre la maggior parte delle Convenzioni stipulate dall'Italia prevede un limite temporale di norma più ampio del trimestre.

Per quanto concerne il secondo aspetto, l'attività di supervisione non è contemplata nella corrispondente previsione del Modello OCSE, ma è comunque presa in considerazione dal relativo Commentario, per il quale le attività di supervisione e preparatorie connesse con il cantiere sono da includere nel computo dei 12 mesi.

Le ipotesi negative sono indicate nel comma 4, per il quale una sede fissa d'affari non è, in ogni caso, considerata stabile organizzazione, se:

- viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;
- i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, esposizione o consegna;
- i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;
- una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquisto di beni o merci o per raccogliere informazioni per l'impresa;
- viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;
- viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività in precedenza indicate, sempre che l'attività della sede fissa nel suo insieme, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario.

Nel caso in cui, in concreto, ricorrano le suddette ipotesi negative – la cui comune caratteristica è quella di configurare attività di carattere ausiliario e/o preparatorio, non costituenti aspetti determinanti dell'attività d'impresa e concorrenti alla realizzazione dell'utile solo in misura marginale – sarà sempre esclusa la ricorrenza di una stabile organizzazione, anche nell'eventualità in cui fossero presenti i requisiti caratterizzanti la definizione generale.

Il successivo comma 5 affronta il problema della definizione della stabile organizzazione nell'ambito di quel complesso fenomeno che è il commercio elettronico, realizzato cioè attraverso la rete di comunicazione telematica *internet*, precisando che non costituisce di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi; rientrano in tale previsione tanto il *server* che supporta un sito *internet*, quanto lo stesso *sito web*.

Dal contenuto del menzionato comma 5, pare quindi che, per la configurabilità della stabile organizzazione in caso di attività svolta nel territorio nazionale mediante strumentazioni elettroniche che consentono la trasmissione telematica di dati, non sia sufficiente la mera disponibilità o il solo utilizzo di dette strumentazioni e dei relativi impianti ausiliari, essendo necessario un elemento aggiuntivo, vale a dire una struttura organizzativa di un certo livello, caratterizzata dalla presenza di personale e di risorse strumentali destinate alla specifica attività, tali da configurare in maniera evidente una sede fissa d'affari deputata in concreto allo svolgimento dell'attività all'interno dello Stato e non semplicemente un mero supporto per attività di fatto svolte all'estero e, semplicemente, "canalizzate" telematicamente nel territorio nazionale.

In merito, è da evidenziare che la soluzione adottata, sul punto, dal D.Lgs. n. 344/2003, appare non del tutto in linea con quella al momento prescelta in sede OCSE; infatti, secondo le indicazioni del Commentario al Modello OCSE (paragrafi dal 42.1 al 42.10), il *sito web*, attesa l'immaterialità degli elementi che lo compongono, quali programmi, dati elettronici, immagini, ecc., non costituisce stabile organizzazione, essendo peraltro privo di una localizzazione che permetta di individuare una sede fissa d'affari, mentre il *server*, essendo una strumentazione meccanica deputata ad ospitare e supportare *siti web* e la relativa attività di accesso dell'utenza ai dati negli stessi contenuti, costituisce comunque stabile organizzazione anche in assenza di personale addetto al suo funzionamento e alla sua manutenzione.

Nonostante le previsioni dianzi riportate il comma 6 dell'art. 162 del TUIR, precisa che costituisce comunque una stabile organizzazione il soggetto che, residente o non residente, nel territorio dello Stato abitualmente concluda in nome dell'impresa non residente contratti diversi da quelli di acquisto di beni; tale ipotesi configura quella che comunemente è denominata "stabile organizzazione personale".

Anche a tale riguardo è rilevabile una diversità con il Modello di Convenzione OCSE, in quanto mentre quest'ultimo esclude la sussistenza di una stabile organizzazione personale nel caso in cui il soggetto si limiti ad effettuare attività di carattere preparatorio o ausiliario, il comma 6, dell'art. 162, esclude solo la rilevanza della stipula di contratti di acquisto di beni e non anche di altri contratti che pure possono riferirsi ad attività di carattere preparatorio o ausiliario, come quelli per l'acquisizione di servizi.

Il successivo comma 7, chiarisce, conformemente al Modello OCSE, che la stabile organizzazione non è configurabile per il solo fatto che l'impresa non residente eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissario generale, o di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della propria ordinaria attività; in maniera più specifica, il comma 8 esclude l'esistenza della stabile organizzazione quando un'impresa esercita nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un raccomandatario marittimo o di un mediatore marittimo che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa.

In ultimo, per quanto concerne i rapporti nell'ambito dei gruppi di impresa, il comma 9, del richiamato art. 162, precisa che la circostanza che un'impresa non residente, con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato, controlli un'impresa residente, ne sia controllata o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o non attività d'impresa, non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra; resta ovviamente fermo che anche una società del gruppo, dotata formalmente di autonoma veste giuridica, può essere considerata stabile organizzazione di un'altra società del gruppo medesimo, qualora siano presenti le condizioni proprie della definizione generale, come confermato dalle richiamate indicazioni giurisprudenziali.

Per quanto concerne, in particolare, le modalità di imposizione:

- l'art. 152 del TUIR specifica che, per le società e gli enti commerciali non residenti con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, il reddito complessivo è determinato sulla base di apposito conto economico relativo alla gestione delle stabili organizzazioni e alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia;
- l'art. 14 del D.P.R. n. 600/73, stabilisce che le imprese non residenti che esercitano in Italia attività commerciali mediante stabili organizzazioni devono rilevare nella contabilità distintamente i fatti di gestione che interessano tali articolazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse.

La stabile organizzazione italiana opera, inoltre, in qualità di sostituto d'imposta ed è oggetto di ritenute a fronte di redditi conseguiti all'estero.

In particolare, la stabile organizzazione deve adempiere agli obblighi del sostituto d'imposta nel caso in cui corrisponda, a soggetti nazionali, somme rientranti nelle seguenti categorie:

- redditi da lavoro dipendente o assimilati;
- redditi da lavoro autonomo;
- provvigioni.

Nel caso di corresponsione di somme in favore di soggetti esteri, gli obblighi di cui sopra vanno assolti quando dette somme rientrano nelle seguenti categorie:

- redditi assimilati a quelli da lavoro dipendente;
- redditi da lavoro autonomo, con esclusione delle prestazioni effettuate all'estero;
- rendite finanziarie.

La stabile organizzazione, infine, è soggetta all'applicazione di ritenute d'imposta per le somme ad essa corrisposte da soggetti esteri, rientranti nelle seguenti categorie:

- interessi su finanziamenti esteri;
- dividendi corrisposti da società estere;
- canoni per l'utilizzo di beni immateriali.

3. Il concetto di stabile organizzazione ai fini IVA.

Non esistendo nel diritto italiano una nozione normativa di stabile organizzazione ai fini IVA, per tale comparto impositivo occorre richiamare i principi più volte affermati dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Corte di Cassazione, secondo i quali in sintesi:

- tale nozione deve essere tratta dall'art. 5 del modello di convenzione OCSE contro la doppia imposizione e dal relativo Commentario (deve pertanto registrarsi un grado sufficiente di permanenza in un luogo fisso nello Stato di non residenza), integrata con i requisiti propri della disciplina dell'IVA, secondo i quali detta struttura, per configurare una stabile organizzazione, deve essere dotata, *congiuntamente*, di risorse sia materiali sia umane; in definitiva, una sede senza una costante presenza umana non può essere considerata stabile organizzazione;

- al pari di quanto detto per il settore delle imposte dirette, la struttura in questione può essere costituita anche da un'entità avente personalità giuridica, alla quale venga, anche di fatto, affidata la cura di affari (cosiddetto *management*) e non attività di carattere meramente preparatorio o ausiliario nei confronti della società non residente;
- la stabile organizzazione deve porre in essere operazioni rilevanti ai fini IVA.

La questione dell'autonomia ai fini IVA della stabile organizzazione di un soggetto non residente, deve inoltre essere valutata alla luce delle disposizioni contenute nel D.P.R. n. 633/72, che:

- nell'art. 7, definisce il presupposto territoriale dell'imposta;
- nell'art. 17, individua i soggetti passivi del tributo;
- nell'art. 38 ter, regola l'ipotesi di diniego di rimborso dell'imposta ai non residenti, con stabile organizzazione nazionale, tramite il meccanismo previsto dalla norma;
- nell'art. 21, prevede che la fattura debba indicare per i non residenti l'ubicazione della stabile organizzazione.

Dal complesso di tali norme e, in particolare, dalla disposizione contenuta nell'art. 17, comma 4, del D.P.R. n. 633/72, si ricava che, quando ricorrono il requisito oggettivo dell'esercizio abituale di una attività commerciale, richiesto dall'art. 4, comma 1, del citato D.P.R. n. 633/72 e quello territoriale della stabilità in Italia di una organizzazione del soggetto non residente, gli obblighi ed i diritti relativamente alle operazioni effettuate da o nei confronti della stabile organizzazione non possono essere adempiuti secondo i modi ordinariamente previsti per i soggetti non residenti (direttamente o tramite rappresentate residente).

La stabile organizzazione nello Stato, in quanto obbligata al pagamento ed alla rivalsa dell'imposta, oltreché al rispetto dei doveri formali di fatturazione delle operazioni attive e di registrazione delle fatture passive, è l'unico centro di imputazione fiscale delle operazioni riferibili al soggetto non residente e rappresenta anche il solo soggetto legittimato a presentare la dichiarazione annuale.

Un tratto distintivo della disciplina IVA concernente le stabili organizzazioni, rispetto a quanto previsto per le imposte dirette, riguarda le operazioni che intercorrono con la casa madre.

Nelle imposte dirette, gli elementi reddituali che si generano in dette ipotesi assumono pieno rilievo ai fini tributari, dovendo peraltro essere valorizzati secondo quanto previsto dalla normativa in materia di prezzi di trasferimento; nel comparto IVA, invece, tali operazioni non assumono alcuna rilevanza, non essendo traslabile il principio in base al quale la stabile organizzazione assoggetta ad imposta le operazioni con i terzi (entrambi soggetti autonomi), alle operazioni intercorrenti tra la medesima stabile organizzazione e la propria casa madre (in quanto si tratta del medesimo soggetto passivo).

4. Indicazioni operative.

a. Profili generali.

Le forme evasive più pericolose che interessano l'istituto della stabile organizzazione sono individuabili, principalmente, nelle situazioni in cui:

- un'impresa estera operi in Italia attraverso una stabile organizzazione non formalmente costituita e, pertanto, sconosciuta come tale all'Amministrazione finanziaria;
- un'impresa residente fiscalmente in Italia disponga all'estero di stabili organizzazioni non dichiarate.

L'art. 162 del TUIR contiene una definizione valevole anche per stabilire, nell'ordinamento italiano, quando vi sia una stabile organizzazione estera del soggetto residente; nell'applicazione dell'art. 165 (credito per le imposte pagate all'estero), infatti, il relativo comma 2 impone una lettura "a specchio" dell'art. 23 del TUIR per stabilire quando il

reddito attribuito all'impresa residente si consideri di fonte estera; ciò porta a ritenere che la nozione di stabile organizzazione debba essere tendenzialmente unitaria.

In effetti, potrebbe in concreto verificarsi che un soggetto estero sia di fatto gestito ed amministrato da un contribuente italiano che, pur appartenente al medesimo gruppo societario, non dispone, direttamente o indirettamente, di alcuna partecipazione azionaria.

Detta ipotesi potrebbe configurare, appunto, un caso di presenza all'estero di una stabile organizzazione non dichiarata dell'impresa italiana.

Nel fornire, di seguito, osservazioni e indicazioni in ordine agli aspetti operativi, si farà unicamente riferimento all'ipotesi di stabile organizzazione occulta in Italia di un soggetto estero; le considerazioni formulate, tuttavia, possono valere, *a contrario*, anche con riguardo al caso della stabile organizzazione estera di un soggetto residente in Italia.

b. Aspetti da considerare in sede di selezione dei soggetti da sottoporre ad attività ispettiva e successiva preparazione dell'intervento.

Al fine di individuare possibili casi di stabile organizzazione non noti al fisco, appare utile una selezione dei soggetti esteri che hanno dichiarato l'istituzione sul territorio italiano di una sede secondaria con rappresentanza stabile o un ufficio di rappresentanza, al fine di accertare se, sussistendone i presupposti, possa, appunto, configurarsi un'ipotesi di stabile organizzazione non formalmente costituita.

Detta individuazione, può essere operata tramite l'interrogazione al sistema "ULISSE" presente nella banca dati Telemaco, selezionando quale natura giuridica "soggetto estero" e come "tipo localizzazione", per le ipotesi di sede secondaria con rappresentanza stabile e quelle di sede di rappresentanza, rispettivamente, "sede secondaria" e "unità locale"

Al riguardo, va posto in risalto che le sedi secondarie con rappresentanza stabile costituiscono, entità operative caratterizzate da un'inequivocabile dipendenza dall'impresa dalla quale promanano (sotto il profilo sia economico che amministrativo), essendone parte integrante e subordinata.

L'art. 2197 c.c. prevede l'obbligo, per l'imprenditore, anche non residente, che istituisce nel territorio nazionale una sede secondaria con rappresentanza stabile, di chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese; l'art. 2508 c.c. prevede che le sedi secondarie di società estere siano soggette alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa, con particolare riferimento agli oneri di pubblicità legale degli atti sociali (tra i quali anche i bilanci), ancorché riferiti all'impresa estera nel suo complesso.

Non vi è, tuttavia, perfetta identità tra la nozione di stabile organizzazione e quella di sede secondaria con rappresentanza stabile.

A titolo esemplificativo, da un lato, non è necessario, perché vi sia stabile organizzazione, che sussista in capo ad una determinata persona un potere di rappresentanza, in quanto, tra le ipotesi di stabile organizzazione vanno annoverati, tra l'altro, uffici, laboratori, officine, ecc., che non richiedono obbligatoriamente la nomina di un rappresentante; dall'altro lato, vi possono essere casi in cui, pur in presenza di un rappresentante del soggetto estero, non si configuri alcuna stabile organizzazione in quanto la sede secondaria è utilizzata al solo fine di acquistare merci o di raccogliere informazioni per l'impresa non residente.

Del pari, potrà essere approfondita l'operatività delle unità locali di imprese estere che formalmente assumono la forma di meri "uffici di rappresentanza", vale a dire di quelle entità con funzioni esclusivamente promozionali e pubblicitarie, di raccolta di informazioni, di ricerca scientifica o di mercato.

In linea generale, infatti, l'ufficio di rappresentanza è obbligato a svolgere una funzione meramente ausiliaria o preparatoria in favore dell'impresa straniera da cui promana, non potendo esercitare alcuna attività imprenditoriale in senso proprio.

L'ufficio di rappresentanza costituisce, in definitiva, un mero centro di costo, il cui responsabile non ha alcun potere di decidere o di impegnare la società di fronte a terzi;

detto Ufficio, conseguentemente, non produce alcun reddito e non soggiace agli obblighi civilistici previsti per le sedi secondarie.

L'attività investigativa ed operativa sarà quindi diretta, anche in quest'ultimo caso, a verificare se, nonostante la formale denominazione, sussistano di fatto i requisiti e le caratteristiche richiesti per la configurabilità di una stabile organizzazione.

Un'ulteriore attività finalizzata alla selezione di soggetti potenzialmente esposti alla fattispecie in esame, potrà essere condotta con riferimento a contribuenti nazionali formalmente autonomi sotto il profilo giuridico, che risultino operare come meri intermediari (attraverso la stipula di contratti di agenzia, commissione, ecc.) di imprese estere e che, in conseguenza di ciò, percepiscano e dichiarino il solo reddito rinveniente dalle provvigioni percepite per le prestazioni rese.

L'esperienza operativa, infatti, dimostra che circostanze della specie, soprattutto quando il rapporto contrattuale intercorre tra consociate, possano a volte celare ipotesi di stabili organizzazioni occulte del soggetto non residente, ove, in particolare, dovesse dimostrarsi che il contribuente nazionale:

- non possa considerarsi indipendente, operando sotto rigide direttive del soggetto estero;
- abbia il potere di concludere contratti per conto dell'impresa non residente.

Per i soggetti obbligati alla redazione del bilancio, l'attività di intermediazione svolta in favore di un'impresa non residente potrà essere rilevata dalla lettura della relazione sulla gestione, integrando tali informazioni con quelle acquisibili attraverso l'esame della nota integrativa e della Sezione RF2 del Modello Unico.

L'azione investigativa ed ispettiva dovrà essere dunque finalizzata ad appurare se, al di là dell'aspetto formale degli accordi intercorrenti tra le due società del gruppo, si ravvisino elementi tali da poter ipotizzare l'esercizio di una vera e propria attività d'impresa sul territorio nazionale da parte del soggetto estero attraverso una propria stabile organizzazione, da individuarsi, appunto, nell'intermediario nazionale.

Si segnala, infine, che il fenomeno delle stabili organizzazioni di imprese estere, non formalmente costituite in Italia, potrebbe essere ispirato da un disallineamento di aliquote IVA tra l'Italia e lo Stato estero dell'impresa non residente, nell'ipotesi in cui in tale ultimo Stato dovesse gravare un'imposizione più lieve rispetto a quanto previsto dall'ordinamento nazionale.

Una tale circostanza potrebbe infatti spingere l'impresa estera a ricondurre in capo a sé il volume d'affari sviluppato attraverso soggetti e/o mezzi operanti sul territorio italiano, allo scopo di beneficiare di un'aliquota IVA ridotta e, sotto un profilo più strettamente economico, vendere beni o servizi a prezzi maggiormente concorrenziali.

c. *Aspetti da considerare nella fase esecutiva dell'attività ispettiva.*

Nella fase di accesso, dovrà essere condotta una mirata ed attenta attività di ricerca documentale finalizzata alla raccolta di elementi utili a sostenere l'operatività in qualità di stabile organizzazione di un'impresa estera da parte del contribuente verificato.

Ciò in considerazione del fatto che la verifica circa l'esistenza di elementi costitutivi di una stabile organizzazione, che può anche essere rappresentata da un'entità residente avente autonoma personalità giuridica e dotata di risorse materiali e/o umane, deve essere condotta sul piano fattuale, prescindendo da qualificazioni giuridico-formali.

In particolare, la prova dell'esistenza di una stabile organizzazione di un'impresa estera potrà essere ricavata da specifici elementi probatori o indiziari, quali:

- il coinvolgimento di personale della società italiana nella stipulazione di contratti da parte dell'impresa straniera o anche solo la partecipazione a trattative per la loro conclusione, a prescindere dal conferimento di formali poteri di rappresentanza;

- contrattualistica o documentazione in genere da cui si evincano una serie di obblighi e limitazioni che pongano il soggetto italiano che opera quale intermediario, in una posizione servente rispetto all'impresa straniera.

In linea generale, infatti, l'inesistenza di una certa terzietà e contrapposizione di interessi tra l'entità non residente e quella italiana può essere sintomo significativo della configurabilità di quest'ultima quale stabile organizzazione della prima.

A titolo esemplificativo, si può citare il caso in cui in un contratto di agenzia siano espressamente previste, in capo all'agente, obbligazioni quali quella di concordare le offerte di vendita dei prodotti e di rispettare standard qualitativi fissati dall'impresa estera, di comunicare a quest'ultima tutte le possibilità di migliorie e sviluppo dei prodotti, cedendo gratuitamente quelle realizzate, o ancora di consentire alla stessa la possibilità di effettuare verifiche periodiche sulle attività esercitate; sempre a questo proposito, potrà risultare significativa la circostanza che l'impresa estera gestisca la formazione e l'addestramento del personale dell'italiana e svolga incisive funzioni di controllo sulla qualità dei servizi resi da quest'ultima;

- il soggiacere di personale dipendente della società italiana alle stringenti direttive del soggetto estero che dispone in Italia di locali messi a sua esclusiva disposizione per lo svolgimento di un'attività d'impresa;
- l'operatività diretta del soggetto estero, mediante l'utilizzo di locali dell'italiana ed attraverso proprio personale dipendente;
- carteggio dal quale sia possibile rinvenire traccia dell'intenzione di voler operare una netta separazione tra l'attività di effettiva conclusione dei contratti, condotta in realtà dal soggetto italiano, e quella di formale stipulazione degli stessi da parte dell'impresa estera, proprio allo scopo di mascherare l'esistenza di una stabile organizzazione sul territorio nazionale;
- la raccolta o il rinvenimento di elementi di esclusiva pertinenza del soggetto estero, quali timbri o carta intestata, che lascino dedurre che la stessa conclusione dei contratti, seppur formalmente fatta apparire come riconducibile all'impresa straniera, venga in realtà posta in essere dal contribuente italiano;
- la circostanza che vi sia esatta identità tra le persone fisiche che agiscono per l'impresa straniera e quelle che operano per quella nazionale;
- le dichiarazioni in atti del contribuente italiano o di suo personale dipendente, allo scopo di acquisire mirate informazioni che consentano di far luce sulla reale natura del rapporto intercorrente con l'impresa estera.

A fattor comune per ciascuna delle ipotesi appena enunciate, giova sottolineare come la corrispondenza intrattenuta con le società estere, sotto qualsiasi forma, possa fornire utili elementi e indicazioni da sottoporre ad eventuali approfondimenti.

PARTE VII
RAPPORTI FRA FUNZIONI DI POLIZIA TRIBUTARIA
E FUNZIONI DI POLIZIA GIUDIZIARIA

CAPITOLO 1

INQUADRAMENTO GENERALE: LE RELAZIONI FRA PROCEDIMENTO PENALE, PROCESSO TRIBUTARIO E ACCERTAMENTO

1. Introduzione.

Il tema dei rapporti fra funzioni di polizia tributaria e funzioni di polizia giudiziaria, riguarda sostanzialmente due profili distinti ma speculari:

- il primo, connesso alla constatazione che l'attività ispettiva fiscale può portare ad acquisire non solo elementi probatori di comportamenti evasivi o comunque di irregolarità nell'applicazione della normativa fiscale e, quindi, alla formulazione di proposte di recupero a tassazione e di applicazione di sanzioni amministrative, ma anche ad individuare fonti di prova di responsabilità penali, di norma con riferimento a reati tributari, ma anche per fattispecie di diversa natura, come, ad esempio, reati societari, contro il patrimonio, contro la Pubblica Amministrazione, fallimentari, ecc.;
- il secondo, riguardante la possibilità che, nel corso delle indagini o comunque nell'ambito del procedimento penale, i quali, peraltro, contemplano attività di acquisizione probatoria ben più incisive ed estese rispetto a quelle previste in ogni altro settore connotato dalla presenza di potestà ispettive, si pervenga all'ottenimento di risultanze comprovanti condotte evasive o irregolarità fiscali che, a prescindere dalle responsabilità penali, possono portare al recupero di imposte evase.

Preso atto di queste possibilità, il legislatore ha configurato appositi sistemi di "comunicazione" dall'attività ispettiva fiscale al procedimento penale e da questo alla prima, il cui compiuto esame richiede un preliminare inquadramento dei termini generali in cui sono regolamentate le relazioni intercorrenti fra il procedimento di accertamento, il successivo processo tributario e il procedimento penale.

Al riguardo, dette relazioni sono improntate al principio della più completa autonomia; infatti:

- da un lato, il D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74, contenente la disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, stabilisce, all'art. 20, che il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione;
- dall'altro, gli artt. 3 e 479 c.p.p., individuano i casi in cui il giudice penale può sospendere il procedimento di propria competenza, fra i quali, come evidenzia la relazione illustrativa del citato D.Lgs. n. 74/2000, non rientra la pendenza del processo tributario.

Per altro verso, detta autonomia non significa che i diversi procedimenti dianzi indicati non possano reciprocamente condizionarsi, quanto meno sul piano degli elementi acquisiti, ancorché non in misura tale da configurare vincoli di sorta; del resto, la previsione degli accennati sistemi di "comunicazione" fra gli stessi procedimenti, costituisce conferma di quest'ultima possibilità.

Il condizionamento che il procedimento tributario può esercitare su quello penale, passa peraltro per la rigida osservanza delle disposizioni procedurali dettate per il regolare svolgimento di quest'ultimo e che sono ispirate, in estrema sintesi, alla necessità di garantire all'indagato/imputato l'esercizio dei diritti di difesa.

Di contro, il condizionamento del procedimento penale sul procedimento e sul processo tributario, appare ispirato ad un minore formalismo.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, nei paragrafi che seguono saranno approfonditi, in maniera specifica, i termini in cui gli esiti finali del procedimento penale e, quindi, i provvedimenti assunti dal giudice che si esprimono sulla sussistenza o sulla insussistenza della responsabilità penale, possano influire sul processo tributario nonché sul procedimento

amministrativo di accertamento e quindi, eventualmente, anche sulla preventiva attività ispettiva strumentale a quest'ultimo.

2. Gli effetti del giudicato penale sul procedimento di accertamento.

Nella vigenza della precedente legislazione penale tributaria di cui al D.L. 10 luglio 1982, n. 429, convertito con modificazioni nella Legge 7 agosto 1982, n. 516, erano espressamente disciplinati gli effetti della sentenza penale definitiva sia sul processo tributario, sia sul procedimento amministrativo di accertamento; l'art. 12 di detta legge, stabiliva infatti, al comma 1, che "...la sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento pronunciata in seguito a giudizio relativa a reati previsti in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto ha autorità di cosa giudicata nel processo tributario per quanto concerne i fatti materiali che sono stati oggetto del giudizio penale" e, al comma 2, che "in base ai fatti di cui al comma precedente, gli uffici delle imposte dirette e gli uffici dell'imposta sul valore aggiunto, se non è scaduto il termine per l'accertamento, procedono ad accertamenti e possono integrare, modificare o revocare gli accertamenti già notificati, nonché irrogare o revocare le pene pecuniarie previste per i fatti stessi dalle disposizioni in materia di imposte sui redditi o sul valore aggiunto".

Il D.Lgs. n. 74/2000, nell'introdurre la nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi ed IVA, non solo, all'art. 25, ha espressamente abrogato la norma citata, ma non affronta in alcun modo la questione.

Potrebbe pertanto concludersi, con riferimento agli effetti della sentenza penale sull'accertamento, che l'Amministrazione finanziaria non sia in alcun modo vincolata alle risultanze definitive del processo penale e, quindi, che queste non influiscano in alcun modo neanche sulla pregressa attività ispettiva.

Tuttavia la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 264 del 23 luglio 1997, peraltro conforme a precedenti decisioni della stessa Consulta, ha assunto una posizione particolare, secondo la quale il dovere di adeguamento dell'Amministrazione finanziaria al giudicato penale discenderebbe da un principio generale dell'ordinamento, rinvenibile nell'art. 4 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (cosiddetta "legge abolitrice del contenzioso amministrativo") per il quale "l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali, in quanto riguarda il caso deciso"; il previgente art. 12, comma 2, della L. n. 516/82 avrebbe pertanto svolto una funzione meramente riproduttiva di questo principio e pertanto la sua abrogazione non avrebbe di fatto prodotto alcun effetto innovativo.

Tale posizione, pur se così autorevolmente espressa, non è stata seguita in maniera uniforme nella giurisprudenza, sia di merito, sia di legittimità.

La stessa Corte di Cassazione, nella sentenza n. 3421 depositata nel marzo 2001, se ne è decisamente discostata, ritenendo non sussistenti le condizioni per l'applicazione dell'art. 4 della L. n. 2248/1865, all. E, ai rapporti fra giudicato penale e procedimento tributario, salvo poi, con la successiva sentenza n. 1191 del 24 ottobre 2002, richiamare la citata disposizione del 1865 per ribadire l'obbligo dell'Amministrazione di uniformarsi al giudicato penale riguardante i medesimi fatti oggetto della pretesa tributaria, qualificando illegittima l'iscrizione a ruolo emessa dopo l'assoluzione in sede penale del contribuente.

La questione dei rapporti fra giudicato penale ed accertamento appare, quindi, ancora in via di completa definizione; tuttavia, al fine di disporre di ulteriori indicazioni, può essere utile fare riferimento alle soluzioni proposte dalla giurisprudenza relativamente al diverso, ma connesso, tema dei rapporti fra lo stesso giudicato penale ed il giudizio tributario.

3. Gli effetti del giudicato penale sul processo tributario.

Con riferimento a questa tematica, occorre premettere che, ancor prima del D. Lgs. n. 74/2000, l'orientamento giurisprudenziale prevalente propendeva per la tacita abrogazione dell'art. 12, comma 1, della L. n. 516/82, citato al precedente paragrafo 2, per effetto dell'art. 654 c.p.p.,

ritenuto operante, in difetto di espressa deroga, anche per i reati previsti da leggi speciali ex art. 207 delle disposizioni di attuazione dello stesso c.p.p.

Secondo l'art. 654 c.p.p., "nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata a seguito di dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o ad un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa"; atteso che, nel processo tributario, sussistono le limitazioni probatorie richiamate nel citato articolo, non essendo ammessa, tra l'altro, la prova testimoniale, si può effettivamente ritenere, in linea generale, che il giudice tributario sia svincolato dalla decisione del giudice penale.

Nondimeno, secondo alcune decisioni della giurisprudenza di legittimità, è necessario verificare se, nel caso specifico, nel giudizio penale siano state effettivamente ammesse prove escluse nel processo tributario, dal momento che, qualora la decisione del giudice penale non sia stata basata su prove testimoniali, escluse in sede contenziosa tributaria, ma solo, ad esempio, su prove documentali, il giudicato penale può assolvere ad una funzione vincolante, sulla base del citato art. 654 c.p.p.

Al di fuori di situazioni del genere, peraltro, la generale assenza di un vincolo espresso del giudicato penale su quello tributario, determina, altresì, che pure una sentenza di assoluzione a favore del contribuente/imputato non impedisca una sua condanna in sede tributaria, anche perché, come ha sottolineato in diverse occasioni dalla Corte di Cassazione, la normativa fiscale, consentendo un ampio ricorso alle presunzioni e prevedendo anche inversioni dell'onere della prova, altera l'ordinario regime probatorio vigente in materia penale, aprendo pertanto la strada a decisioni diverse nelle due sedi.

Per altro verso, la stessa giurisprudenza di legittimità, ha ammesso che il giudice tributario possa fondare il proprio convincimento anche sulle prove acquisite nel giudizio penale e pure nel caso in cui questo sia stato definito con una sentenza non avente efficacia di "giudicato opponibile" in sede giurisdizionale diversa, a condizione che proceda ad una propria ed autonoma valutazione degli elementi probatori utilizzati, motivando adeguatamente detta valutazione rispetto ai fatti specifici oggetto del giudizio tributario.

Più in dettaglio, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10269 dell'11 aprile 2005 ed altre successive di analogo contenuto, ha, al riguardo, affermato che "... il giudice tributario deve procedere ad un'autonoma valutazione, secondo le regole proprie della distribuzione dell'onere della prova nel giudizio tributario, degli elementi probatori acquisiti nel processo penale...infatti, la conseguenza del mutato quadro normativo indotto dall'art. 654 c.p.p. è che nessuna automatica autorità di cosa giudicata può più attribuirsi nel separato giudizio tributario alla sentenza penale irrevocabile, di condanna o di assoluzione, emessa in materia di reati tributari, ancorché i fatti accertati in sede penale siano gli stessi per i quali l'Amministrazione finanziaria ha promosso l'accertamento nei confronti del contribuente. Pertanto, il giudice tributario non può limitarsi a rilevare l'esistenza di una sentenza definitiva in materia di reati tributari con riguardo all'azione accertatrice del singolo ufficio tributario, ma, nell'esercizio dei propri autonomi poteri di valutazione della condotta delle parti e del materiale probatorio acquisito agli atti...deve, in ogni caso, verificarne la rilevanza nell'ambito specifico in cui esso è destinato ad operare".

In questo contesto, la Corte di Cassazione ha anche preso in esame la questione attinente gli effetti del cosiddetto "patteggiamento", affermando che, sebbene il codice di rito ne escluda qualsiasi efficacia esterna nei giudizi civili o amministrativi, la pronuncia emessa in base all'art. 445 c.p.p. costituisce, comunque, un importante elemento di prova, con la conseguenza che il giudice tributario, nell'ipotesi in cui intenda disconoscere ogni rilievo probatorio, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso la sua responsabilità in realtà insussistente e il giudice penale avrebbe prestato fede a tale ammissione.

Il quadro generale che emerge dalle posizioni dianzi richiamate, depone quindi per l'assenza di condizionamenti diretti ed immediati del giudicato penale rispetto alle decisioni del giudice tributario, ma, al contempo, per la sussistenza di un "potere – dovere" dello stesso giudice tributario di prendere comunque in considerazione, in assoluta autonomia e nel rispetto delle proprie regole processuali, gli elementi risultanti dalla sentenza penale, nonché la valutazione che degli stessi è stata operata dal giudice penale, dando piena contezza del percorso argomentativo seguito in sede di motivazione.

4. Considerazioni conclusive.

Le conclusioni riportate in chiusura del precedente paragrafo, permettono di disporre di qualche ulteriore elemento per orientare il tema dei riflessi del giudicato penale sull'accertamento tributario e, quindi, eventualmente, sull'attività ispettiva a questo precedente, i cui termini problematici sono stati posti in evidenza al paragrafo 2.

In proposito, si è dell'avviso che occorra distinguere:

- le situazioni in cui la decisione penale si esprima in maniera diretta e perentoria circa la posizione giuridica soggettiva considerata o da considerare nell'azione di accertamento, sulla base di esclusive risultanze istruttorie dirette di carattere documentale;

In tali circostanze appare difficile non riconoscere un vincolo di adeguamento da parte dell'Amministrazione; ove situazioni del genere emergano nell'attività ispettiva, non si potrà pertanto che richiamare - anche mediante allegazione, ove nulla osti in tal senso - la decisione del giudice penale, formulando le conclusioni in maniera coerente con i contenuti della stessa;

- i casi in cui la sentenza penale definitiva:
 - non si esprima in maniera diretta sulla posizione giuridica considerata o da considerare nell'azione d' accertamento, anche se riguardi posizioni giuridiche a questa connesse;
 - pur esprimendosi su detta posizione, si fondi sull'esame e sulla valutazione di risultanze probatorie in tutto o in parte di carattere indiziario;
 - sia stata emessa a seguito di patteggiamento.

In queste eventualità, pur non ravvisandosi alcun diretto vincolo, tanto in sede di accertamento quanto nella precedente attività ispettiva, occorre comunque prendere in considerazione i contenuti della sentenza stessa, valutarli secondo le specifiche regole proprie dell'accertamento tributario, soprattutto in punto di metodi di determinazione della base imponibile e motivare adeguatamente le conseguenti determinazioni.

CAPITOLO 2
L'UTILIZZO AI FINI FISCALI
DI DATI ED ELEMENTI ACQUISITI NEL CORSO DI ATTIVITÀ DI POLIZIA GIUDIZIARIA
E LE COMUNICAZIONI DELL'AUTORITÀ E DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

1. L'utilizzo di elementi probatori di provenienza penale. Inquadramento normativo.

Il primo e più importante sistema di "comunicazione" fra procedimento penale ed attività ispettiva fiscale e successivo procedimento di accertamento, è rappresentato dagli artt. 33, comma 3, del D.P.R. n. 600/73 e 63, comma 1, del D.P.R. n. 633/72, come modificati, da ultimo, dall'art. 23 del D.Lgs. n. 74/2000, che prevedono che la Guardia di Finanza "previa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, che può essere concessa anche in deroga all'art. 329 c.p.p., utilizza e trasmette agli uffici documenti, dati e notizie, acquisiti direttamente o riferiti ed ottenuti dalle altre forze di polizia, nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria".

In via preliminare, è da osservare che le citate disposizioni, testualmente, non contengono preclusioni di sorta circa la natura del reato per il quale i poteri di polizia giudiziaria sono stati esercitati, sicché le stesse consentono l'utilizzo fiscale degli elementi a tal fine rilevanti, emersi in ogni indagine avviata per qualsiasi tipologia di illecito penale e non solo per reati propriamente fiscali.

Parimenti, l'espressione "utilizza...dati, documenti e notizie" fa evidentemente riferimento ad ogni genere di risultanza emersa nella sede penale, anche di natura non strettamente documentale, così come a qualsiasi effetto fiscale dalla stessa conseguente, sia in punto di determinazione del presupposto d'imposta (si pensi al caso dell'interposizione fittizia ex art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/73, o alla riconduzione sul territorio nazionale di una società avente formalmente la sede all'estero ai sensi dell'art. 73, comma 3, TUIR, ovvero, ancora, alla individuazione di una stabile organizzazione a mente dell'art. 162 dello stesso TUIR), sia sul piano dell'individuazione e quantificazione di componenti di basi imponibili sottratti a tassazione (ricavi o altri proventi non contabilizzati, costi inesistenti o indeducibili fiscalmente, ecc.).

Va posta in evidenza l'importante novità apportata al sistema delineato dalle disposizioni dianzi richiamate dal D.Lgs. n. 74/2000, il cui art. 23 ha determinato il superamento del limite in precedenza posto all'Autorità giudiziaria, per la concessione dell'autorizzazione in argomento, circa il rispetto delle norme relative al segreto sulle indagini, ammettendo che l'autorizzazione stessa possa essere concessa anche in deroga all'art. 329 c.p.p. e, quindi, anche prima della cessazione del segreto investigativo.

Al riguardo, si rammenta che, in base alla disciplina del citato art. 329 c.p.p., detto segreto si articola in due divieti, quali, segnatamente, il divieto di partecipazione – cosiddetta "segretezza interna" – che inibisce ai soggetti privati del procedimento di venire a conoscenza delle attività dell'indagine preliminare ed il divieto di divulgazione – cosiddetta "segretezza esterna" – che impedisce la diffusione delle notizie acquisite nel corso delle indagini stesse fra tutti coloro a queste estranei.

A norma del comma 1 dell'art. 329 c.p.p., tanto la segretezza interna quanto quella esterna cadono, oltre che all'atto della chiusura delle indagini preliminari, nel momento in cui l'indagato può conoscere gli atti compiuti dal Pubblico Ministero o dalla polizia giudiziaria e, cioè, allorché il compimento dell'atto richieda la presenza dell'interessato o del suo difensore.

Tale sistema può, peraltro, subire due eccezioni, consistenti l'una nell'anticipata cessazione e l'altra nel prolungamento del segreto; è infatti previsto che il Pubblico Ministero, da un lato, possa disporre con decreto motivato, qualora necessario per la prosecuzione delle indagini, la diffusione di notizie relative a singoli atti o parti di essi che dovrebbero ancora restare segreti e, dall'altro, che lo stesso possa disporre il mantenimento del segreto relativamente a singoli atti per i quali il medesimo segreto, secondo le regole generali, sia cessato.

L'innovazione introdotta dall'art. 23 del D.Lgs. n. 74/2000 viene ad incidere su quella che si è definita la "segretezza esterna", consentendo al giudice di valutare caso per caso la possibilità di concedere il nulla osta all'utilizzo delle risultanze delle indagini a fini fiscali, anche prima del momento in cui l'indagato possa venire a conoscenza degli atti compilati; nella relazione illustrativa del D.Lgs. n. 74/2000, si legge, sul punto, che il Pubblico Ministero, ai fini della deroga alle norme che regolano detto segreto, deve procedere ad una "valutazione comparativa dell'interesse a non diffondere comunque *ante diem* la conoscenza di atti che possono risultare cruciali per lo svolgimento delle indagini e quello contrapposto dell'Amministrazione finanziaria ad avere pronta notizia di acquisizioni investigative suscettibili di portare all'avvio di procedure di recupero di imposte o di applicazione di sanzioni".

2. La funzione dell'autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria.

Nel dibattito giurisprudenziale sviluppatosi nel corso degli anni relativamente alle richiamate previsioni, un ruolo centrale ha assunto la questione attinente alla funzione dell'autorizzazione del magistrato e cioè se la stessa sia da considerare una condizione per la successiva legittimità dell'accertamento basato su prove di provenienza penale, ovvero se sia prevista solo a garanzia delle esigenze proprie del procedimento penale.

A fronte di alcune posizioni dei giudici di merito fortemente orientate a considerare il provvedimento autorizzativo necessario per il legittimo ingresso dei dati acquisiti dalla polizia giudiziaria nel procedimento tributario, la Corte di Cassazione, dopo una prima fase di allineamento a quest'ultimo indirizzo, si è decisamente attestata su posizioni ben diverse, sostenendo in più occasioni, fra l'altro, che:

- l'autorizzazione della magistratura è prevista a salvaguardia del segreto delle indagini penali e non ha, diversamente da quella del Procuratore della Repubblica – prevista per l'accesso ai fini fiscali dall'art. 52, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 633/72 –, alcuna finalità di tutela nei confronti del contribuente ovvero dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, con l'ulteriore conseguenza per cui la violazione dell'art. 33, comma 3, del D.P.R. n. 600/73 e dell'art. 63, comma 1, del D.P.R. n. 633/72 non determina l'inutilizzabilità degli elementi probatori sui quali sia stato fondato l'accertamento tributario, né nell'ipotesi in cui questi siano stati acquisiti in assenza di autorizzazione, né nel caso in cui questa sia stata rilasciata da una Autorità giudiziaria non competente in ordine alla specifica fase processuale;
- in questo contesto, l'accertamento demandato all'Autorità giudiziaria penale non può in alcun modo concernere la rilevanza degli elementi ai fini dell'accertamento tributario;
- l'autorizzazione in argomento può essere motivata, anche in via sintetica ovvero indiretta, tramite il riferimento ai dati allegati dall'Organo richiedente.

Il quadro complessivo che emerge dalle posizioni della giurisprudenza di legittimità dianzi richiamate:

- appare in linea con l'orientamento a suo tempo espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 51 del 18 febbraio 1992, secondo la quale "l'unico limite che occorre rispettare nella altrimenti piena possibilità della polizia giudiziaria di trasmettere agli uffici delle imposte gli anzidetti dati, va individuato nella imprescindibile esigenza che a quella trasmissione non consegua alcun pregiudizio agli interessi protetti con il segreto istruttorio. Di ciò, a ragione, si preoccupano le disposizioni impugnate allorché subordinano la trasmissione agli uffici finanziari delle informazioni e dei documenti in possesso della polizia giudiziaria alla previa autorizzazione del giudice, la quale è espressamente giustificata dall'esigenza di salvaguardare l'efficienza e il buon esito dell'indagine penale e di tutelare i diritti della persona sottoposta all'indagine medesima";
- risulta sostanzialmente aderente alla volontà legislativa rilevabile dal contenuto della relazione illustrativa del D.Lgs. n. 74/2000, nella quale le uniche esigenze che vengono poste in risalto sono solo quelle proprie delle indagini e dell'Amministrazione finanziaria, senza alcuna valutazione della posizione del soggetto destinatario dell'eventuale provvedimento di accertamento emanato da quest'ultima.

Appare di tutta evidenza che, sebbene le indicazioni della giurisprudenza militino ormai in senso univoco per l'irrelevanza della questione relativa alla mancata produzione dell'autorizzazione del magistrato ovvero alla sua tardività, la preventiva acquisizione di detto provvedimento è condizione indispensabile per non incorrere nelle gravi responsabilità connesse alla violazione del segreto sulle indagini; anche per tale motivo:

- la richiesta e l'avvenuta concessione della suddetta autorizzazione, devono essere espressamente menzionate nel piano di verifica;
- il provvedimento dell'Autorità Giudiziaria riguardante la medesima autorizzazione, deve essere allegato al processo verbale di verifica che contiene la formulazione dei rilievi fondati sugli elementi di provenienza penale, nonché a quello di constatazione.

3. L'utilizzabilità soggettiva dei dati ed elementi di provenienza penale.

L'evoluzione normativa delle disposizioni in esame, che ha progressivamente eliminato ogni riferimento alla figura dell'imputato, supporta oggettivamente l'opinione che ritiene legittimo l'avviso di accertamento o di rettifica basato su elementi acquisiti in relazione a reati contestati a soggetto diverso dal contribuente destinatario dell'avviso stesso; di conseguenza, possono essere utilizzati a fini fiscali, nei confronti di un certo contribuente, tutti gli elementi acquisiti anche nello svolgimento di attività di polizia giudiziaria nei riguardi di soggetti diversi.

In tal senso, chiaramente si esprimono, tra le altre, le sentenze della Corte di Cassazione n. 14055 del 16 giugno 2006 – secondo la quale il provvedimento autorizzativo alla perquisizione di un certo soggetto, allo scopo di reperire documentazione allo stesso relativa, permette di acquisire, nel suo domicilio, anche i documenti e le prove relative ad altro soggetto, utilizzabili ai fini fiscali nei confronti di quest'ultimo – e n. 22119 del 22 ottobre 2007, secondo cui la documentazione acquisita in seguito a perquisizione nel domicilio di un soggetto sottoposto ad indagini penali, può essere legittimamente utilizzata ai fini fiscali nei confronti del coniuge.

4. L'utilizzabilità fiscale di specifici elementi probatori acquisiti in attività di polizia giudiziaria.

a. Introduzione.

Quanto si è esposto nei paragrafi precedenti, delinea il quadro generale delle regole che sovrintendono l'ingresso nell'accertamento fiscale di elementi probatori acquisiti nel corso di attività istruttorie penali.

Se la prevalente giurisprudenza di legittimità è, ormai, attestata su posizioni che tendono a superare rigidi formalismi nei collegamenti probatori fra procedimento penale e quello tributario, occorre verificare se possano ricorrere limitazioni di vario genere con riferimento a specifiche tipologie di prove; ciò soprattutto perché, dovendo la prova penale, trasfusa nell'accertamento, essere sottoposta al vaglio del giudice tributario, le regole del relativo giudizio potrebbero non essere compatibili con un incondizionato utilizzo processuale della stessa.

b. I documenti.

Nessuna limitazione o problematica, né teorica, né pratica, può prospettarsi per l'utilizzo ai fini dell'accertamento dei documenti acquisiti nel corso di procedimenti penali, a seguito dell'autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria.

Del resto, tanto l'accertamento quanto il contenzioso tributario, sono tipici procedimenti documentali, nel senso che i documenti ne costituiscono la principale fonte probatoria; ne sono conferma normativa, per l'accertamento, tutte le prescrizioni degli artt. 32 e 33 del D.P.R. n. 600/73 e 51 e 52 del D.P.R. n. 633/72, riguardanti i poteri istruttori dell'Amministrazione finanziaria in tema di richieste, acquisizioni, ricerche ed ispezioni di documenti che si trovino nella disponibilità del contribuente o di terzi che con questo hanno intrattenuto rapporti, nonché, con riferimento alla fase processuale, l'art. 7 del D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in tema di poteri istruttori delle Commissioni tributarie.

Appare evidente, peraltro, che diverse potrebbero essere le conseguenze attribuite a un certo documento da parte del magistrato penale, dell'Ufficio finanziario o del giudice tributario, soprattutto per quanto riguarda non tanto i documenti che provano essi stessi, quali "prove dirette", il fatto da dimostrare (si pensi, a una o più fatture attive non registrate ed i cui importi non sono stati riportati in dichiarazione), quanto quelli che sono espressivi di situazioni o circostanze sintomatiche del fatto in discussione.

Il caso tipico è quello della cosiddetta documentazione "extracontabile", che, come evidenziato nel Capitolo 2 della Parte IV della presente circolare, talvolta permette di rilevare "prove dirette" di certi fenomeni evasivi, ma, più spesso, contiene elementi che difficilmente possono essere considerati, di per sé stessi, quale conferma immediata dell'esistenza di attività non dichiarate o dell'inesistenza di passività dichiarate, richiedendo invece un'azione di valutazione, comparazione ed elaborazione, che, non di rado, avviene nel quadro di una contabilità ufficiale formalmente regolare.

In queste situazioni, l'autonomia esistente fra procedimento penale, procedimento tributario e accertamento, la diversa rilevanza che gli elementi indiziari possono assumere nel processo penale (a mente del comma 2 dell'art. 192 c.p.p., secondo cui "l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti") rispetto a quello tributario (che può essere fondato anche su indizi di minore spessore dimostrativo), nonché l'assoluta indipendenza di decisione, con il solo obbligo di dare conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, tanto del giudice penale, quanto di quello tributario, possono condurre a valutazioni diverse circa la rilevanza probatoria di documenti aventi contenuto indiziario, nell'una e nell'altra sede.

Tale soluzione è pienamente aderente al sistema, nel suo complesso; del resto, come si è già evidenziato nel precedente Capitolo 1, al paragrafo 3, la stessa giurisprudenza di legittimità riconosce che, anche con riferimento alle medesime risultanze probatorie, il processo penale e quello tributario possono concludersi anche con esiti opposti.

c. *Le dichiarazioni e le testimonianze.*

Nel Capitolo 2 della Parte IV della presente istruzione, si è già trattato dell'ampia possibilità di utilizzare nell'attività ispettiva fiscale ed in quella, successiva, di accertamento, le dichiarazioni sia del contribuente sottoposto alla attività stessa, sia di terzi soggetti.

Per quanto riguarda, in particolare, la legittimità dell'atto impositivo fondato su dichiarazioni acquisite nel corso del procedimento penale, la giurisprudenza tributaria ha esaminato il tema distinguendo fra quelle rilasciate dall'indagato/imputato nei cui confronti le stesse vengono fiscalmente utilizzate e quelle rese da soggetti diversi (principalmente, i testimoni) dal contribuente sottoposto ad accertamento.

Per il primo caso, la posizione dei giudici è sempre stata nel senso della legittimità, sul presupposto, talvolta esplicitato, più spesso implicito, che le regole del procedimento penale garantiscono il contraddittorio utile alla difesa dell'indagato/imputato, anticipando appunto alla fase processuale – penale quella dialettica fra Fisco e contribuente normalmente posta in essere nell'istruttoria fiscale, non trascurando di puntualizzare, peraltro, a prescindere dal valore generalmente indiziario ovvero confessorio delle dichiarazioni in argomento, che queste sono comunque liberamente apprezzabili dal giudice tributario.

In questo generale contesto, si è anche posto il singolare problema di dichiarazioni acquisite durante il controllo fiscale dal cui contenuto sono emersi indizi di reità, senza che i verbalizzanti abbiano provveduto alla nomina di un difensore di fiducia, ex artt. 350 c.p.p. e 220 delle disposizioni di attuazione dello stesso c.p.p., le quali hanno dato dapprima avvio ad un procedimento penale e poi sono state successivamente oggetto di autorizzazione del magistrato per il definitivo utilizzo nel procedimento tributario.

Al riguardo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6939 del 19 gennaio 2001, facendo ancora riferimento al principio dell'autonomia del procedimento penale rispetto alle procedure dell'accertamento tributario, ha affermato che le regole e le garanzie previste per

il giudizio penale hanno valore soltanto all'interno dello stesso, per cui l'art. 220 delle disposizioni di attuazione del c.p.p., impone l'obbligo del rispetto delle disposizioni di quest'ultimo quando nel corso di attività ispettive emergano indizi di reato, soltanto ai fini della applicazione della legge penale, con la conseguenza che l'emersione di indizi di reità non vanifica, in sede diversa, il valore probatorio attribuito dal processo verbale di constatazione, fermo restando che il giudice tributario è, in ogni caso, libero di valutare autonomamente il materiale probatorio raccolto anche in sede penale, nel rispetto delle regole che disciplinano il contenzioso tributario.

Per quanto concerne, invece, l'utilizzabilità di dichiarazioni di terzi, nella giurisprudenza meno recente non sono mancate resistenze, basate principalmente sulle stesse motivazioni che, in passato, avevano indotto taluni a ritenere che tale utilizzo fosse inibito anche ove dette dichiarazioni fossero state acquisite direttamente nella sede fiscale, secondo quanto illustrato al paragrafo 6.d. del Capitolo 2 della Parte IV della presente circolare, cui si rinvia.

Con particolare riguardo alle "informazioni rese da persone informate sui fatti" nel corso delle indagini preliminari, dette resistenze facevano ulteriore leva sulla argomentazione per cui, poiché la "prova" nel processo penale si forma solo in sede di dibattimento, le informazioni in questione, non essendo prove neanche ai fini penali, non avrebbero alcun valore probatorio nel processo tributario, neppure in senso "atipico" e, quindi, semplicemente "indiziario."

L'approccio al problema è significativamente cambiato, allorché la giurisprudenza tributaria, soprattutto a seguito dell'autorevole avallo della Corte Costituzionale con la decisione n. 18 del 12 gennaio 2000, si è attestata su posizioni decisamente favorevoli all'utilizzo ai fini dell'accertamento fiscale delle dichiarazioni di terzi, ancorché con il valore proprio degli indizi e ferma restando la possibilità del contribuente di opporre, in sede giudiziaria, dichiarazioni di terzi di segno opposto a quelle utilizzate dall'Amministrazione, con la medesima valenza indiziaria.

Conseguentemente, con specifico riguardo all'ingresso nel procedimento tributario di dichiarazioni di terzi acquisite in quello penale, la Corte di Cassazione, tra l'altro, con le sentenze:

- n. 3526 del 28 giugno 2001, ha affermato che "le dichiarazioni di terzi raccolte dalla polizia tributaria ed inserite nel processo verbale di constatazione non hanno natura di testimonianza (quand'anche siano state, come nella specie, già rese in seno a procedimento penale), bensì di mere informazioni acquisite nell'ambito di indagini amministrative, sfornite pertanto, *ex se*, di efficacia probatoria, con la conseguenza che esse risultano del tutto inidonee, di per sé, a fondare un'affermazione di responsabilità del contribuente in termini di imposta, potendo soltanto (come nella specie) fornire un ulteriore riscontro a quanto già accertato e provato *aliunde* in sede di procedimento tributario";
- n. 15538 del 14 giugno 2002, ha rimarcato che nel processo tributario è ammessa la possibilità che le dichiarazioni rese da terzi nel processo penale o agli organi dell'Amministrazione finanziaria trovino ingresso, a carico del contribuente (fermo restando il divieto di ammissione della "prova testimoniale" posto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 546/92) con il valore probatorio "proprio degli elementi indiziari, i quali, mentre possono concorrere a formare il convincimento del giudice, non sono idonei a costituire, da soli, il fondamento della decisione".

Sulla base dei riportati orientamenti della giurisprudenza, può quindi affermarsi che la valutazione in sede fiscale delle dichiarazioni rese da terzi nel procedimento penale, soggiace alle regole generali che sovrintendono l'utilizzabilità delle presunzioni ai fini dell'accertamento, ferma restando la possibilità per il destinatario dell'avviso di accertamento di controdedurre nel giudizio tributario alle dichiarazioni a lui sfavorevoli, con strumenti aventi lo stesso valore presuntivo, da sottoporre al vaglio critico del giudice.

d. I dati bancari e finanziari.

L'acquisizione di documentazione bancaria e finanziaria da parte del pubblico ministero, è uno strumento d'indagine ormai di ordinaria applicazione per tutti i procedimenti in tema di reati fiscali e societari e, più in genere, di frodi di carattere finanziario.

Di norma, l'Autorità Giudiziaria procede attraverso un apposito decreto di esibizione emesso ai sensi dell'art. 248, comma 2, c.p.p., per il quale, al fine di rintracciare le cose da sottoporre a sequestro o per accertare altre circostanze utili alle indagini, la citata Autorità o gli ufficiali di polizia giudiziaria dalla stessa delegati possono esaminare atti, documenti e corrispondenza presso banche, potendo procedere, in caso di rifiuto, a perquisizione ed eventualmente a sequestro ex art. 255 c.p.p..

Sebbene i citati articoli si riferiscano testualmente solo alle banche, è da tenere presente che, da un lato, per l'art. 1, comma 6, della Legge 19 marzo 1990, n. 55, le modalità dagli stessi previste possono essere adottate anche relativamente alla documentazione esistente, tra l'altro, presso enti creditizi, imprese, società ed enti di ogni tipo, ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso e, dall'altro, al di fuori di queste particolari indagini, la documentazione presso altri operatori finanziari, diversi dalle banche, può comunque essere acquisita dall'Autorità Giudiziaria per effetto dell'art. 248 c.p.p., comma 1, che prevede la generale possibilità di richiedere la consegna di una cosa determinata prima di procedere a perquisizione.

In questo generale contesto, è utile ricordare come anche all'Autorità Giudiziaria sia stato consentito l'utilizzo diretto dei dati contenuti nella speciale sezione dell'Anagrafe tributaria, riguardanti l'esistenza e la natura dei rapporti intrattenuti da tutti i contribuenti con banche, Poste Italiane S.p.a., intermediari finanziari, imprese di investimento ed ogni altro operatore finanziario, ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 37 del D.L. n. 223/2006, convertito nella L. n. 248/2006.

Tutto ciò premesso, se l'ingresso nell'accertamento fiscale delle risultanze delle indagini bancarie e finanziarie svolte in sede penale, deve ritenersi consentito per effetto della disciplina generale di cui agli artt. 33, comma 3, del D.P.R. n. 600/73 e 63, comma 1, del D.P.R. n. 633/72, occorre stabilire quali possano essere i conseguenti effetti sul piano probatorio.

La regolamentazione fiscale degli accertamenti presso operatori finanziari, contenuta negli artt. 32 e 51 dei DD.P.R. nn. 600/73 e 633/72, come novellati dalla L. n. 311/2004, attribuisce infatti alle notizie ed ai documenti per tale via ottenuti dal Fisco un particolare significato, riconducibile, come riconosciuto in diverse occasioni anche dalla Corte di Cassazione, al campo delle "presunzioni legali", variamente configurate per le imposte sui redditi e per l'IVA; al riguardo, si rinvia, per i dettagli, al Capitolo 4 della Parte V della presente istruzione.

Tale effetto si produce anche qualora i dati bancari e finanziari siano stati acquisiti nel quadro di indagini penali e poi trasfusi nell'accertamento delle imposte; in tal senso depone chiaramente il testo sia del n. 2) del comma 1 dell'art. 32 del D.P.R. n. 600/73, per le imposte sui redditi, sia del n. 2) del comma 2 dell'art. 51 del D.P.R. n. 633/72, ai fini IVA, in conseguenza del richiamo dagli stessi operato, rispettivamente, agli artt. 33, comma 3, del D.P.R. n. 600/73 e 63, comma 1, del D.P.R. n. 633/72 (che, come più volte ricordato, prevedono l'utilizzabilità fiscale di dati e notizie acquisite nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria).

Nonostante la chiarezza del testo delle disposizioni dianzi citate, non sono mancate sentenze di merito orientate ad escludere il richiamato effetto.

Sulla questione, è poi intervenuta la Corte Costituzionale che, con ordinanza n. 33 del 14 febbraio 2002, dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione all'art. 24, comma 2, della Costituzione, dei citati articoli dei DD.P.R. nn. 600/73 e 633/72, proprio con riferimento al richiamo alla possibilità

di utilizzo fiscale dei dati bancari acquisiti nelle indagini penali, ha incidentalmente ammesso la piena legittimità della procedura.

Interessante è notare come la Consulta, nella citata ordinanza, abbia rimarcato che l'attribuzione alla documentazione bancaria di una valenza probatoria inferiore, qualora la stessa sia acquisita in sede penale e solo successivamente trasferita in quella tributaria, "si risolverebbe in un'irragionevole differenza di disciplina rispetto al caso in cui la documentazione predetta sia acquisita direttamente in sede tributaria e in un ingiustificato favore per il contribuente proprio nei casi in cui si ipotizza una più grave ipotesi di evasione"; la stessa circolare 19 ottobre 2006, n. 32/E dell'Agenzia delle Entrate, nel confermare la ricostruzione dianzi riportata, sottolinea, tra l'altro, che la citata sentenza n. 33 del 2002 della Corte Costituzionale ha altresì ritenuto priva di rilevanza "la circostanza che il contribuente possa avere di fatto interesse a non addurre giustificazioni eventualmente idonee a vincere la presunzione, nel caso in cui gli elementi che egli potrebbe addurre siano tali da esporlo a conseguenze negative in un altro, distinto, procedimento nel quale è posta in causa una ipotesi di responsabilità penale dello stesso contribuente".

Quanto da ultimo indicato, induce a prendere in esame il tema dell'utilizzabilità fiscale della documentazione bancaria acquisita in sede penale, nei confronti di un soggetto diverso dall'imputato oggetto del provvedimento di acquisizione dell'Autorità giudiziaria.

In merito, occorre rimarcare che, con riferimento alla procedura degli accertamenti bancari e finanziari disciplinata dalle disposizioni di carattere fiscale e come evidenziato nella Parte V, non esistono limiti espliciti alla possibilità di utilizzare i dati per tale via ottenuti nei riguardi di un soggetto diverso da quello nei cui confronti la procedura stessa è stata esperita, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità.

È evidente, peraltro, che i dati in questione possono essere valorizzati nei confronti del soggetto diverso da quello nei cui confronti sono stati acquisiti, alla stregua di qualsiasi altro elemento probatorio ottenuto nei suoi riguardi e quindi come prova diretta di una certa evasione o di una determinata irregolarità, ovvero, più verosimilmente, come presunzione, che, a seconda dei casi, potrà essere grave, precisa e concordante ovvero semplicissima, da utilizzare, di regola, unitamente ad altri dati di carattere probatorio o indiziario, senza alcuna possibilità di configurare quell'effetto presuntivo legale che si determina nei confronti del contribuente nei cui riguardi l'indagine bancaria è stata sviluppata.

Su queste basi e tenuto conto:

- da un lato, di quanto già osservato al paragrafo 2 circa l'evoluzione normativa e giurisprudenziale relativa agli artt. 33, comma 3 e 63, comma 1, dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72 verso la legittimità dell'avviso di accertamento o di rettifica basato su elementi acquisiti in relazione a reati contestati a soggetto diverso dal contribuente destinatario dell'avviso stesso;
- dall'altro, di quanto osservato dalla stessa Corte Costituzionale nella ordinanza in precedenza menzionata, a proposito della sostanziale coincidenza degli effetti fiscali dei documenti bancari acquisiti penalmente e di quelli ottenuti per via della speciale procedura tributaria,

dovrebbe risultare coerente con il sistema, nel suo complesso, concludere che, appunto, gli elementi di interesse fiscale acquisiti attraverso le indagini bancarie penali possono essere utilizzati anche nei riguardi di un contribuente diverso dall'indagato/imputato, sebbene senza quel particolare significato di presunzione legale che si produce nei riguardi di quest'ultimo.

Tuttavia, è bene segnalare che, nella giurisprudenza di merito, non mancano posizioni di segno opposto a tale conclusione.

Pertanto, nella opportuna ricerca di ogni soluzione idonea a salvaguardare la legittimità dell'azione amministrativa, appare consigliabile, ove non ostino controindicazioni anche sul

piano di una macroscopica antieconomicità dell'attività nel suo complesso, verificare se sia possibile avviare gli accertamenti finanziari secondo la specifica procedura prevista dalle norme tributarie, nei confronti del soggetto diverso dall'imputato/indagato.

e. Le intercettazioni.

È noto come l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, sia telefoniche che fra presenti, oltre che per via informatica o telematica, ex artt. 266 e segg. c.p.p., rappresenti la più completa fonte di prova che può essere acquisita nel procedimento penale, nonché, al tempo stesso, lo strumento d'indagine maggiormente invasivo della vita privata.

Di fatto, la tecnica investigativa in parola viene adottata dalle Procure della Repubblica in maniera significativa anche per reati che presentano implicazioni fiscali e ciò non solo quale specifico effetto dell'utilizzabilità della stessa anche per le fattispecie di cui agli artt. 2, 3 e 8 del D.Lgs. n. 74/2000, in relazione alla entità delle pene edittali ivi contemplate, ma pure quale conseguenza della tendenza a contestare l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati fiscali, societari o che comunque attengono a movimentazioni finanziarie.

In queste situazioni, non è raro che le conversazioni intercettate si rivelino in concreto l'unico elemento probatorio comprovante il fatto fiscalmente rilevante, tanto dal punto di vista oggettivo, quanto sul piano soggettivo, rispetto al quale gli altri elementi acquisiti all'indagine (documentazione contabile od extra-contabile, documenti bancari, dichiarazioni, ecc.) finiscono per avere spesso un valore di mero supporto o di ulteriore conferma; una comunicazione intercettata può ad esempio far emergere in maniera palese l'inesistenza o la reale natura di una certa operazione, la riconducibilità effettiva di una certa attività ovvero di un complesso di operazioni ad un soggetto piuttosto che al formale intestatario o gestore, la piena consapevolezza da parte di taluno dell'illiceità di certe transazioni altrimenti non comprovabile, la reale localizzazione di una determinata attività rispetto a quella dichiarata e moltissime altre circostanze di evidente impatto fiscale.

Appare il caso di evidenziare come l'utilizzabilità di tali risultanze nel procedimento tributario, vada esaminata muovendo da quanto si è argomentato in precedenza a proposito della tendenza della giurisprudenza tributaria a valorizzare l'assenza di vincoli formali di carattere generale all'ingresso delle fonti probatorie di formazione penale nell'accertamento, nonché di vincoli specifici, sia formali sia sostanziali, all'autonoma e motivata valutazione di particolari elementi probatori, parimenti provenienti dalla sede penale, da parte degli uffici finanziari e del giudice tributario, per concentrare l'attenzione sulla eventuale esistenza di preclusioni specifiche poste dalla disciplina del codice di procedura penale.

Il riferimento normativo che, in tale ultimo contesto, assume una evidente importanza centrale, è l'art. 270, comma 1, c.p.p., per il quale i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Premesso che la stessa giurisprudenza penale ha più volte chiarito che il divieto di cui alla citata disposizione va inteso nel senso che è inibita la valutazione dei risultati delle intercettazioni come fonti di prova in un diverso processo, non esistendo peraltro alcuna preclusione per l'utilizzo dei risultati stessi quale notizia di illecito penale valida per l'inizio di un diverso procedimento, l'esegesi della norma, che ha il solo scopo di evitare che formalmente si indaghi su una certa ipotesi delittuosa, cercando in realtà di raggiungere risultati probatori per un altro illecito, non permette di ritenere che il divieto in argomento riguardi anche l'utilizzabilità delle risultanze del particolare strumento d'indagine in procedimenti diversi da quelli penali.

Sebbene manchino significative pronunce in ambito tributario, l'utilizzo delle intercettazioni è stato ammesso dai giudici in procedimenti extrapenalistici e, segnatamente:

- in procedimenti amministrativi finalizzati al rilascio della cosiddetta “certificazione antimafia”, nel cui ambito è previsto che, attraverso le informazioni acquisite dalla Prefettura anche tramite le Forze di Polizia, si verifichi il tentativo di infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte dell’impresa che intende contrarre con la Pubblica Amministrazione;
- nell’ambito di procedimenti avanti alla Corte dei Conti per l’accertamento del danno erariale a carico di pubblici dipendenti;
- in procedimenti disciplinari nei confronti di pubblici impiegati.

Proprio in tale ultimo contesto, i giudici amministrativi hanno sottolineato che l’art. 270 c.p.p., costituendo disciplina tipica del processo penale, non può essere utilmente invocato nel procedimento amministrativo disciplinare, retto da specifica disciplina e fondato su diversi principi, quali il principio della libertà della forma nella fase dell’istruttoria amministrativa, che consente al giudice disciplinare libertà di acquisizione ed autonomia di valutazione dei fatti che abbiano formato oggetto di giudizio penale.

Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali, con provvedimento del 26 giugno 2001, ha rimarcato che l’art. 270, comma 1, c.p.p., prevede una limitazione all’uso dei risultati delle intercettazioni solo in altri procedimenti penali disciplinati dal codice di rito e non preclude, in linea generale, l’utilizzazione dei medesimi risultati – se lecitamente acquisiti – in procedimenti diversi da quello penale come quello di tipo disciplinare, nel quale i dati desunti dalle intercettazioni medesime possono valere quale indice di comportamenti valutabili sul piano, appunto, disciplinare, anche se, in ipotesi, i medesimi fatti non abbiano portato al riconoscimento di una responsabilità penale e senza che da ciò possa di per sé rilevarsi una violazione alla normativa in tema di tutela della *privacy*.

Le argomentazioni da ultimo riportate sembrano adattabili anche al procedimento tributario senza particolari forzature; anche tale procedimento, infatti, è sostanzialmente retto dal principio della atipicità degli atti istruttori e dalla tendenziale possibilità di utilizzare ogni dato o notizia comunque venuta a conoscenza dell’Amministrazione, così come è ampiamente riconosciuta la necessità che quest’ultima (e, nella successiva fase processuale, il giudice tributario) si ispiri alla più ampia autonomia nella valutazione della portata probatoria di tali dati e notizie, con l’obbligo di esplicitare in sede di motivazione il percorso logico – giuridico posto in essere nel caso concreto.

L’assenza di preclusioni specifiche derivanti dall’art. 270, comma 1, c.p.p., in questo quadro complessivo, pare quindi rendere legittimo l’utilizzo dei contenuti delle intercettazioni telefoniche nell’ambito del procedimento tributario, alla stessa stregua di ogni altro elemento istruttorio formatosi nel corso delle indagini o del procedimento penale.

Nessuna diversa configurazione, rispetto alle posizioni consolidate cui è pervenuta la giurisprudenza tributaria a proposito degli artt. 33, comma 3 e 63, comma 1, dei DD.P.R. n. 600/72 e n. 633/72, sembra prospettabile solo a motivo dell’indubbia, forte invasività dello strumento istruttorio, né limitazioni d’altro genere sembrano ricavabili dalla disciplina che tutela il diritto alla riservatezza; del resto, l’utilizzo dei verbali di intercettazione in attività della Pubblica Amministrazione a tutela di interessi di natura pubblicistica, non può determinare conseguenze sul piano della lesione del diritto alla riservatezza degli interessati, dal momento che i pubblici dipendenti sono tenuti al segreto d’ufficio e quindi è esclusa per principio, in tal caso, la conoscibilità del contenuto delle intercettazioni da parte della collettività.

Per altro verso, è fuori di dubbio che, nel caso di trasposizione agli atti della verifica del contenuto di intercettazioni telefoniche o ambientali il cui utilizzo a questo scopo è stato autorizzato dall’Autorità Giudiziaria, occorra un particolare scrupolo nel selezionare e riportare esclusivamente il contenuto delle intercettazioni che hanno un evidente e diretto rilievo fiscale o, comunque, che siano indispensabili per fornire il necessario supporto probatorio alle proposte di recupero tassazione formulate, evitando di trascrivere o allegare

brani di conversazione che nulla o ben poco aggiungono alle complessive risultanze istruttorie, soprattutto ove riferiti strettamente alla sfera personale dei soggetti interessati.

5. Gli obblighi di comunicazione dell'Autorità e della polizia giudiziaria.

Altro sistema di "comunicazione" fra procedimento penale, attività ispettiva fiscale e successivo procedimento di accertamento, è dato dall'art. 36 del D.P.R. n. 600/73 cui si è già accennato al paragrafo 7 del Capitolo 5 della Parte I della presente istruzione, in tema di obblighi di comunicazione dell'Autorità e della polizia giudiziaria.

In questa sede, interessa porre in evidenza che, prima delle modifiche apportate al citato articolo dall'art. 37, comma 31, del D.L. n. 223/2006, convertito nella L. n. 248/2006, dalla previsione stessa erano escluse sia la magistratura penale, sia le altre Forze dell'Ordine nell'esercizio di attività di polizia giudiziaria, non potendo quest'ultima, espressione delle funzioni esclusive del Pubblico Ministero finalizzate all'eventuale esercizio dell'azione penale, essere ricondotta alla generica area delle "attività ispettive e di vigilanza"; di conseguenza, solo una particolare sensibilità verso l'intervento fiscale, in presenza di chiari elementi di evasione, poteva indurre tali ultimi Organi a decidere autonomamente di attivare la Guardia di Finanza.

Con il chiaro ed esplicitato intento di "consentire una più efficace azione di contrasto delle violazioni tributarie", come evidenzia la circolare dell'Agenzia delle Entrate 4 agosto 2006, n. 28/E, il provvedimento d'anzì richiamato ha modificato il citato art. 36 del D.P.R. n. 600/73 stabilendo che l'obbligo di comunicazione alla Guardia di Finanza di fatti che possono configurarsi come violazioni tributarie, unitamente alla documentazione atta a comprovarli si estende, ora, anche agli organi giurisdizionali, requirenti e giudicanti, penali, civili e amministrativi, nonché, previa autorizzazione, agli organi di polizia giudiziaria.

Triplice è quindi la modifica:

- per gli organi della giustizia civile e amministrativa, si specifica che si tratta di quelli sia requirenti sia giudicanti;
- vengono inclusi nei destinatari dell'obbligo i magistrati penali, parimenti sia per la fase delle indagini che per quelle successive, anche giudicanti;
- le Forze di Polizia sono obbligate alla comunicazione, anche nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, previa autorizzazione della magistratura.

La novità è tutt'altro che di poco conto, in quanto il campo del materiale d'interesse che deve necessariamente confluire, per il tramite della Guardia di Finanza, nell'accertamento tributario, si amplia notevolmente e, va rimarcato, non per effetto di una più o meno marcata predisposizione di un certo magistrato o funzionario di polizia giudiziaria, quanto per un preciso obbligo, subordinato unicamente alle esigenze delle indagini e/o del processo penale e non a valutazioni d'altra natura.

Al riguardo, è il caso di porre in evidenza l'attenzione che, nell'osservanza dell'obbligo di comunicazione, dovrebbe essere riservata dall'Autorità Giudiziaria penale e dalla polizia giudiziaria al fattore "tempo", nel senso che i fatti configuranti violazioni tributarie e la documentazione atta a comprovarli dovranno essere portati a conoscenza del competente reparto della Guardia di Finanza, ovviamente compatibilmente con le esigenze di segretezza delle investigazioni, in tempo utile affinché, poi, il competente Ufficio possa procedere ad emettere l'avviso di accertamento e/o di irrogazione di sanzioni entro i termini, rispettivamente, di decadenza e prescrizione.

CAPITOLO 3

GLI INDIZI DI REATO EMERSI NEL CORSO DELL'ATTIVITÀ ISPETTIVA FISCALE

1. Profili generali.

Il transito di elementi probatori di rilevanza tributaria dalle indagini e/o dal procedimento penale all'attività ispettiva fiscale o al successivo procedimento di accertamento, secondo i principi generali e le disposizioni di dettaglio esaminati nei precedenti capitoli, avviene sostanzialmente senza particolari vincoli o formalismi, se non quelli, fondamentali, connessi al rispetto della segretezza delle indagini in corso.

Parimenti, non sono ravvisabili rigidità nelle concrete modalità di utilizzo di detti elementi probatori da parte degli Organi addetti all'attività ispettiva fiscale ed all'azione di accertamento, i quali possono, quale regola generale, autonomamente valutarli ed attribuire agli stessi la valenza probatoria o indiziaria ritenuta confacente alla tipologia del contribuente interessato ed alle caratteristiche e condizioni di esercizio dell'attività da questo svolta, secondo le norme in tema di accertamento.

Profondamente diverso è il transito di elementi probatori dall'attività ispettiva fiscale o da quella successiva di accertamento al procedimento penale, in ordine a situazioni in cui emergano profili di responsabilità di natura criminale.

In questo caso, è necessario il puntuale rispetto, da un lato, dei generali obblighi di tempestiva informazione dell'Autorità Giudiziaria e, dall'altro, degli adempimenti prescritti dal codice di procedura penale, finalizzati soprattutto a consentire il pieno esercizio dei diritti di difesa e la cui inosservanza può determinare l'inutilizzabilità degli elementi probatori nell'ambito dello stesso procedimento penale.

2. L'art. 220 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale ed i connessi adempimenti procedurali.

a. Quadro normativo di riferimento e obblighi dei verificatori.

L'individuazione, nel corso dell'attività di verifica fiscale, di elementi che possano indicare l'esistenza di un fatto costituente reato, determina l'obbligo di rispettare il disposto di cui all'art. 220 delle disposizioni di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, a mente del quale "quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale, sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice".

La norma fa riferimento ad "indizi di reato" e, quindi, è da ritenere che l'obbligo dalla stessa contemplato si perfezioni in un momento antecedente al manifestarsi di quello concernente la comunicazione di notizia di reato al Pubblico Ministero; quest'ultimo, infatti, si pone in relazione ad una fattispecie criminosa sufficientemente determinata nei suoi principali elementi oggettivi, anche se non nel dettaglio, mentre l'indizio di reato presuppone che, sulla base di uno o più fatti già rilevati, sia presumibile desumere l'esistenza di un reato.

La distinzione dei due momenti può non essere agevole né immediatamente apprezzabile e richiede una particolare attenzione da parte dei verificatori, in quanto la sola emersione dei predetti indizi determina, quanto meno, che:

- ove sia già individuato il soggetto cui si riferiscono gli indizi stessi, questo deve essere posto nelle condizioni di esercitare le garanzie difensive previste dal codice di procedura penale; pertanto, nel caso in cui sia necessario eseguire un atto per il quale è prevista la presenza del legale, il medesimo soggetto dovrà essere invitato a nominare un difensore di fiducia e, nel caso in cui rinunci a questa facoltà, occorrerà porre in essere gli adempimenti necessari ai fini della nomina di un difensore d'ufficio;

- gli atti di assicurazione degli elementi probatori o comunque riferibili al fatto – reato in relazione al quale sono emersi gli indizi, devono essere compiuti secondo le forme e le procedure disciplinate dal codice di procedura penale e, segnatamente, al titolo IV del libro V, nonché adeguatamente documentati ai sensi dell'art. 357 c.p.p..

Per effetto dell'art. 191 c.p.p., a mente del quale le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dal codice stesso non possono essere utilizzate e tale inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, il mancato rispetto dei richiamati adempimenti può determinare l'insorgenza di profili di illegittimità dell'attività istruttoria, per violazione delle garanzie difensive ed inosservanza delle forme prescritte dal codice di procedura penale, con conseguente inutilizzabilità delle risultanze della predetta attività in sede processuale – penale.

Al riguardo, è appena il caso di porre in evidenza che le Sezioni Unite “penali” della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 45477 del 28 novembre 2001, hanno precisato che, affinché scatti il meccanismo garantistico di equiparazione del procedimento amministrativo a quello penale previsto dall'art. 220 delle disp. att. c.p.p., non è necessario che gli indizi di reato emersi siano soggettivamente orientati sulla persona verificata, essendo sufficiente l'emersione in termini meramente oggettivi di indizi di reato, dovendosi intendere per tali non già gli elementi indicati come prova indiretta dall'art. 192, comma 2, c.p.p., ma semplici dati indicativi di un fatto apprezzabile penalmente.

Inoltre, tenuto conto delle particolari qualifiche attribuite alla Guardia di Finanza, i verificatori dovranno procedere agli adempimenti indicati nell'art. 55 c.p.p., per il quale “la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale”.

Da precisare che tali specifiche funzioni devono essere esercitate anche in un momento diverso e successivo rispetto alla rilevazione di meri indizi di reato e, precisamente, anche dopo l'acquisizione di una formale notizia di reato e la sua comunicazione all'Autorità Giudiziaria competente.

Infatti, secondo l'art. 348 c.p.p., pure in seguito a detta comunicazione, la polizia giudiziaria continua a svolgere le funzioni indicate nel citato art. 55, raccogliendo ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole e procedendo, fra l'altro, alla ricerca delle cose e delle tracce pertinenti al reato nonché alla conservazione di esse e dello stato dei luoghi, alla ricerca delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti, al compimento degli atti indicati negli articoli seguenti.

b. Ulteriori indicazioni di carattere operativo.

L'apparente rigidità della regola enunciata dal citato art. 220 disp. att. c.p.p., impone alcune considerazioni.

In primo luogo, la disposizione ben difficilmente potrà trovare applicazione nei casi in cui il controllo fiscale permetta di rilevare situazioni che immediatamente – senza, cioè, necessità di ulteriori accertamenti – assumono un preciso rilievo penale e che possono definirsi a “cognizione istantanea”.

In questa ipotesi, infatti, non è dato individuare alcuna fase del controllo amministrativo, in cui, propriamente, può parlarsi di “indizi di reità”, in quanto il passaggio dall'illecito amministrativo a quello penale è immediato.

Tale eventualità appare frequentemente verificabile nell'ambito del sistema penale tributario di cui al D.Lgs. n. 74/2000, il quale, come noto e meglio approfondito più avanti, attribuisce rilievo penale a determinati fatti solo allorché vengano superate prestabilite soglie di punibilità, riferite agli elementi positivi sottratti a tassazione e/o all'imposta evasa, dai più ritenute elementi costitutivi del reato.

Una volta che l'attività ispettiva fiscale abbia consentito di acquisire tutti gli aspetti, di fatto e di diritto, che permettano di ritenere integrato il fatto evasivo e che il calcolo della imposta evasa e/o degli elementi positivi sottratti a tassazione, effettuato direttamente dagli stessi verificatori, abbia permesso di rilevare il superamento delle richiamate soglie di punibilità, la configurabilità della fattispecie di reato è già in sé perfezionata e non è individuabile alcun intervallo temporale nel quale sia consentito individuare l'emersione di "indizi di reato".

In tale situazione non resta altro ai verificatori che notificare la magistratura competente, a meno che, nelle more, non sia necessario procedere a mente dei richiamati art. 55 e 348 c.p.p.

Per converso, non sembra consentito ritenere che ogni caso di evasione possa configurare un "indizio di reato" solo perché, teoricamente, potrebbero essere superate le soglie di punibilità; se così fosse, in presenza di un reato quale quello di "dichiarazione infedele" di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000, ogni rilievo sostanziale formulato dai verificatori, concretizzando sul piano amministrativo, nella maggioranza dei casi, una situazione di infedeltà dichiarativa, imporrebbe il sistematico e generalizzato ricorso alle disposizioni del codice di procedura penale.

Viceversa, proprio perché le richiamate soglie di punibilità appaiono costruite quali elementi costitutivi di carattere oggettivo del reato, soltanto la compiuta verifica, in concreto, del loro superamento, permette di ritenere integrata, immediatamente ed istantaneamente, la relativa fattispecie delittuosa.

Tutto ciò determina importanti conseguenze circa le modalità di acquisizione della prova.

Infatti, solo ove sussista la necessità di svolgere ulteriori approfondimenti in ordine agli indizi di reato rilevati, l'attività di ricerca ed acquisizione delle prove deve avvenire nel rispetto delle regole processual-penali; di contro, per i reati che si sono definiti "a cognizione istantanea" tale necessità, come si è accennato, non sembra sussistere.

Conseguentemente, tutti gli elementi probatori che sono stati acquisiti nella fase antecedente alla cognizione, immediata ed istantanea, di un reato, a seguito di una attività di natura prettamente amministrativa, come tale non vincolata al rispetto delle garanzie processual-penalistiche, conservano la loro validità anche per quanto attiene alle conseguenze d'ordine penale.

In tal senso si è espressa chiaramente, ancorché in relazione alla sistema penale tributario della L. n. 516/82 ma con argomentazioni da ritenere valide anche nell'attuale quadro normativo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1932 del 9 dicembre 1998, secondo la quale, testualmente: "...la Guardia di Finanza ha svolto un'indagine ispettiva ad esclusivi fini di polizia tributaria e avendo, nell'esercizio di tale attività, rinvenuto documentazione che ha ritenuto penalmente rilevante, ha inviato copia (od originale) della stessa nonché il rapporto conclusivo dell'ispezione, al Procuratore della Repubblica. A questa stregua è evidente che la Guardia di Finanza non ha espletato alcuna attività di polizia giudiziaria e, pertanto, legittimamente ha acquisito ai fini tributari quella (stessa) documentazione che essa ha ritenuto costituire (anche) prova di reato. Conseguentemente non ricorreva l'ipotesi nella quale è necessario svolgere adempimenti a garanzia dell'indagato...".

Queste considerazioni permettono di ritenere meno condizionanti di quanto possano risultare, ad un primo esame, i vincoli conseguenti al più volte richiamato art. 220 disp. att. c.p.p., soprattutto sul piano della valutazione della necessità o meno di procedere in ogni caso alla compilazione degli specifici atti previsti dal codice di procedura penale, esaminati nel successivo paragrafo.

Tuttavia, anche tenuto conto che non mancano, soprattutto nella giurisprudenza di merito, posizioni orientate ad un più spiccato formalismo, che ritengono in ogni caso necessario il puntuale rispetto delle regole del rito processuale penale, la richiamata valutazione deve essere ispirata a particolare prudenza ed alla regola generale di improntare l'attività ispettiva a quelle scelte che più di altre appaiono idonee a salvaguardare la validità complessiva dell'attività stessa, sul piano sia amministrativo, sia penale.

Per tali ultime ragioni, anche in caso di reati “a cognizione istantanea ed immediata”, pur dovendosi escludere in linea di principio l’esistenza di un generalizzato obbligo di procedere incondizionatamente secondo l’art. 220 disp. att. c.p.p., i verificatori dovranno comunque valutare, soprattutto nei casi dubbi, l’opportunità di provvedere comunque alla compilazione degli specifici atti di cui al paragrafo successivo.

In ogni caso, con riferimento allo specifico fatto per il quale sono stati individuati gli indizi di reato e, a maggior ragione, per quello che ha costituito oggetto di una comunicazione di notizia di reato, gli ulteriori accertamenti eventualmente necessari per approfondire altri aspetti, non possono essere ulteriormente sviluppati sul piano amministrativo e, quindi, nell’ambito della attività ispettiva fiscale.

Questo non significa evidentemente che tale ultima attività deve arrestarsi, potendo la stessa proseguire sulla base delle disposizioni normative e procedurali di carattere fiscale, con riguardo a fatti e situazioni di natura diversa rispetto a quelli aventi rilevanza penale.

Del resto, l’attività di verifica o controllo fiscale ha generalmente un campo d’azione notevolmente più ampio rispetto a quello delimitato dalle fattispecie di rilevanza penale eventualmente individuate nel corso della stessa e non è profilabile alcuna limitazione all’esercizio dei poteri, di natura amministrativa, previsti dalle disposizioni fiscali, solo perché gli stessi abbiano portato ad azionare un procedimento di diversa natura che, ovviamente, seguirà autonomamente il proprio corso, secondo le specifiche regole che lo disciplinano.

3. Gli atti di rilevanza penale da compilare.

Come dianzi accennato, qualora in sede ispettiva sussista la necessità di eseguire ulteriori approfondimenti in ordine agli indizi di reato rilevati e, di conseguenza, si debba procedere secondo il disposto dell’art. 220 delle disp. att. c.p.p., l’attività dovrà essere svolta con modalità proprie del procedimento penale, nonché documentata mediante redazione di appositi atti, come prescritto dall’art. 357 c.p.p..

Il primo comma della norma da ultimo citata prevede l’obbligo per la polizia giudiziaria di annotare, con le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini, peraltro anche in modo sommario, tutte le attività svolte, ivi comprese quelle dirette all’individuazione delle fonti di prova.

Ai sensi di tale disposizione, gli operanti dovranno procedere, con annotazioni di polizia giudiziaria, in forma libera, alla documentazione di ogni fatto ritenuto utile ai fini dell’indagine, per il quale non sia prevista la redazione di uno specifico verbale, come indicato nel successivo comma 2.

Quest’ultima norma contiene un’elencazione degli atti che devono necessariamente essere documentati mediante verbale da parte della polizia giudiziaria; in tale contesto, gli incaricati all’esecuzione dell’attività di verifica, dal momento in cui dovranno procedere secondo le disposizioni del codice di rito per l’emersione del fatto–reato, ancorché a livello indiziario, dovranno valutare, di volta in volta, quali attività eseguire e, quindi, documentare, in relazione alla finalità primaria che investe la loro funzione, ossia l’assicurazione delle fonti di prova, prevista dal combinato disposto degli artt. 55 e 348 c.p.p..

Ogni decisione sarà, pertanto, assunta avendo riguardo al caso concreto e, più in generale, alle esigenze operative, ponendo in essere una o più delle attività che il codice di rito prevede espressamente, onde consentire la ricostruzione in modo completo e dettagliato dei fatti penalmente rilevanti, i quali poi dovranno essere analiticamente rappresentati alla competente Autorità Giudiziaria nell’apposita comunicazione prevista dall’art. 347 c.p.p..

Si elencano, di seguito, gli atti e le attività che i verbalizzanti possono porre in essere per le descritte finalità:

- identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, nonché delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti (art. 349 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell’art. 357, comma 2, lett. e); quando si procede a tale

atto, la persona deve essere invitata a dichiarare o a eleggere domicilio per le notificazioni a norma dell'art. 161 c.p.p., osservando le disposizioni dell'art. 66 c.p.p.;

- assunzione di sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 350 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. b).

La norma, prima dello svolgimento dell'atto, prevede l'obbligo di invitare l'indagato a nominare un difensore di fiducia; in difetto di tale nomina, provvede l'ufficiale di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 97, comma 3, c.p.p..

Quest'ultima disposizione prevede la nomina del difensore d'ufficio all'uopo comunicato dai consigli dell'ordine forense, secondo specifici elenchi dai medesimi predisposti; il difensore designato dovrà essere avvisato per il compimento dell'atto, in quanto, per espressa previsione del comma 3 dell'art. 350 c.p.p., la presenza del difensore è obbligatoria.

Ai sensi del comma 5 del medesimo art. 350, gli ufficiali di polizia giudiziaria, sul luogo e nell'immediatezza del fatto, possono assumere dall'indagato informazioni anche senza la presenza del difensore; per espressa previsione normativa, trattasi di notizie ed informazioni che possono essere utilizzate sono ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini e di cui è vietata ogni documentazione.

Un'ultima disposizione d'interesse va individuata nel comma 7 della norma in esame, che consente di ricevere dichiarazioni spontanee dall'indagato, con l'avvertenza che di esse non è consentito l'utilizzo nel dibattimento (salvo per le contestazioni che il pubblico ministero può effettuare in sede di esame delle parti, a norma dell'art. 503, comma 3 c.p.p.); tali dichiarazioni, anch'esse verbalizzate ex art. 357, comma 2, lett. b) c.p.p., possono essere ricevute anche da agenti di p.g.;

- assunzione di sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini (art. 351 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. c); in merito, si evidenzia che la persona, convocata per l'esecuzione dell'atto, ha l'obbligo di presentarsi e di rispondere secondo verità alle domande che le sono poste, ma non può essere obbligata a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.

Vanno, inoltre, tenuti ben presenti i limiti all'obbligo di deporre, prescritti dai seguenti articoli del codice di rito, applicabili per effetto dei richiami di cui al combinato disposto degli artt. 351, comma 1 e 362, terzo periodo: 199 (facoltà di astensione dei prossimi congiunti); 200 (segreto professionale); 201 (segreto d'ufficio); 202 (segreto di Stato); 203 (informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza).

Vanno, altresì, osservate le specifiche disposizioni dettate in tema di informazioni acquisite da persona imputata in un procedimento connesso, o imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, dettate dagli artt. 351, comma 1 bis, 197 e 197 bis c.p.p.;

- perquisizione (art. 352 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. d); la norma prevede, nella flagranza di reato, la perquisizione personale o locale da parte di ufficiali di polizia giudiziaria quando abbiano fondato motivo di ritenere che sulla persona o nei luoghi si trovino cose o tracce pertinenti al reato.

Va precisato che il relativo verbale, per effetto del comma 4 dello stesso art. 352, è soggetto a convalida da parte del pubblico ministero e, a tal fine, deve essere inoltrato a quest'ultimo senza ritardo e, comunque, non oltre 48 ore dall'esecuzione;

- acquisizione di plichi o di corrispondenza (art. 353 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. e); la norma prevede, qualora vi sia necessità di acquisire plichi sigillati o altrimenti chiusi, che l'ufficiale di polizia giudiziaria li trasmetta al pubblico ministero per l'eventuale sequestro.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 353, lo stesso ufficiale di polizia giudiziaria, se ha fondato motivo di ritenere che i plichi contengano notizie utili alla ricerca e all'assicurazione delle

fonti di prova, che potrebbero andare disperse a causa del ritardo, informa, col mezzo più rapido, il pubblico ministero il quale può autorizzare l'immediata apertura;

- accertamento sullo stato delle cose (art. 354, comma 2 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. e); la norma consente agli ufficiali di polizia giudiziaria, nel caso di pericolo che le cose o le tracce pertinenti al reato si alterino o si disperdano o, comunque, si modificano, di compiere i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose.

Va, peraltro, evidenziato che, prima dell'esecuzione di tale atto, l'indagato deve essere avvisato della facoltà di farsi assistere dal proprio difensore; per tale circostanza, ai sensi dell'art. 347, comma 2 bis c.p.p., la comunicazione della notizia di reato deve essere trasmessa al più tardi entro 48 ore dal compimento dell'atto;

- sequestro (art. 354, comma 2 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. e): la norma consente agli ufficiali di polizia giudiziaria, nel caso di pericolo che le cose o le tracce pertinenti al reato si alterino o si disperdano o, comunque, si modificano, di sequestrare il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti.

Va precisato che tale atto, pur presentando gli stessi presupposti previsti per quello di cui al precedente alinea, deve essere considerato come estrema *ratio* e, in quanto tale, va adottato qualora non sia possibile in altro modo conservare le tracce e le cose pertinenti al reato; in caso di documentazione contabile, ad esempio, gli operanti potranno valutare, in relazione alle concrete circostanze, se procedere al sequestro, ovvero acquisire copia fotostatica conforme all'originale da allegare al verbale di cui al precedente alinea.

Ai sensi dell'art. 355 c.p.p., il relativo verbale, che deve riportare le motivazioni del provvedimento, deve essere consegnato in copia alla persona cui le cose sono state sequestrate e va trasmesso senza ritardo, e comunque entro 48 ore, al pubblico ministero del luogo ove il sequestro è stato eseguito, per la successiva convalida;

- atti descrittivi di fatti e situazioni (art. 55 e 348 c.p.p.), con verbale redatto ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. f); la norma compendia attività definibili di carattere residuale rispetto a quelle tipiche espressamente richiamate in precedenza, che comunque, in quanto idonee a ricostruire un fatto penalmente rilevante, anche nelle fasi indiziarie e in situazioni di progressiva cognizione, devono trovare menzione in apposito verbale.

Peraltro, considerata la complessità di elementi che caratterizza le fattispecie criminose di cui al D.Lgs. n. 74/2000, il verbale in argomento, attesa la sua connaturata versatilità, appare verosimilmente quello più adeguato a descrivere compiutamente, in sede ispettiva, tutti gli accertamenti tecnici, documentali e contabili, nonché i riscontri diretti ed indiretti svolti "a monte" delle conclusioni prospettate al magistrato nella comunicazione della notizia di reato.

Occorre, peraltro, segnalare come il ricorso a tale tipologia di verbale vada effettuato anche nel caso in cui, pur riscontrando gli operanti fatti penalmente rilevanti già delineati negli elementi essenziali, non sussistano le circostanze di pericolo delineate all'art. 354, comma 2.

A fattor comune per tutti i verbali da redigere per la documentazione delle attività di polizia giudiziaria d'iniziativa sopra elencate, va richiamato il combinato disposto degli artt. 347, comma 3 e 373 c.p.p., in relazione al quale gli atti vanno documentati nel corso del loro compimento, salvo il ricorrere di insuperabili circostanze che andranno debitamente motivate.

Ancora, in relazione alle verbalizzazioni in argomento, va precisato che, ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 357 c.p.p., la documentazione dell'attività svolta deve essere posta a disposizione del pubblico ministero, al quale dovranno essere fatti pervenire anche i corpi del reato e le cose ad esso pertinenti.

Infine, va tenuta presente la disciplina generale concernente la redazione dei verbali in argomento, contenuta nel titolo III del libro II del c.p.p. (artt. 134 e seguenti), richiamato dal

combinato disposto degli artt. 357, comma 3 e 373 c.p.p., in base alla quale ogni verbale deve obbligatoriamente contenere:

- la menzione del luogo, del giorno, del mese e dell'anno, nonché, quando occorre, dell'ora in cui è iniziato e chiuso;
- le generalità delle persone intervenute;
- l'indicazione delle cause, se conosciute, dell'assenza di quanti sarebbero dovuti intervenire;
- la descrizione delle operazioni compiute e di quanto constatato o comunque avvenuto alla presenza dei verbalizzanti;
- le dichiarazioni ricevute dagli intervenuti, con l'indicazione se le stesse siano state fornite spontaneamente o su domanda (in tal caso va riprodotta anche la domanda) e se siano state rilasciate previa consultazione di note o memorie scritte.

Il verbale, previa lettura, deve recare la sottoscrizione di tutti gli intervenuti; se alcuno, tra costoro, non vuole o non è in grado di firmare, ne è fatta menzione con l'indicazione del motivo.

Quando le disposizioni del codice di rito non prevedano la consegna di copia del verbale alla parte (indagata o meno), il verbale va redatto in duplice esemplare, uno dei quali da allegare alla comunicazione della notizia di reato, mentre l'altro va trattenuto agli atti del reparto operante.

CAPITOLO 4

LA COMUNICAZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO

1. Profili generali.

Nei casi in cui l'attività ispettiva fiscale permetta di acquisire non già semplici "indizi" di reato, bensì risultanze tali da ritenere configurata, quanto meno nei principali elementi costitutivi di carattere materiale, una fattispecie criminosa, i verificatori, alla luce delle qualifiche di polizia giudiziaria dagli stessi rivestite, devono provvedere senza ritardo ad informare il Pubblico Ministero competente, a norma dell'art. 347 c.p.p.; analogo obbligo è previsto dall'art. 331 c.p.p., in genere, per i pubblici ufficiali che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile d'ufficio.

A mente del comma 2 bis del citato art. 347, qualora siano stati compiuti atti per i quali è prevista la presenza del difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, la comunicazione della notizia di reato è trasmessa al più tardi entro 48 ore dal compimento dell'atto, fatto salvo quanto stabilito da disposizioni di legge che prevedono termini particolari.

L'omesso o il ritardato inoltrare all'Autorità Giudiziaria della comunicazione di notizia, sono penalmente sanzionati ai sensi dell'art. 361, comma 2, c.p..

Al riguardo, appare utile richiamare all'attenzione la circostanza che la giurisprudenza di legittimità è sempre stata particolarmente severa nel valutare l'omissione o il ritardo nell'adempimento di tale obbligo, configurando un quadro generale dal quale si rileva in maniera chiara che la polizia giudiziaria non ha, al riguardo, alcun margine di discrezionalità, con la conseguenza che se una certa situazione di cui la stessa ha appreso conoscenza risulti, dal punto di vista esclusivamente *oggettivo*, di possibile rilevanza penale, essa è senz'altro obbligata ad informare tempestivamente l'Autorità Giudiziaria, senza alcuna possibilità di valutare o prendere in considerazione profili *soggettivi* ovvero altre circostanze, diverse dalla materialità del fatto, idonee a poter incidere sulla responsabilità penale (quali, ad esempio, presenza o meno del dolo specifico, ricorrenza di esimenti, di cause di estinzione del reato o di non punibilità, ecc.) rimesse alla esclusiva valutazione della magistratura.

Conseguentemente, qualora, nel corso dell'attività ispettiva i verificatori acquisiscano elementi sufficienti a ritenere configurata una condotta materiale prevista da una qualsiasi fattispecie incriminatrice, devono procedere, appunto senza ritardo o entro 48 ore dal compimento dell'atto cui ha diritto di assistere il difensore, ad inoltrare all'Autorità Giudiziaria la prescritta comunicazione, astenendosi dal compiere ulteriori atti d'indagine riguardanti detta specifica condotta, tranne nei casi in cui ricorra la necessità di provvedere nei termini indicati dall'art. 348 c.p.p. e secondo le modalità da questo indicate.

È appena il caso di evidenziare che il suddetto obbligo non può ritenersi perfezionabile soltanto al termine dell'attività ispettiva nel suo complesso, ma può ricorrere in qualsiasi fase di quest'ultima nella quale si pervenga alla conoscenza del comportamento integrante il reato, anche antecedentemente alla conclusione di tutte le operazioni; in tale eventualità, queste potranno comunque essere proseguite in via amministrativa per aspetti e irregolarità diverse da quelle oggetto dell'informativa all'Autorità Giudiziaria.

2. La determinazione delle soglie di punibilità.

Quanto esposto al precedente paragrafo, può assumere in concreto profili di complicazione proprio con riferimento ai reati in materia di imposte sui redditi ed IVA come disciplinati dal D.Lgs. n. 74/2000; infatti, allo scopo di limitare l'intervento penale ai casi di evasione maggiormente offensivi per gli interessi dell'Erario, la concreta punibilità per i delitti dichiarativi di cui agli artt. 3, 4 e 5 di tale provvedimento è subordinata al superamento di alcune soglie di punibilità, riferite agli elementi sottratti dalla base imponibile e/o all'imposta evasa.

Il significato della nozione di "imposta evasa" è esplicitato dall'art. 1, lett. f), del D.Lgs. n. 74/2000, quale differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata in dichiarazione,

ovvero quale intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine.

Con riferimento all'attività ispettiva in materia fiscale, si pone la questione consistente nello stabilire se alla determinazione della soglia riferita all'imposta evasa debbano o meno procedere gli stessi verificatori, oppure se quest'ultima sia riservata all'Ufficio finanziario competente per l'accertamento.

Il problema si pone in quanto:

- sembra difficile non riconoscere che la nozione di "imposta dovuta", cui è connessa quella di "imposta evasa" utilizzata dal D.Lgs. n. 74/2000, presupponga il ricorso a istituti, nozioni e regole procedurali appartenenti all'area amministrativa, non potendo che discendere dall'applicazione delle aliquote, previste dalla normativa fiscale, alle diverse tipologie di basi imponibili, da ricostruire necessariamente attraverso il ricorso alle regole contenute nelle leggi fiscali; anche ai fini dell'imposta del valore aggiunto, la legittimità delle detrazioni, la riconducibilità dell'operazione al campo di applicazione dell'imposta, la determinazione del volume d'affari, rappresentano questioni da valutare alla luce delle specifiche disposizioni tributarie;
- possono, in concreto, sussistere oggettive difficoltà nella ricostruzione dell'imposta dovuta e, quindi, di quella evasa, al di fuori di una conoscenza generale del complesso della posizione fiscale del soggetto, acquisibile solo nel quadro della procedura di accertamento; ciò vale non tanto per l'IVA, quanto, soprattutto, per le imposte sui redditi e, specialmente, per l'IRPEF – attesa la progressività del tributo – nonché per l'IRES dovuta dai grandi complessi industriali, non di rado caratterizzati da una situazione fiscale particolarmente articolata e spesso facenti parte di gruppi imprenditoriali di dimensioni nazionali o sovranazionali.

Tuttavia, pur tenuto conto di quanto dianzi esposto, occorre considerare che:

- condizionare l'avvio del procedimento penale alla definizione dell'imposta evasa da parte dell'Ufficio finanziario titolare della funzione di accertamento, significherebbe, di fatto, reintrodurre la "pregiudiziale tributaria", la cui soppressione, già operata con la L. n. 516/82, è stata confermata dalla riforma del 2000;
- le richiamate soglie di punibilità – come si evince, tra l'altro, dalla relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 74/2000 – sono costruite come elementi costitutivi obiettivi del reato e non come condizioni di procedibilità, nel qual caso sarebbe teoricamente prospettabile una "paralisi" del procedimento penale in attesa che si perfezinino le condizioni stesse (nella fattispecie, la definizione dell'accertamento ad opera dell'Ufficio a ciò competente);
- fra procedimento penale e procedimento di accertamento esiste, come accennato al Capitolo 1, una completa autonomia che non si concilia con la soluzione di demandare la determinazione di un elemento costitutivo del reato, quale è il superamento della soglia di punibilità, all'Organo amministrativo competente per l'accertamento.

Da quanto precede, consegue che il Pubblico Ministero, per decidere se esercitare o meno l'azione penale, nonché il giudice dell'udienza preliminare e quello del dibattimento, ai fini delle decisioni concernenti il rinvio a giudizio o la condanna, devono necessariamente, in via del tutto autonoma, determinare l'imposta evasa, anche se a questo scopo debbano ricorrere a nozioni e regole proprie del diritto tributario.

Specularmente, i verificatori i quali, nel corso delle operazioni ispettive, si imbattano in una fattispecie concreta che, ad una prima analisi, appaia di rilievo penale, al fine di stabilire se effettivamente sussista l'obbligo di inoltro della comunicazione di notizia di reato ai sensi dell'art. 347 c.p.p., a cui è correlato l'eventuale avvio delle indagini preliminari, necessariamente autonomo rispetto all'azione di accertamento, non possono esimersi dal

constatare se, concretamente, ricorrano tutti gli elementi che, dal punto di vista oggettivo, possano confermare la rilevanza penale del fatto, ivi compreso il superamento delle soglie di punibilità.

Devono pertanto ampiamente confermarsi le indicazioni già impartite, a suo tempo, con la circolare del Comando Generale – III Reparto 14 aprile 2000, n. 114000, secondo le quali, in sintesi:

- spetta ai verificatori l'autonoma valutazione della configurabilità degli illeciti penali ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA, anche previa quantificazione dell'imposta evasa relativamente ad entrambi gli anzidetti tributi;
- detta quantificazione:
 - . è strettamente funzionale agli adempimenti di polizia giudiziaria, nonché riveste carattere preliminare e di ausilio ai fini delle successive determinazioni di competenza del Pubblico Ministero e del Giudice, che potrà, a tal fine, avvalersi anche di periti e consulenti tecnici;
 - . è aperta ad integrazioni da parte degli stessi reparti operanti e/o degli Uffici finanziari, nel caso in cui emergano nuovi elementi comprovanti ulteriori fatti evasivi ovvero sussista la possibilità di applicare più corrette o complete modalità di ricostruzione dei tributi effettivamente dovuti;
 - . va sempre, dettagliatamente, illustrata nell'informativa di reato relativa ai delitti di cui agli artt. 3, 4 e 5 del D.Lgs. n. 74/2000, con l'indicazione del percorso ricostruttivo seguito dai verificatori e delle componenti attive e passive considerate nel calcolo.

Vanno pertanto consolidate le intese già assunte a livello locale fra il Corpo, le Procure della Repubblica e gli Uffici finanziari, volte a regolarizzare il flusso di comunicazioni fra i predetti Organi secondo le disposizioni della menzionata circolare e sostanzialmente basate sui seguenti adempimenti:

- preliminare quantificazione dell'imposta evasa da parte del reparto del Corpo operante e comunicazione all'Ufficio finanziario competente del numero assegnato dalla Cancelleria del Pubblico Ministero al procedimento penale instaurato a seguito della comunicazione di notizia di reato;
- eventuale integrazione di quest'ultima, da parte dell'Ufficio titolare dell'azione di accertamento, mediante la comunicazione di elementi di carattere tecnico che possano risultare di rilievo per la configurazione in concreto della responsabilità penale.

Tali indicazioni appaiono peraltro coerenti anche con i contenuti della circolare ministeriale n. 154/E del 4 agosto 2000, in cui, sul punto, si afferma che "per una più proficua collaborazione fra l'Amministrazione finanziaria e quella della giustizia, nonché per una più efficace repressione dei reati e, infine, per la realizzazione di criteri di efficienza ed economicità nella gestione dell'attività amministrativa, si raccomandano gli uffici destinatari dei processi verbali redatti in sede di verifica, con allegata segnalazione di avvenuta denuncia all'Autorità Giudiziaria, di dedicare all'esame di detti atti priorità assoluta ai fini dell'ulteriore attività di controllo. Inoltre, deve essere inviata alla competente Procura della Repubblica un'integrazione dell'originaria denuncia, allorché emergano, nel contesto dell'attività di accertamento di spettanza degli Uffici finanziari, ulteriori elementi utili all'indagine.

Ciò vale, in particolare, per quelle fattispecie che comportano la quantificazione dell'imposta evasa; pertanto, gli avvisi di rettifica o di accertamento appena emessi devono essere inviati all'Autorità Giudiziaria".

In conclusione, appare utile accennare brevemente al problema della determinazione delle soglie di punibilità nel caso in cui il delitto di omessa dichiarazione venga di fatto posto in essere da soggetti sconosciuti al fisco – i cosiddetti evasori totali – la cui base imponibile è stata ricostruita con metodo induttivo "puro"; in tale eventualità, si pone il problema di stabilire se, per verificare se ricorra in concreto il superamento della soglia di punibilità connessa

all'imposta evasa, si debba tenere conto solo dei componenti positivi di reddito ricostruiti dall'Amministrazione, ovvero anche dei costi che il soggetto ha comunque sostenuto nello svolgimento, sia pure occulto, della sua attività e che lo stesso riesca a provare.

In queste circostanze l'Ufficio finanziario deve, in sede di accertamento, applicare l'imposta dovuta non solo sui ricavi, bensì su un risultato netto (il reddito, appunto), dato dalla differenza ricavi – costi (ovvero, componenti positivi – componenti negativi).

Se si accetta l'impostazione per cui, anche in campo penale, nozioni quali "imposta dovuta" e "imposta evasa" devono essere intese nel significato proprio che le stesse assumono nel comparto amministrativo – fiscale, con conseguente applicazione di tutte le regole da questo previste ai fini della loro concreta determinazione, dovrebbe risultare consequenziale ammettere la necessità che nel procedimento penale sia seguita la medesima regola; tuttavia, tenuto conto:

- degli specifici obblighi che incombono ai verificatori circa l'immediata informazione dell'Autorità Giudiziaria relativamente a tutte le condotte che, dal punto di vista materiale, risultano integrare gli estremi di un reato, secondo quanto illustrato al paragrafo 1;
- di quanto in precedenza rimarcato a proposito dell'autonomia fra procedimento penale e procedimento di accertamento, nonché di quella che caratterizza l'attività dell'Autorità Giudiziaria nello svolgimento degli adempimenti strumentali all'esercizio dell'eventuale azione penale,

si ritiene che anche nelle situazioni del genere, in cui il superamento della soglia di punibilità riferita all'imposta evasa sia determinato con riferimento ai soli componenti positivi non dichiarati, sia comunque necessario inoltrare la comunicazione di notizia di reato, rimettendo al magistrato competente le valutazioni circa la concreta configurabilità della responsabilità penale, anche sulla base degli ulteriori accertamenti a questo comunicati o da questo effettuati ai fini del concreto calcolo dell'imposta evasa.

3. Il valore del processo verbale di constatazione in sede penale.

a. Rapporto fra comunicazione di notizia di reato e processo verbale di constatazione.

Occorre approfondire i termini in cui l'atto conclusivo dell'attività ispettiva fiscale, quale è il processo verbale di constatazione, possa assumere rilievo nell'ambito del procedimento penale instaurato in relazione a fatti dallo stesso documentati.

Al riguardo la Legge 7 gennaio 1929, n. 4, recante le norme generali per la repressione delle violazioni finanziarie e soppressa in numerosi articoli per effetto di diversi, successivi provvedimenti normativi, contiene l'art. 24, ancora in vigore, per il quale "le violazioni delle norme contenute nelle leggi finanziarie sono constatate mediante processo verbale"; detta norma, riferendosi genericamente alle "violazioni", non distingue fra quelle amministrative e penali, per cui si ritiene comunemente che la stessa si riferisca sia alle une che alle altre.

Sul punto, il primo problema che si profila riguarda il coordinamento della menzionata disposizione della L. n. 4/29 con gli artt. 331 e 347 c.p.p., che impongono ai pubblici ufficiali ed alla polizia giudiziaria l'obbligo di rapportare all'Autorità Giudiziaria i fatti costituenti reato, rispettivamente, con la denuncia e con la comunicazione della notizia di reato; in particolare, si discute se il processo verbale di constatazione possa sostituire questi ultimi atti, specificamente contemplati dal codice di procedura penale, con riferimento ai reati tributari.

Al riguardo, non pare che una risposta affermativa possa essere formulata sulla base dell'art. 221 delle disposizioni di coordinamento del c.p.p., a norma del quale "continuano ad osservarsi le disposizioni di leggi o decreti che prevedono modalità diverse da quelle indicate negli artt. 331 e 347 del codice per l'inoltro della denuncia all'Autorità Giudiziaria ovvero consentono di presentare la denuncia stessa ad altra autorità che a quella abbia l'obbligo di riferire"; infatti, da un lato, l'art. 221 delle disposizioni di attuazione riguarda solo le "modalità di inoltro" della denuncia alla magistratura e non quelle che attengono alla fase di documentazione dei fatti costituenti reato e, dall'altro, l'art. 24 della L. n. 4/29, parla

testualmente di “constatazione” delle violazioni, termine, questo, che non necessariamente coincide con la funzione a cui è deputata ad assolvere la comunicazione della notizia di reato, il cui scopo è quello di compendiare e trasmettere al Pubblico Ministero, senza ritardo, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi raccolti, indicando le fonti di prova e le attività fino a quel momento compiute, laddove il termine “constatazione”, verosimilmente, appare da intendersi espressivo di una attività più approfondita, estesa ben oltre gli elementi ritenuti “essenziali”.

A ciò deve aggiungersi che la previsione di cui all’art. 24 della L. n. 4/29, è stata introdotta ed ha per lungo tempo operato nell’ambito del sistema, contemplato dall’art. 21, ultimo comma, della stessa legge del 1929, della cosiddetta “pregiudiziale tributaria”, in base al quale per i reati contemplati dalle leggi sui tributi l’azione penale poteva avere corso solo dopo che l’accertamento dell’imposta e della relativa sovrimposta fosse divenuto definitivo a norma di legge; se, in tale sistema, la deroga alle regole generali in tema di rapporto immediato alla magistratura circa i fatti costituenti reato poteva avere una sua giustificazione, venuta meno la predetta pregiudiziale, quelle stesse regole riprendono il loro vigore anche per i reati tributari, essendo la denuncia e la comunicazione della *notitia criminis* gli unici strumenti previsti dal vigente ordinamento processuale penale per porre il Pubblico Ministero nelle condizioni di assumere la direzione autonoma delle indagini.

Tali considerazioni, pertanto, sembrano deporre per una precisa autonomia funzionale della denuncia e della comunicazione di notizia di reato rispetto al processo verbale di constatazione, comprovata, tra l’altro, dal fatto che mentre questo viene consegnato in copia alla parte e trasmesso all’Ufficio competente per l’azione di accertamento e per l’applicazione delle sanzioni amministrative, l’informativa penale ha come unico destinatario il Pubblico Ministero, costituendo inoltre il presupposto per il perfezionarsi dell’obbligo del segreto di cui all’art. 329 c.p.p..

Si conferma, quindi, che anche i reati tributari vanno in ogni caso rapportati senza ritardo, nei loro elementi essenziali, alla magistratura, nella forma – più spedita e meno elaborata del processo verbale di constatazione – della comunicazione della notizia di reato, fermo restando che il predetto processo verbale, una volta conclusa l’attività ispettiva, potrà comunque essere trasmesso – anche per stralcio, in relazione ai soli fatti di rilievo penale – al Pubblico Ministero, ove in tal senso non già provveduto in precedenza, per le sue valutazioni circa la concreta utilizzabilità, nel caso specifico, delle relative risultanze.

b. Utilizzabilità del processo verbale di constatazione nel procedimento penale.

Con riferimento, appunto, a detta utilizzabilità, appare utile rimarcare che l’attuale sistema processuale penale è connotato da una impostazione di tipo “accusatorio”, in cui, da un lato, l’effettiva e piena direzione delle indagini fa capo all’Autorità Giudiziaria e, dall’altro, risultano fortemente limitate le prove “precostituite”, in favore della regola della formazione della prova in sede dibattimentale, caratterizzata dalla “oralità”; in questo contesto, la netta separazione della fase delle indagini preliminari, il cui unico scopo consiste nell’assunzione delle decisioni connesse al concreto esercizio dell’azione penale, rispetto a quella dibattimentale, viene concretamente realizzata mediante la formazione di due fascicoli distinti, deputati a raccogliere separatamente gli atti dell’una e dell’altra, soggetti ad un diverso regime di acquisizione e utilizzazione.

In particolare mentre, a norma dell’art. 373, comma 5, del c.p.p., l’atto contenente la notizia di reato e la documentazione relativa alle indagini sono conservati in apposito fascicolo presso l’ufficio del Pubblico Ministero unitamente agli atti trasmessi dalla polizia giudiziaria ed a quelli relativi alle attività d’indagine svolte direttamente dal Pubblico Ministero stesso, nel fascicolo del dibattimento, ai sensi dell’art. 431 c.p.p., vanno raccolti gli atti relativi alla procedibilità dell’azione penale e all’esercizio dell’azione civile, i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero, i documenti acquisiti all’estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità, i verbali degli atti assunti

nell'incidente probatorio, il certificato generale del casellario giudiziale e gli altri documenti indicati nell'art. 236 c.p.p..

Nell'ambito di questo generale quadro normativo di riferimento, la giurisprudenza, verosimilmente prendendo atto che la complessità della materia tributaria rende il processo verbale di constatazione uno strumento cui non è facile rinunciare in favore di una prova esclusivamente orale da formarsi nel corso del dibattimento, ha cercato di recuperarne l'utilizzabilità verificando, in primo luogo, se ed in che termini lo stesso possa essere qualificato "atto irripetibile", come tale inseribile a fascicolo del dibattimento, tenendo presente che detta nozione indica quegli atti con cui la polizia giudiziaria prende diretta cognizione di fatti, situazioni o comportamenti suscettibili di essere modificati o addirittura di essere completamente rimossi, in tempi più o meno brevi, con la conseguenza che, ove non tempestivamente documentati, gli stessi potrebbero soltanto essere riferiti o descritti.

Inizialmente, la giurisprudenza di legittimità si era attestata su posizioni favorevoli a considerare il processo verbale di constatazione quale atto irripetibile e, come tale, acquisibile al fascicolo del dibattimento, ma, in seguito, ha assunto un orientamento più prudenziale, introducendo alcune distinzioni; sulla questione è poi intervenuta, in senso generalmente chiarificatrice del parziale contrasto giurisprudenziale formatosi al riguardo, la sentenza della Corte di Cassazione n. 41281 del 17 ottobre 2006, che:

- premette che la natura di irripetibilità di un atto della polizia giudiziaria deve essere valutata non in relazione alla denominazione dell'atto stesso ma al suo contenuto; da questo punto di vista, sono non ripetibili solo gli atti o i contenuti degli atti che descrivono o riportano situazioni:
 - . non più riproducibili in dibattimento se non con la perdita dell'informazione probatoria o della sua genuinità, quali i risultati acquisiti nell'immediatezza dello svolgimento di attività di polizia o investigative (ad esempio, le intercettazioni telefoniche);
 - . modificabili nel tempo e come tali impossibili da riprodurre in seguito (come nel caso, della descrizione di luoghi, cose, ecc., suscettibili di essere appunto modificate);
- afferma l'impossibilità di considerare atto non ripetibile il processo verbale di constatazione redatto a seguito di attività di polizia tributaria, "salvo che per quelle parti che documentino situazioni modificabili (per esempio, la consistenza del magazzino, le risultanze di documentazione contabile che non viene sequestrata o altre situazioni soggette a variazione per opera del tempo o delle persone)".

Secondariamente, si sono registrati tentativi di far rientrare il processo verbale di constatazione nel dibattimento mediante l'art. 234 c.p.p., che permette l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose, anche con qualsiasi mezzo.

Al riguardo, la stessa Corte di Cassazione con diverse sentenze, fra cui la n. 6768 del 2 febbraio 2006, ha espressamente affermato che il processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza rientra nella categoria dei documenti extraprocessuali ricognitivi di natura amministrativa, acquisibili come prova ai sensi della disposizione dianzi citata.

Ad ogni buon conto, considerato il tendenziale favore della giurisprudenza, sia pure con diverse sfumature, per la utilizzabilità in sede penale dei contenuti del processo verbale di constatazione, deve essere sempre valutata l'opportunità dell'inoltro del documento all'Autorità Giudiziaria – fermo restando il preventivo, imprescindibile invio della comunicazione di notizia di reato – soprattutto nei casi in cui non siano stati, relativamente alle risultanze ispettive riguardanti ipotesi di reato, preventivamente redatti e trasmessi i particolari atti di polizia giudiziaria di cui è cenno al paragrafo 3 del Capitolo 3.

4. Valenza penale delle presunzioni fiscali.

Come si è ampiamente illustrato nella Parte IV della presente istruzione, nell'attività di accertamento dei tributi ed in quella, a questa propedeutica, di carattere ispettivo, è consentito ricostruire la base imponibile, in presenza di certi presupposti, anche ricorrendo a presunzioni, nella maggior parte dei casi gravi, precise e concordanti, in alcune situazioni anche semplicissime; specifiche previsioni normative, inoltre, prefigurano presunzioni di carattere legale, il cui significato, cioè, è predeterminato dalla legge stessa, fatta salva la prova contraria concessa al contribuente.

Un problema importante è stabilire se ed in che termini le presunzioni utilizzate in campo fiscale possano essere utilizzate in sede penale.

Al riguardo, anche nel processo penale è consentito ricorrere a presunzioni, nei limiti indicati dall'art. 192, comma 2, c.p.p., a mente del quale "l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti".

Tale disposizione non permette però di sostenere che nel processo penale tributario possano trovare incondizionatamente ingresso le presunzioni utilizzate in sede fiscale, solo perché, in questo contesto, ritenute caratterizzate da gravità, precisione e concordanza; così come, specularmente, non è detto che le presunzioni ritenute fiscalmente non gravi, non precise e non concordanti debbano, ad esclusivo motivo della particolare qualificazione che alle stesse è stata data nella sede amministrativa, essere escluse dal processo penale tributario.

Il giudice penale, infatti, è tenuto a valutare la rilevanza delle prove addotte, anche di carattere indiziario, in maniera del tutto autonoma, percorrendo tutto il procedimento logico e argomentativo necessario per stabilire se uno o più elementi abbiano o meno la capacità di dimostrare la sussistenza di un fatto costituente reato e la sua effettiva riferibilità al presunto responsabile; in questa valutazione delle prove, che deve avvenire in maniera del tutto indipendente e senza alcun condizionamento rispetto alle conclusioni cui è pervenuta l'azione amministrativa di controllo e/o di accertamento, il giudice ha solo l'obbligo di dare conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, enunciato al comma 1 del citato art. 192 c.p.p. e meglio specificato nell'art. 546 c.p.p..

Conseguentemente, nel processo penale – tributario può trovare ingresso, teoricamente, ogni genere di presunzione fiscale, tanto grave, precisa e concordante, quanto semplicissima, così come le presunzioni cui la legge fiscale connette uno specifico significato predeterminato, a condizione, però, che tale ingresso avvenga esclusivamente in base al libero convincimento del giudice e nel rispetto degli obblighi di motivazione della sentenza finale, in cui, evidentemente, dovrà essere dato conto anche delle ragioni per cui certi elementi indiziari vengono ritenuti gravi, precisi e concordanti, dal momento che solo questi sono ammessi nel processo penale.

Da quanto precede, consegue che, ogniqualvolta i verificatori siano pervenuti, anche mediante il ricorso a presunzioni, semplici o semplicissime, alla individuazione di una condotta materiale che risulti integrare una fattispecie di reato, gli stessi sono comunque obbligati, anche per quanto esposto al paragrafo 1, ad inviare al magistrato la prescritta comunicazione di notizia di reato, ferme restando le autonome valutazioni dell'Autorità Giudiziaria circa la concreta valenza delle presunzioni utilizzate nell'attività di verifica o controllo ai fini della responsabilità penale; tali ultime indicazioni valgono anche nel caso in cui, nell'attività ispettiva, le presunzioni fiscali siano state utilizzate per determinare l'imposta evasa, ai fini dell'individuazione del superamento o meno delle soglie di punibilità nei delitti in tema di dichiarazioni.

Qualche breve considerazione merita il tema della rilevanza penale degli studi di settore, diffusamente esaminati nel Capitolo 9 della Parte IV della presente istruzione, in quanto il comma 6 dell'art. 10 della Legge 8 maggio 1998, n. 146, dispone che i maggiori ricavi, conseguenti all'applicazione degli accertamenti effettuati in base agli studi stessi, ovvero dichiarati per effetto dell'adeguamento del contribuente ai medesimi, "non rilevano ai fini dell'obbligo della trasmissione della notizia di reato a sensi dell'art. 331 c.p.p."

Sul punto, poiché il citato comma 6 dell'art. 10 della L. n. 146/98:

- è destinato ad operare, come chiaramente si evince dal testo, solo nel caso di accertamento fondato sugli studi di settore ovvero in quello in cui il contribuente si adegui alle risultanze di questi;
- in tali circostanze, l'irrilevanza configurata dalla norma si riferisce soltanto al generale dovere di denuncia dei reati perseguibili d'ufficio facente capo ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio,

nell'eventualità in cui gli studi settore siano stati comunque utilizzati in sede ispettiva, da soli o, come più verosimile, unitamente ad altri elementi probatori, anche di carattere indiziario e ne sia conseguita l'individuazione di condotte materiali tali da configurare reati, pure per effetto del superamento delle soglie di punibilità, i verificatori dovranno in ogni caso corrispondere agli obblighi di informazione dell'Autorità Giudiziaria facenti capo alla polizia giudiziaria, nei termini dianzi diffusamente chiariti, ferme restando le autonome valutazioni della magistratura in ordine alla effettiva sussistenza di profili di responsabilità penale.

5. Comunicazione di notizia di reato e termini di decadenza dell'azione di accertamento.

I commi da 24 a 26 dell'art. 37 del D.L. n. 223/2006, convertito nella L. n. 248/2006, hanno modificato gli artt. 43 e 57 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72, i quali stabiliscono i termini di decadenza oltre cui, non potendo più gli Uffici finanziari procedere ad accertamento, la posizione fiscale del contribuente per le imposte sui redditi e l'IVA si "stabilizza" definitivamente; detti termini sono fissati al 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione, ovvero del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione omessa avrebbe dovuto essere presentata.

Per effetto della citata modifica, "in caso di violazione che comporta l'obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 331 c.p.p., per uno dei reati previsto dal D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74", i termini anzidetti sono raddoppiati relativamente al periodo d'imposta in cui è stata commessa la violazione; le nuove regole si applicano a partire dal periodo d'imposta per il quale, alla data di entrata in vigore del D.L. n. 223/2006, erano ancora pendenti i termini indicati nei richiamati artt. 43 e 57 dei DD.P.R. n. 600/73 e n. 633/72.

Secondo quanto affermato nella relazione di accompagnamento al provvedimento, la stessa nasce "dall'esigenza di garantire la possibilità di utilizzare per un periodo di tempo più ampio di quello ordinario gli elementi istruttori emersi nel corso delle indagini condotte dall'Autorità Giudiziaria"; la citata relazione, pertanto, rapporta la *ratio* della modifica alle indagini penali in generale svolte dalla magistratura, senza alcun riferimento specifico alla relativa fonte di attivazione, per corrispondere all'avvertita necessità di utilizzare proficuamente gli elementi di carattere fiscale ivi emersi.

Un approccio interpretativo alla disposizione che intenda valorizzare l'intenzione del legislatore esplicitata nei termini anzidetti, induce a ritenere che il raddoppio dei termini di accertamento non si produce solo nei casi in cui vi sia stata, in concreto, una denuncia ai sensi dell'art. 331 c.p.p., cioè presentata da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio in relazione a un reato tributario di cui ha avuto notizia a causa delle funzioni esercitate o del servizio svolto, ma pure in tutte le situazioni in cui detto obbligo sussiste in astratto e, di fatto, il procedimento penale sia stato intrapreso anche sulla base di una fonte diversa; è il caso, ad esempio, delle indagini avviate a seguito di una comunicazione di notizia di reato ex art. 347 c.p.p. da parte della polizia giudiziaria, ovvero di denuncia da parte di un privato ex art. 333 c.p.p. o, ancora, per autonoma iniziativa dell'Autorità Giudiziaria stessa.

Da notare che le disposizioni in argomento, così come formulate e valutate alla luce della più volte evidenziata autonomia fra procedimento penale e procedimento di accertamento, configurano un certo automatismo, nel senso che la proroga dei termini di decadenza si produce e al tempo stesso diventa "definitiva" solo per effetto della sussistenza di una violazione per la quale sussista l'obbligo di denuncia all'Autorità Giudiziaria e, quindi, per il solo fatto che sia stato comunque intrapreso un procedimento penale per uno dei reati di cui al D.Lgs. n. 74/2000.

Ancora dal testo della norma, non si rinviene una esplicita preclusione alla possibilità dell'Amministrazione di provvedere oltre i termini ordinari, per quel periodo d'imposta in cui la violazione penalmente rilevante è stata commessa, con riferimento ad aspetti diversi dalla violazione stessa e, quindi, anche per irregolarità fiscali non emerse o non considerate nell'ambito del procedimento penali; sembrerebbe, pertanto, che la proroga riguardi l'intera posizione fiscale del contribuente relativamente a quel periodo d'imposta in cui si è verificato il fatto costituente reato ai sensi del D.Lgs. n. 74/2000.

È appena il caso di rimarcare che la proroga opera solo per i reati in materia di imposte sui redditi ed IVA, con esclusione quindi per i reati tributari diversi da quelli contemplati dal citato decreto (ad esempio, quelli di contrabbando o in materia di accise) e per altri reati che pure, per la condotta che li caratterizza o per l'oggetto materiale degli stessi, possono presentare implicazioni di carattere fiscale.

Alla luce di quanto dianzi esposto, ogniqualevolta i verificatori inoltrino all'Autorità Giudiziaria una comunicazione di notizia di reato ex D.Lgs. n. 74/2000, gli stessi potranno sviluppare la successiva attività ispettiva tenendo presente il raddoppio dei termini di decadenza relativamente all'annualità cui si riferisce il reato in parola; ovviamente, allo scopo di giustificare la formulazione di proposte di recupero a tassazione per una annualità che sarebbe decaduta secondo le regole ordinarie, occorre che negli atti relativi all'attività ispettiva sia data chiara esplicitazione dell'allungamento dei termini e della relativa ragione, il che impone una attenta, preliminare verifica circa l'eventuale sussistenza di esigenze di segretezza delle indagini, tanto nei confronti dell'indagato, quanto di terzi, che possano ostare a detta esplicitazione.

6. Contenuto della comunicazione di notizia di reato.

La prassi, diffusa fra molte Procure della Repubblica, di diramare agli Organi di polizia operanti nelle rispettive circoscrizioni modelli per la compilazione e l'inoltro delle notizie di reato, suggerisce l'opportunità di non di predisporre analoghi modelli aventi valenza generale, essenzialmente allo scopo di evitare che, in concreto, si presentino difficoltà di compilazione, connesse alle inevitabili differenze d'impostazione; è comunque appena il caso di sottolineare che nella comunicazione di notizia di reato devono essere evidenziati gli elementi essenziali del fatto costituente reato, ogni altra circostanza utile alle indagini, l'indicazione delle fonti di prova, le attività compiute, il giorno e l'ora in cui la notizia di reato è stata acquisita, le generalità, il domicilio e quanto altro valga all'identificazione dell'indagato e di eventuali altre persone in grado di riferire sui fatti, il grado e le generalità degli appartenenti alla polizia giudiziaria che hanno operato e di quali, fra questi, sono in grado di riferire sui fatti.

Secondo quanto indicato dall'art. 347, comma 1, alla comunicazione di notizia di reato deve essere allegata la documentazione attestante le attività compiute, ivi compresi, gli atti indicati nel paragrafo 3 del precedente Capitolo 3, nei casi in cui sia stato necessario procedere ai sensi dell'art. 220 delle disp. att. c.p.p., nonché, ove possibile, il processo verbale di constatazione, ferma restando la necessità di allegare ogni altro genere di risultanza documentale utile ai fini della ricostruzione del fatto, non escluse le dichiarazioni fiscali presentate dal contribuente, ove disponibili.

CAPITOLO 5

ADEMPIMENTI PROCEDURALI IN RELAZIONE A SPECIFICI ASPETTI

1. Introduzione.

Nel presente capitolo vengono fornite alcune indicazioni in ordine a taluni specifici profili, di carattere essenzialmente procedurale, che attengono all'individuazione di fattispecie di rilevanza penale nel corso dell'attività ispettiva fiscale, nonché agli adempimenti da adottare in presenza di particolari situazioni.

Al riguardo, si stima utile premettere che il sistema penale tributario di cui al D.Lgs. n. 74/2000 ha costituito oggetto di esame nella già richiamata circolare del Comando Generale – III Reparto 14 aprile 2000, n. 114000, corredata della relazione illustrativa del citato provvedimento normativo; in seguito, è intervenuta anche la circolare ministeriale 4 agosto 2000, n. 154/E.

In questa sede si pone in preliminare evidenza che, successivamente, alle fattispecie criminali previste nell'originaria versione del D.Lgs. n. 74/2000, quali i delitti di:

- dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2) o mediante altri artifici (art. 3), dichiarazione infedele (art. 4) e omessa dichiarazione (art. 5), tutte incentrate sul fatto evasivo;
- emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti al fine di consentire a terzi l'evasione (art. 8);
- occultamento o distruzione di documenti contabili in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume d'affari (art. 10);
- sottrazione alla riscossione coattiva delle imposte mediante il compimento di atti fraudolenti su propri od altrui beni (art. 11),

sono state aggiunte nuove figure delittuose, quali:

- omesso versamento di ritenute certificate (art. 10 bis, aggiunto dall'art. 1, comma 414, della Legge 30 dicembre 2004, n. 311), che punisce con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto d'imposta ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a 50.000 euro, per ciascun periodo d'imposta;
- omesso versamento di IVA (art. 10 ter, aggiunto dall'art. 35, comma 7, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248), che punisce con la pena di cui al precedente alinea e con i medesimi limiti, chiunque non versa l'IVA, dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo;
- indebita compensazione (art. 10 quater, analogamente aggiunto dall'art. 35, comma 7, del D.L. n. 223/2006), che sanziona con la pena di cui ai precedenti due alinea e con i medesimi limiti, chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, crediti non spettanti o inesistenti.

2. Infedeltà e frodolenzza della dichiarazione.

Il comportamento del contribuente che indichi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi, integra, ove si superino le soglie di punibilità rispettivamente previste ed al di fuori del caso di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti:

- il delitto di dichiarazione infedele, ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000;
- in alternativa, il delitto di dichiarazione fraudolenta, ai sensi dell'art. 3 dello stesso decreto legislativo, quando detto comportamento sia basato su "una falsa rappresentazione nelle

scritture contabili obbligatorie e avvalendosi di mezzi fraudolenti idonei ad ostacolarne l'accertamento".

L'individuazione di una chiara distinzione fra le due fattispecie è importante in quanto, al di là della considerazione che solo il reato di cui all'art. 4 può essere commesso da qualsiasi contribuente, mentre quello di cui all'art. 3 esclusivamente da soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili, per la concreta punibilità della condotta, in quest'ultimo, sono previste soglie di punibilità inferiori rispetto al reato di cui all'art. 4.

Come evidenziato nella già richiamata circolare n. 114000 del 14 aprile 2000, l'elemento qualificante del delitto di dichiarazione fraudolenta rispetto a quello di dichiarazione infedele, ricorre allorché la falsità della dichiarazione sia supportata da false rappresentazioni nella contabilità, connotate da modalità particolarmente artificiose o insidiose, tese a sviare o ad ostacolare la successiva attività di accertamento.

Al riguardo, secondo quanto a suo tempo evidenziato nel citato documento e come confermato anche nella menzionata circolare ministeriale 4 agosto 2000, n. 154/E, la semplice violazione degli obblighi di fatturazione e registrazione non è generalmente ritenuta sufficiente, di per sé stessa e in quanto tale, ad integrare il delitto di dichiarazione fraudolenta, essendo necessario che la stessa, per le concrete modalità di realizzazione, sia tale da creare impedimento all'attività di accertamento dell'Amministrazione finanziaria.

Quest'ultima precisazione permette di chiarire che, ove ricorra detto effetto, anche la violazione dei suddetti obblighi può integrare il delitto di dichiarazione fraudolenta; è il caso, ad esempio, della ricorrenza di violazioni sistematiche e continue, ovvero particolarmente significative rispetto all'attività svolta dal contribuente, la tenuta di una contabilità "in nero" più o meno parallela a quella ufficiale, il riscontrato utilizzo di conti correnti bancari destinati alle operazioni non contabilizzate.

Tenuto conto peraltro che, anche alla luce di queste precisazioni, la distinzione fra i due delitti non appare di palmare evidenza, i verificatori, in presenza di violazioni agli obblighi di fatturazione e registrazione che non siano episodiche o isolate, accompagnate o meno dai suddetti accorgimenti, nonché in ogni altro caso dubbio, dovranno comunque valutare se ricorra la necessità di inoltrare la doverosa comunicazione di notizia di reato all'Autorità Giudiziaria, per le valutazioni di quest'ultima, nel caso risultino superate le soglie di punibilità stabilite dall'art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000, ma non quelle indicate nell'art. 4 dello stesso provvedimento.

3. Responsabilità penale delle società di persone.

Si è già visto come, allo scopo di limitare l'intervento penale ai casi di evasione maggiormente offensivi per gli interessi dell'Erario, la concreta punibilità per i delitti dichiarativi di cui agli artt. 3, 4 e 5 del D.Lgs. n. 74/2000, sia subordinata al superamento di alcune soglie di punibilità, riferite agli elementi sottratti dalla base imponibile e/o all'imposta evasa.

Questa impostazione produce particolari riflessi relativamente alle violazioni potenzialmente costituenti reato poste in essere da società di persone nel settore delle imposte sui redditi.

Infatti le società di persone, pur essendo soggette ad IRAP (che si ritiene esclusa dai reati previsti dal D.Lgs. n. 74/2000, riferiti alle imposte sui redditi ed all'IVA), non lo sono all'IRES ed i relativi redditi sono tassati in capo ai soci, previa imputazione agli stessi degli utili in proporzione alla rispettiva quota di partecipazione ed a prescindere dalla effettiva percezione, ex art. 5, comma 1, TUIR, sebbene il D.P.R. n. 600/73, all'art. 6, comma 1, disponga che, comunque, le società in parola devono presentare la dichiarazione anche agli effetti dell'IRPEF o dell'IRES dovute dai soci e, all'art. 40, ultimo comma, che la rettifica delle dichiarazioni presentate dalle società stesse abbia effetto anche ai fini delle imposte dovute dai singoli soci.

Conseguentemente, per verificare il superamento delle soglie di punibilità relative ai delitti dichiarativi è necessario ripartire i redditi non dichiarati della società a base personale fra ciascun socio, seguendo i criteri del citato art. 5, TUIR, per verificare se, per ognuno di questi,

si siano superati gli importi contemplati dalle diverse fattispecie delittuose in materia di dichiarazioni.

Tuttavia, quest'ultima conclusione porta a mettere in luce una ulteriore problematica relativamente alle società di persone, che attiene agli aspetti concernenti l'elemento soggettivo dei delitti in tema di dichiarazione.

Questi ultimi, infatti, sono tutti qualificati dal dolo specifico di evadere le imposte proprie del soggetto che ha violato gli obblighi dichiarativi, come emerge chiaramente non solo dalla struttura delle singole fattispecie criminose, ma anche dalle definizioni di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 74/2000, in cui il "fine di evadere le imposte" è chiaramente distinto dal "fine di consentire a terzi l'evasione".

Ne discende che, al di fuori dell'IVA, appare difficile che chi presenti la dichiarazione di una società di persone agisca per evadere le imposte a questa riferibili, in quanto tale forma di società non è soggetta ad alcuna tipologia di imposizione diretta; peraltro, può presentarsi in pratica la possibilità di configurare a carico del firmatario della dichiarazione della società di persone una responsabilità ex art. 110 c.p. e, quindi, a titolo di concorso nel delitto in tema di dichiarazione posto in essere dal socio, per la cui configurabilità occorre comunque il superamento delle soglie di punibilità relativamente all'imposta evasa dal socio stesso.

Tutto quanto dianzi prospettato, vale sostanzialmente anche per i casi di tassazione delle società di capitali, per "trasparenza", in capo a soci, secondo quanto illustrato al paragrafo 9 del Capitolo 3 della Parte IV della presente istruzione.

4. La rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, delle questioni interpretative e dell'elusione fiscale.

La struttura delle fattispecie delittuose in tema di dichiarazione, nel sistema delineato dal D.Lgs. n. 74/2000, è, come più volte evidenziato, incentrata sul fatto evasivo; poiché questo può essere di fatto realizzato non solo a seguito della falsa rappresentazione materiale di operazioni gestionali, ma anche per effetto di sottostime di poste attive, sopravvalutazione di poste passive, determinazione arbitraria dell'esercizio di imputazione di certi costi, strumentali applicazioni della normativa fiscale, ivi compresi comportamenti riconducibili all'area elusiva, il menzionato provvedimento ha dovuto necessariamente prendere in considerazione e disciplinare anche queste circostanze.

In primo luogo, a mente dell'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000, non danno luogo a fatti punibili a titolo di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di dichiarazione infedele:

- le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio eseguite in violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza sulla base di metodi costanti di impostazione contabile; analogamente a quanto avviene in campo sanzionatorio non penale ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 472/97, pertanto, la rilevazione "scorretta" sul piano del rispetto del principio di competenza, non deve essere il risultato di una iniziativa estemporanea ed episodica;
- le rilevazioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio e, in particolare, nella nota integrativa; la manifesta rappresentazione dei criteri adottati, è stata quindi ritenuta incompatibile con la configurabilità del dolo di evasione o comunque con un approccio ingannatorio nei confronti del Fisco;
- le valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette.

Al riguardo, deve essere però adeguatamente rimarcato che tutte queste circostanze configurano sostanzialmente circostanze esimenti che assumono la connotazione di cause di esclusione del dolo, come tali oggetto di specifico accertamento esclusivamente da parte del giudice e quindi non influenti sugli obblighi di comunicazione di notizia di reato all'Autorità Giudiziaria che incombono sui verificatori, in presenza di condotte che integrano l'elemento

costitutivo oggettivo del reato, ovviamente in caso di superamento delle soglie di punibilità previste.

Considerazioni del tutto analoghe devono essere formulate con riferimento all'art. 15 del D.Lgs. n. 74/2000 che, da un lato, stabilisce che le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione, non danno luogo a fatti punibili e, dall'altro, precisa che tale regola vale soltanto al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'art. 47, comma 3, c.p., che riguarda l'efficacia scusante dell'errore sul fatto determinato da errore su legge extra-penale.

Nell'evidenziare che tale disposizione assume un notevole rilievo sul piano sistematico, venendo di fatto a stabilire il generale principio della rilevanza penale delle questioni attinenti alla mera applicazione del diritto sostanziale, si deve osservare che la stessa configura una ulteriore causa di esclusione della punibilità, per sostanziale carenza dell'elemento soggettivo, che deve essere rimessa alle esclusive, autonome valutazioni dell'Autorità Giudiziaria, da notificare comunque in presenza di un comportamento che integri, dal punto di vista esclusivamente materiale e fermo restando il superamento delle soglie di punibilità, un delitto in tema di dichiarazione.

L'obbligo di informazione della magistratura, vale anche se la fraudolenza o l'infedeltà della dichiarazione ed il connesso superamento delle soglie di punibilità conseguano ad un comportamento avente natura elusiva, in quanto fondato non tanto sulla diretta infrazione di norme fiscali, bensì sull'aggiramento delle stesse.

In merito si evidenzia che l'art. 16 del D.Lgs. n. 74/2000 espressamente prevede la non punibilità della condotta del contribuente che, avvalendosi della procedura di interpello di cui all'art. 21, commi 9 e 10, della L. n. 413/91, si sia adeguato al parere espresso dall'Amministrazione finanziaria ovvero abbia compiuto le operazioni esposte nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio assenso.

Anche questa previsione sembra configurare una causa di esclusione della punibilità connessa alla carenza di elemento soggettivo e come tale, per quanto in precedenza diffusamente argomentato a proposito degli obblighi dei verificatori in presenza di fatti materialmente costituenti reato, andrebbe rimessa alle esclusive valutazioni dell'Autorità Giudiziaria.

Tuttavia, deve riconoscersi che la presenza di un formale parere da parte dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi della normativa dianzi indicata, normalmente riferito a questioni di particolare complessità tecnica che, in ogni caso e per definizione, non riguardano casi di diretta violazione di norme tributarie, rappresenta un qualificato indice dell'assenza di infedeltà o di fraudolenza della dichiarazione, verosimilmente idoneo ad incidere anche sulla materialità del comportamento astrattamente configurabile come reato.

Ne discende che, in presenza di un formale parere del genere e verificato che il contribuente si sia allo stesso pedissequamente adeguato, previo puntuale riscontro della perfetta coincidenza fra la situazione concreta e quella dal contribuente stesso rappresentata all'Amministrazione finanziaria, i verificatori possono prendere preliminarmente in esame l'opportunità di esporre direttamente il caso al magistrato competente, al fine di acquisirne il preventivo orientamento.

Per altro verso, al di fuori della portata applicativa dell'art. 16 del D.Lgs. n. 74/2000, ogni comportamento di carattere elusivo da cui consegua il superamento delle soglie di punibilità previste per i diversi delitti dichiarativi, deve essere, secondo le regole generali, oggetto di informativa all'Autorità Giudiziaria, per le valutazioni di esclusiva competenza di quest'ultima circa l'effettiva sussistenza di responsabilità penale.

Non può, tuttavia, essere ignorata la circostanza che, proprio per i profili problematici che può assumere la concreta configurabilità di detta responsabilità in presenza di casistiche interpretative ed elusive, o, più in genere, di mera applicazione della norma fiscale, possono esistere, a livello locale, specifiche direttive dell'Autorità Giudiziaria, di cui i singoli reparti non potranno non tenere conto.

5. La nozione “penale” di “elementi passivi fittizi”.

I delitti in tema di dichiarazione di cui agli artt. 2, 3 e 4 del D.Lgs. n. 72/2000, sanzionano, a vario titolo, l'indicazione in dichiarazione di “elementi passivi fittizi”.

Con riferimento alla questione consistente nello stabilire se quest'ultima espressione riguardi solo i casi di fittizietà “materiale”, ovvero anche le ipotesi di fittizietà esclusivamente “fiscale”, individuabili in quelle circostanze in cui non siano state osservate le norme tributarie in tema di deducibilità degli elementi negativi di reddito (per difetto dei requisiti di inerenza, competenza, ecc.), si rammenta come la citata circolare del Comando Generale – III Reparto 14 aprile 2000, n. 114000, abbia ritenuto che, ai fini penali, la nozione di “elementi passivi fittizi” sia comprensiva delle componenti negative “non vere”, “non inerenti”, “non spettanti” o “insussistenti” nella realtà, che risultino dichiarate in misura superiore a quella effettivamente sostenuta o ammissibile in dichiarazione.

Quest'ultima impostazione è stata sostanzialmente condivisa anche dalla menzionata circolare ministeriale 4 agosto 2000, n. 154/E, che, nell'evidenziare come l'art. 7 del D.Lgs. n. 74/2000 attribuisca rilievo alle violazioni dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, ne fa discendere “la possibile rilevanza, quali elementi passivi fittizi, delle componenti negative non competenti qualora siano rilevate nelle scritture contabili in assenza di metodi costanti d'impostazione contabile”.

Conseguentemente, si devono confermare le indicazioni a suo tempo impartite, specificando ulteriormente che i costi non inerenti sono da considerarsi compresi tra gli elementi negativi fittizi contemplati dalla richiamate previsioni penali, rimarcando comunque che l'inoltro della comunicazione di notizia di reato all'Autorità Giudiziaria, nei casi in cui la frode o l'infedeltà della dichiarazione riguardi anche o solo questo genere di componenti, si impone in virtù dei generali obblighi al riguardo incombenti sulla polizia giudiziaria, ferme restando le autonome valutazioni del magistrato competente in ordine alla concreta rilevanza penale.

6. La competenza dell'Autorità Giudiziaria per i reati fiscali.

L'art. 18 del D.Lgs. n. 74/2000, regola la competenza dell'Autorità Giudiziaria per i reati in materia di imposte sui redditi ed IVA sulla base di parametri compositi, diversificati a seconda delle concrete circostanze, solo in parte aderenti alle generali previsioni del codice penale, secondo quanto riportato nella seguente “tabella.”

Criterio generale	Luogo in cui il reato è stato consumato, ex art. 8 c.p.p.
Criterio da utilizzare quando non sia possibile determinare il luogo di consumazione del reato	Luogo in cui il reato è stato accertato
Criterio speciale per i delitti in tema di dichiarazione (artt. 2, 3, 4 e 5 D.Lgs.n. 74/2000)	Luogo di domicilio fiscale del contribuente
Criterio speciale per i delitti in tema di dichiarazione, quando il domicilio fiscale del contribuente è all'estero	Luogo di accertamento del reato
Criterio speciale per il caso di emissione di fatture o documenti per operazioni inesistenti da parte dello stesso soggetto nel medesimo periodo d'imposta, in luoghi rientranti in circondari giudiziari diversi	Luogo in cui ha sede l'Ufficio del Pubblico Ministero che per primo ha iscritto la notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

In relazione al criterio speciale dettato per i delitti in tema di dichiarazione, tanto la relazione illustrativa del D.Lgs. n. 74/2000, quanto la circolare ministeriale 4 agosto 2000, n. 154/E, esplicitiva della nuova disciplina, pongono in risalto che lo stesso si giustifica con riferimento al sistema di trasmissione telematica delle dichiarazioni che, in linea teorica, potrebbe consentire al contribuente di scegliersi il “proprio” giudice, semplicemente orientando, a ragion veduta, l'individuazione dell'intermediario cui demandare l'inoltro della propria dichiarazione.

Deve, infine, essere evidenziato che, non essendo stato abrogato l'art. 21 della L. n. 4/29, il criterio del luogo di accertamento del reato è da ritenersi confermato, come regola generale, per tutti i reati tributari diversi da quelli previsti in materia di imposte sui redditi e IVA, fra cui, principalmente, quelli in materia di contrabbando doganale ed accise.

7. L'emissione e l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.

a. Quadro normativo di riferimento.

(1) L'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.

L'art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, elementi passivi fittizi, esponendo, in altri termini, costi o altre componenti negative del tutto disancorate rispetto alla realtà gestionale ovvero “esagerate” rispetto all'entità effettiva.

Il secondo comma dell'art. 2 interviene a delimitare i contorni della condotta incriminata, all'evidente fine di evitare dubbi interpretativi connessi soprattutto al fatto che non sussiste l'obbligo di allegare alla dichiarazione la documentazione giustificativa degli elementi fittizi, precisando che il fatto si considera commesso, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

La rilevanza penale del comportamento in questione non è subordinata al raggiungimento di parametri quantitativi riferiti all'ammontare degli elementi stessi e/o all'imposta evasa; nondimeno, a norma dell'ultimo comma dello stesso art. 2, qualora gli elementi passivi fittizi riportati in dichiarazione siano inferiori a 154.937 euro, si applica una pena ridotta, stabilita nella reclusione da sei mesi a due anni.

Il soggetto che semplicemente detenga le fatture relative ad operazioni fittizie emesse da altri oppure, addirittura, le annoti in contabilità senza trasfonderne le risultanze in dichiarazione, non può essere chiamato a rispondere in sede penale neanche a titolo di tentativo, stante il chiaro disposto dell'art. 6 del D.Lgs. n. 74/2000.

Lo scopo di una siffatta previsione consiste nel lasciare la possibilità al contribuente “scoperto” in occasione di controlli fiscali, di “ravvedersi” spontaneamente, presentando, qualora ancora nei termini, una dichiarazione veritiera e corretta che gli consenta di evitare problemi in sede penale, garantendo in tal modo all'Erario l'immediata percezione del debito d'imposta dovuto.

Come dianzi già accennato, i documenti diversi dalle fatture, rilevanti ai fini di questa fattispecie, sono soltanto quelli idonei ad assolvere ad una funzione probatoria nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, quali, ad esempio, le fatture redatte secondo modalità alternative (nota, parcella, conto e simili) ex art. 21, comma 1, del D.P.R. n. 633/72, gli scontrini e le ricevute fiscali, i documenti di trasporto, le “schede carburante”, le fatture relative ad operazioni intracomunitarie.

La concreta portata della condotta incriminata dall'art. 2 in esame risulta dalla precisazione contenuta nell'art. 1, lett. a) del provvedimento, ove è chiaramente puntualizzato che assumono rilievo penale le fatture o i documenti aventi rilievo probatorio attestanti operazioni in tutto o in parte prive di riscontro nella realtà dei fatti, tanto in senso oggettivo – perchè mai effettivamente poste in essere, ovvero realizzate

soltanto per una parte – quanto in senso soggettivo, perché intercorse fra parti diverse da quelle risultanti dalla documentazione stessa.

Il concetto di “inesistenza” deve essere di conseguenza inteso in senso comprensivo di ogni genere di divergenza fra la realtà documentata e quella effettiva.

La circostanza che la norma parli anche di “altri documenti” e precisi che la condotta incriminata si realizza anche solo attraverso la semplice detenzione dei documenti stessi in funzione probatoria rispetto all’Amministrazione, sempre che utilizzati in dichiarazione, testimonia chiaramente che fra i destinatari della disposizione rientrano anche i soggetti che non sono obbligati all’impianto, tenuta e conservazione delle scritture contabili.

(2) L’emissione di fatture per operazioni inesistenti.

L’art. 8 del D.Lgs. n. 74/2000 punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l’evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti; per il significato con cui deve intendersi l’espressione “per operazioni inesistenti”, si rinvia a quanto esposto al precedente sottoparagrafo 2.

Al fine di evitare disparità di trattamento fra emittente ed utilizzatore di F.O.I. – il quale, pur se utilizzi più documenti del genere, resta assoggettabile ad un’unica pena, essendo comunque necessaria la presentazione della dichiarazione – è espressamente previsto, al comma 2 dell’articolo in esame, che l’emissione o il rilascio di più fatture o documenti relative a operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo d’imposta, si considera un unico reato.

I documenti diversi dalle fatture, rilevanti ai fini di questa fattispecie sono, così come evidenziato per il delitto di utilizzazione, soltanto quelli idonei ad assolvere ad una funzione probatoria nei confronti dell’Amministrazione finanziaria.

La soglia quantitativa contemplata all’ultimo comma dell’articolo in rassegna, non incide sulla punibilità, ma solo sulla pena, prevista nella misura da sei mesi a due anni qualora l’importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti sia inferiore a 154.937 euro per periodo d’imposta.

Il riferimento all’emissione anche di “documenti” – senza ulteriore specificazione – relativi ad operazioni fittizie, milita a favore della configurazione del delitto in esame quale reato comune, nel senso che, analogamente a quanto avviene per la fattispecie di utilizzazione, lo stesso può essere posto in essere non soltanto da soggetti tenuti all’impianto e alla conservazione di scritture contabili.

In coerenza con le modalità tipiche della condotta – che non può che essere diretta a fornire ad altri il supporto documentale atto a comprovare l’esistenza di elementi passivi in realtà fittizi – il dolo specifico si qualifica per la finalità di permettere a terzi l’evasione, contrariamente alla fattispecie di utilizzazione, in cui il comportamento dell’agente è necessariamente preordinato a preconstituirsì un impianto contabile artefatto idoneo a “gonfiare” gli elementi passivi trasfusi nella sua dichiarazione e, come tale, deve essere sorretto da un dolo specifico caratterizzato dalla finalità di evasione.

L’art. 8 in questione non risulta compreso fra quelli per i quali l’art. 6 del provvedimento esclude la configurabilità del tentativo; di conseguenza, qualora il responsabile ponga in essere atti idonei diretti in modo non equivoco all’emissione di fatture od altri documenti per operazioni inesistenti, lo stesso potrà essere punibile secondo l’art. 56 c.p.

Fra emittente e utilizzatore, inoltre, è esclusa ogni possibilità di concorso, in deroga alla regola generale dell’art. 110 c.p., stabilendo l’art. 9 del medesimo D.Lgs. n. 74/2000 che:

- l’emittente di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall’art. 2;

- l'utilizzatore della medesima documentazione fittizia e chi concorre con lo stesso, non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'art. 8.

b. Indicazioni operative.

(1) Adempimenti in presenza di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti.

Nel caso in cui, nel corso delle attività di verifica o controllo fiscale, emerga l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, nei termini indicati al sottoparagrafo a.(1) e, quindi, trasfuse in dichiarazione, occorre distinguere:

- nel caso in cui detta condotta si rilevi in maniera del tutto evidente e non sussista la necessità di intraprendere alcuna attività investigativa o, comunque, alcun approfondimento al riguardo, i verificatori dovranno comunque provvedere, senza ritardo, ad inoltrare la prescritta comunicazione di notizia di reato alle Autorità Giudiziarie territorialmente competenti tanto in relazione all'utilizzatore, quanto in relazione all'emittente, rispettivamente per violazione degli artt. 2 e 8 del D.Lgs. n. 74/2000, valutando unicamente se ricorra o meno la necessità di procedere secondo quanto indicato all'art. 348, commi 1 e 2, c.p.p.;
- nell'ipotesi in cui, invece, la falsità delle fatture si profili quale sospetto e ricorra pertanto la necessità di intraprendere ulteriori approfondimenti, occorrerà procedere secondo il disposto dell'art. 220 delle disp. att. c.p.p., fino all'eventuale acquisizione di concreti fonti di prova da riportare all'Autorità Giudiziaria con comunicazione di notizia di reato.

Se, in tale circostanza, occorra effettuare accertamenti presso il presunto emittente:

- potrà essere eventualmente valutata la possibilità di interessare in via preliminare la magistratura competente per l'utilizzatore, mediante una relazione illustrativa dei fatti, richiedendo apposita delega d'indagine anche nei riguardi dell'emittente per lo stesso reparto cui appartengono in verificatori; in tal caso, quest'ultimo, una volta appurata la fittizietà delle fatture, provvederà a inoltrare la comunicazione di notizia di reato alle Autorità Giudiziarie competenti in ordine all'utilizzatore ed agli emittenti, chiedendo l'autorizzazione a notificare i reparti competenti per questi ultimi;
- in alternativa, potranno essere direttamente interessati i reparti territorialmente competenti, ai quali dovrà comunque essere chiaramente rappresentato che, relativamente ai fatti per i quali si procede, non è stata ancora inviata all'Autorità Giudiziaria la comunicazione di notizia di reato, con la conseguenza che, ove nell'ambito degli accertamenti relativi all'emittente, venga chiaramente appurata la fittizietà dell'operazione, lo stesso reparto interessato dovrà procedere a segnalare ritualmente il reato riscontrato alla magistratura competente, cui dovrà essere richiesta l'autorizzazione a notificare il reparto richiedente il quale, a sua volta, segnalerà il reato compiutamente delineato all'Autorità Giudiziaria del luogo dell'utilizzatore.

Può, peraltro, verificarsi il caso in cui, nel corso delle operazioni ispettive, si rilevi la ricezione di fatture non inserite in dichiarazione, sia per l'annualità per la quale non sono scaduti i termini per la presentazione della dichiarazione stessa, sia per annualità pregresse.

Anche in questa circostanza occorre distinguere:

- se la falsità delle fatture emerga in maniera evidente, senza necessità di ulteriori approfondimenti, gli stessi verificatori invieranno la comunicazione di notizia di reato all'Autorità Giudiziaria competente per l'emittente, chiedendo l'autorizzazione a notificare i reparti territorialmente competenti;

- se, invece, occorre procedere con ulteriori approfondimenti, i verificatori si muoveranno secondo quanto stabilito dall'art. 220 disp. att. c.p.p., interessando in ogni caso il reparto territorialmente competente per il presunto emittente.

Al riguardo, va evidenziato che, secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 33947 del 4 luglio 2006, le dichiarazioni rese dai destinatari di fatture per operazioni inesistenti sono utilizzabili a carico dell'emittente le fatture, purché siano state assunte prima dell'insorgere della prova dell'effettiva presentazione della dichiarazione recante l'importo di tali fatture quale elemento passivo fittizio.

(2) Adempimenti in presenza di emissione di fatture per operazioni inesistenti.

Il riscontro, nel corso delle operazioni ispettive svolte nei confronti di un certo contribuente, dell'avvenuta emissione di fatture per operazioni inesistenti da parte di questo, determina l'obbligo dei verificatori di informare l'Autorità Giudiziaria competente, ove il fatto stesso sia stato rilevato con evidenza, senza necessità di ulteriori accertamenti, ovvero l'obbligo di procedere secondo l'art. 220 disp. att. c.p.p. nell'ipotesi in cui occorranno ulteriori approfondimenti per poi notificare la magistratura al termine degli stessi.

In ogni caso, appena possibile, dovrà essere chiesta al magistrato interessato l'autorizzazione a informare il reparto competente in ordine al possibile utilizzatore, il quale, se non vi ha già provveduto il reparto che ha operato nei riguardi dell'emittente, nel quadro delle direttive allo stesso impartite dall'Autorità Giudiziaria interessata, provvederà a sua volta all'inoltro di una autonoma comunicazione di notizia di reato.

8. Responsabilità penale e tassazione consolidata.

Il tema delle implicazioni penali nel caso di tassazione consolidata di gruppo, secondo il sistema illustrato al paragrafo 10 del Capitolo 3 della Parte IV della presente circolare, è particolarmente complesso, in quanto alcuni aspetti della disciplina dell'istituto non sembrano agevolmente collocabili nell'ambito della dinamica delle responsabilità penali delineate dalle fattispecie delittuose di cui agli artt. 2, 3 e 4 del D.Lgs. n. 74/2000 in tema di dichiarazione fraudolenta e dichiarazione infedele; tale complessità, ovviamente, rileva soltanto fini IRES e non anche ai fini IVA, rispetto alla quale, come noto, non opera il suddetto sistema di tassazione consolidata.

In primo luogo, è da rilevare che, relativamente ai delitti dichiarativi, la soglia di punibilità da questi contemplata con riferimento all'imposta evasa (intendendosi per tale, ex art. 1, lett. f., del predetto decreto, la differenza fra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione), dovrebbe essere riferita all'imposta di gruppo, che è l'unica imposta in concreto dovuta nella tassazione consolidata.

La possibilità di ritenere applicabili le predette fattispecie delittuose a quest'ultimo sistema, quindi, presuppone l'accettazione che, ai fini della responsabilità penale tributaria, non sia rilevante se il soggetto che commette la violazione sia titolare o meno dell'obbligazione d'imposta, essendo sufficiente che sia titolare degli obblighi dichiarativi riguardanti la determinazione dell'imposta che, di fatto, si rende dovuta.

Da questo punto di vista i soggetti attivi dei predetti reati, potrebbero essere individuati nei responsabili della consolidante che hanno prodotto la dichiarazione del consolidato, sempre che abbiano scientemente agito per evadere le imposte attinenti alla tassazione di gruppo, dal momento che i menzionati reati dichiarativi richiedono tutti il dolo specifico di evasione, consistente, a mente dell'art. 1, lett. d., del D.Lgs. n. 74/2000, nella finalizzazione della condotta ad evadere le imposte proprie del soggetto che la pone in essere; qualora, però, il fatto evasivo sia da attribuire al comportamento di una controllata, i termini della eventuale punibilità dei responsabili della consolidante, non potrebbero che essere valutati sulla base delle generali regole penalistiche in tema di personalità della responsabilità penale e concorso di persone nel reato, nonché tenendo in debito conto il requisito del dolo specifico di evasione richiesto dai reati dichiarativi dianzi citati.

In particolare, nel caso in cui la controllata abbia posto in essere comportamenti irregolari per proprie finalità evasive (si pensi a omesse fatturazioni per evadere l'IVA o all'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti per abbattere il debito IVA, con conseguenti riflessi sulla determinazione del reddito d'impresa), i responsabili della controllante potrebbero essere chiamati a rispondere solo nell'ipotesi in cui sia provato che gli stessi abbiano volutamente "sfruttato" il comportamento della controllata anche per evadere le imposte dovute dalla stessa controllante quale soggetto titolare degli obblighi relativi alla tassazione consolidata, sia pure attraverso, eventualmente, la consapevole omissione della dovuta vigilanza.

Ciò significa che, al di fuori della prova di una consapevole adesione alla falsità o frodolenza della dichiarazione della controllata da parte dei responsabili della controllante, detta falsità o frodolenza non sembra poter rivestire alcuna rilevanza penale, quanto meno ai fini IRES, in quanto il comportamento del redattore della dichiarazione della controllata non può integrare il dolo di evasione, in quanto nulla viene evaso perché nulla è dovuto dalla controllata stessa; sarebbe peraltro impossibile quantificare la soglia di punibilità riferita all'imposta evasa, proprio perché questa, dal punto di vista della consolidata, non può materialmente esistere.

In questa eventualità, l'unica soluzione per ritenere punibile il firmatario della falsa dichiarazione della consolidata, sarebbe quella di considerarlo penalmente responsabile non già a titolo di autore di un autonomo reato che, per i motivi dianzi esposti, non può ritenersi integrato, né quale coautore di un diverso reato (quello teoricamente commesso in sede di dichiarazione del consolidato), il cui responsabile principale non è imputabile se non ha agito con dolo, bensì quale "autore mediato" ex art. 48 c.p. del delitto di dichiarazione infedele oggettivamente commesso da colui che ha sottoscritto la dichiarazione del consolidato, verificandosi nei confronti di questi un errore sul fatto costituente reato determinato dall'altrui inganno (la falsità della dichiarazione ricevuta dalla controllata), per il quale risponde chi ha determinato l'agente a commetterlo.

Tale soluzione, oltre ad essere in sintonia con l'orientamento emerso in dottrina a proposito dell'analogo problema che si manifesta per il falso nel bilancio consolidato derivato da quello del bilancio di una delle consolidate, sembra essere coerente, almeno in prima analisi, con le conclusioni cui la giurisprudenza penale è pervenuta con riferimento al citato art. 48 c.p., secondo le quali, tra l'altro, la "reità mediata" non costituisce una forma di concorso nel reato, ma un particolare caso di esclusione della punibilità con sostituzione della responsabilità, per il quale è necessario e sufficiente che venga posta in essere una condotta causalmente e consapevolmente correlata all'induzione in errore di chi dovrà commettere il fatto costituente reato.

Per altro verso, qualora il fatto evasivo sia di per sé stesso attribuibile ai responsabili della consolidante, ad esempio per dolosa applicazione irregolare delle norme in tema di consolidamento degli imponibili e conseguenti rettifiche, i responsabili delle controllate potrebbero essere chiamati a rispondere a titolo concorso, qualora, ovviamente, abbiano consapevolmente cooperato alla commissione dell'illecito.

Appare comunque evidente come la responsabilità penale tributaria nell'ambito delle società che aderiscono alla tassazione consolidata meriterebbe una specifica e puntuale disciplina.

Allo stato attuale della normativa, i verificatori non potranno che trattare i casi che si presentano alle loro valutazioni, tenendo sempre presente quanto si è in precedenza puntualizzato a proposito dei termini con i quali operano gli obblighi di tempestiva informazione dell'Autorità Giudiziaria di fatti che, dal punto di vista materiale, integrino gli estremi di un reato.

9. Misure cautelari reali previste per i reati tributari.

Tra le misure di sicurezza patrimoniali previste dal codice penale, particolare interesse riveste l'istituto della confisca, quale strumento di misura cautelare a garanzia del credito erariale che si traduce in un'espropriazione, a favore dello Stato, di cose che provengono da illeciti di natura penale o ne sono in qualche modo connesse; la misura ablatoria, disciplinata dall'art. 240 c.p., si distingue in:

- *confisca facoltativa* (comma 1 dell'art. 240 c.p.), operante sulle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, aventi cioè carattere strumentale ai fini della consumazione dell'illecito penale; una seconda ipotesi prevista dalla norma riguarda le cose costituenti il prodotto o il profitto del reato;
- *confisca obbligatoria* (comma 2, n. 1) dell'art. 240 c.p.), riguardante le cose costituenti il prezzo del reato.

Va precisato che, ai sensi del successivo comma 3, per entrambe le ipotesi ablative elencate, vige il divieto di confiscare beni appartenenti a persona estranea al reato.

In relazione alla terminologia utilizzata dal codice penale, per *profitto del reato* deve intendersi sia l'effettivo accrescimento di ricchezza economica a favore dell'agente sia la mancata diminuzione del suo patrimonio per effetto del godimento dei beni, sicché non è necessario un aumento esteriore di ricchezza; in sostanza, il concetto può comprendere qualsiasi utilità, incremento o vantaggio patrimoniale, anche a carattere non strettamente economico e si identifica con l'utile ottenuto in seguito alla commissione del reato.

È stato ulteriormente precisato che il profitto può identificarsi sia nel vantaggio di natura economica sia nel beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo, ancorché la nozione non possa essere estesa indiscriminatamente, fino, cioè, a dilatarla in modo indefinito, comprendendovi ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa scaturire da un reato.

Per *prodotto del reato* deve intendersi il risultato materiale della condotta, cioè il frutto che il soggetto ritenuto colpevole ottiene direttamente dalla sua condotta illecita, mentre il *prezzo del reato* va identificato con quello pattuito e conseguito da una determinata persona come corrispettivo della esecuzione dell'illecito.

L'istituto in esame, già operante anche in sede penal - tributaria per effetto dell'"ordinaria" previsione di cui al citato art. 240 c.p., ha di recente assunto un maggiore rilievo a seguito dell'art. 1, comma 143, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244, norma dettata dall'esigenza, sempre più avvertita, di favorire il concreto recupero delle somme dovute a seguito dell'azione di accertamento tributario, previa ricostruzione del patrimonio del contribuente riconosciuto debitore nei confronti del Fisco.

Ai sensi di questa disposizione, "nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11, del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322 ter c.p."

La norma penalistica da ultimo citata disciplina una particolare forma di confisca, applicabile nei casi di condanna o di patteggiamento, per uno dei reati contro la Pubblica Amministrazione di cui agli artt. 314 e seguenti c.p..

In tali casi, la confisca diviene obbligatoria anche con riferimento ai beni, non appartenenti a persona estranea al reato, che costituiscono il profitto o il prezzo del reato stesso; peraltro, per quanto concerne il prezzo, la previsione riproduce la norma già contenuta nell'art. 240, comma 2, n. 1 c.p., mentre, in relazione al profitto, introduce una sostanziale deroga al disposto del comma 1 dello stesso art. 240 c.p., che ne prevede la natura facoltativa.

In relazione alla titolarità dei beni, va osservato che, secondo il tenore letterale della norma, per poter ordinare la confisca non è necessario che le cose da confiscare siano nella disponibilità giuridica del condannato, ma è sufficiente che dal procedimento risulti che le stesse non appartengano a terzi estranei al reato, tenendo presente che possono considerarsi tali soltanto i soggetti che non vi abbiano partecipato in alcun modo, con una qualsiasi attività di concorso o altrimenti connessa, ancorché non punibile.

Ma l'aspetto più incisivo della norma va individuato nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 322 ter c.p., ove si prevede che, nel caso non sia possibile procedere alla confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, la misura ablatoria "deve" essere ordinata "per equivalente", vale a dire con riguardo ai "beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo".

Un'ulteriore novità, rispetto all'istituto generale di cui all'art. 240 c.p., riguarda la possibilità di procedere a tale forma di confisca anche in caso di patteggiamento, ex art. 444 c.p.p., in deroga al divieto generalmente disposto dal successivo art. 445.

Con riguardo al tenore letterale della disposizione in argomento, va precisato che la misura ablatoria "per equivalente", disciplinata dal citato art. 322 ter c.p., costituisce una forma di prelievo pubblico, per la cui applicabilità è richiesto, ferma restando l'esistenza di un reato espressamente previsto dalle norme sopra richiamate, che nella sfera giuridico - patrimoniale del responsabile non sia rinvenuto, per una qualsiasi ragione, il prezzo o il profitto di cui sia accertata l'esistenza.

Dal punto di vista storico, l'istituto della "confisca per equivalente", è stato introdotto nel nostro ordinamento, per la prima volta, con la Legge 7 marzo 1996, n. 108, in materia di usura, venendo poi esteso alle forme di responsabilità delle persone giuridiche di cui al D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, ai reati di pornografia e prostituzione minorile (Legge 11 agosto 2003, n. 228), nonché ai delitti contro la Pubblica Amministrazione (appunto con l'introduzione dell'art. 322 ter del c.p. ad opera dell'art. 3, comma 1, della Legge 29 settembre 2000, n. 300).

Va peraltro evidenziato che il comma 2 del medesimo art. 3 di quest'ultima legge ha inserito l'art. 640 quater c.p., norma che estende il disposto di cui all'art. 322 ter in argomento anche ai casi dallo stesso codice previsti agli artt. 640, comma 2, n. 1 (truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico), 640 bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640 ter, comma 2 (truffa informatica ai danni dello Stato o di altro ente pubblico).

Occorre, inoltre, ricordare che, relativamente alla categoria dei reati cosiddetti "transnazionali", ai sensi dell'art. 3 della Legge 16 marzo 2006, n. 146 (ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale), la confisca del prodotto, profitto o prezzo del reato, in via diretta o per equivalente, è resa obbligatoria ai sensi dell'art. 11 della medesima legge.

Con specifico riferimento all'estensione della confisca obbligatoria (anche per equivalente) di cui all'art. 322 ter c.p. al settore penale - tributario in senso lato, l'art. 1, comma 143, della L. n. 244/2007 prevede l'applicabilità dell'istituto per tutte le fattispecie di cui al D.Lgs. n. 74/2000, con la sola eccezione dell'occultamento o distruzione di documenti contabili, prevista dall'art. 10.

L'istituto in esame, la cui applicazione rientra nella competenza esclusiva del giudice, in concomitanza con la pronuncia di sentenza di condanna o patteggiamento, presenta evidenti profili di diretto interesse operativo per gli addetti all'attività di verifica, nei casi in cui sia necessario procedere al sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p..

La norma da ultimo citata prevede, al comma 1, la possibilità per il giudice competente di disporre il sequestro preventivo, a richiesta del Pubblico Ministero, della cosa pertinente al reato quando la libera disponibilità della stessa può aggravare o protrarre le conseguenze del reato medesimo, ovvero agevolare la commissione di altri reati; ai sensi del comma 2, tale misura può essere adottata sulle cose di cui è consentita la confisca, comprendendo così tutta la casistica di cui al citato art. 240 c.p., nonché le ipotesi correlate (comprese quelle di cui all'art. 322 ter c.p., connesse alle fattispecie penal - tributarie).

Peraltro, a mente del successivo comma 3 bis, nel corso delle indagini preliminari, nei casi di urgenza che non consentano l'acquisizione del provvedimento del giudice competente, il sequestro preventivo viene disposto dal Pubblico Ministero con decreto motivato, ovvero, prima dell'intervento di quest'ultimo, può essere operato dagli stessi ufficiali di polizia giudiziaria i quali, nelle 48 ore successive, trasmettono il verbale al Pubblico Ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito, per la convalida.

Per quanto dianzi esposto, appare di tutta evidenza l'importanza della misura cautelare in questione, cui si potrà far ricorso già in sede ispettiva, allorché sussistano in capo al contribuente responsabilità penali per i delitti di cui al D.Lgs. n. 74/2000 (con esclusione di quello previsto dall'art. 10 del decreto), debitamente rapportate alla competente Autorità Giudiziaria, cui potrà venire proposta l'adozione della misura ablatoria (ex art. 321 c.p.p.).

Va da sé che, per consentire alla competente Autorità Giudiziaria di emanare un “motivato” provvedimento cautelare, sarà necessario quanto meno:

- quantificare il profitto conseguito dall’agente per effetto del reato, inteso come ammontare complessivo dell’accrescimento patrimoniale (ovvero della mancata diminuzione del patrimonio), ottenuto a seguito della condotta criminosa, quantificabile in termini di imposta evasa (e, quindi, dovuta), nonché dei relativi interessi (non si ritengono, di contro, comprese nel “profitto da reato” le sanzioni amministrative);
- accertare l’eventuale possesso in capo al responsabile delle cose costituenti prezzo o profitto del reato e, in mancanza, verificare la consistenza dei suoi beni immobili e mobili (compresi gli investimenti in attività mobiliari e disponibilità liquide, nonché i beni fittiziamente intestati a terzi, ma di fatto nella disponibilità dell’autore dell’illecito), che andrà economicamente quantificata e rappresentata all’Autorità Giudiziaria, per un valore corrispondente all’ammontare del profitto stesso.

Per quanto precede, come già anticipato con la circolare del Comando Generale – III Reparto, 14 aprile 2008, n. 45/INCC, in ogni caso in cui le attività ispettive conducano all’individuazione di fattispecie penali rilevanti ai fini della confisca per equivalente, le comunicazioni di notizia di reato dovranno sempre indicare l’individuazione puntuale dei beni patrimoniali e delle disponibilità direttamente o indirettamente riconducibili al contribuente ispezionato che potrebbero essere oggetto di misure ablatorie; in tali circostanze, a detti atti andrà allegata una specifica scheda conforme al fac-simile riportato nell’**Allegato 8 al documento “Modulistica e documentazione di supposto”**, unito alla presente istruzione, riportante gli elementi informativi già acquisiti in sede di preparazione dell’intervento, relativamente alle prospettive di effettivo recupero di eventuali crediti erariali, nonché le ulteriori informazioni d’interesse emerse sul conto del soggetto interessato, quali, ad esempio, quelle ottenute a seguito di indagini finanziarie, con riferimento alla titolarità di ogni genere di rapporto o disponibilità finanziaria.

Un’ultima considerazione, in ordine all’applicazione dell’istituto della confisca nella forma “per equivalente”, va effettuata con riguardo all’ambito temporale di operatività.

Si deve infatti stabilire se tale norma trovi applicazione soltanto per i reati tributari commessi a decorrere dal 1° gennaio 2008 – data di entrata in vigore della L. n. 244/2007 – oppure se la disposizione abbia effetto retroattivo, ossia si renda applicabile alle condanne – ovvero ai patteggiamenti – registrati a decorrere dall’indicata data.

Occorre, in merito, evidenziare che l’art. 1, comma 143, della L. n. 244/2007 non fornisce alcuna indicazione, sicché il problema dovrebbe essere risolto in relazione alla natura che si intende riconoscere all’istituto in argomento.

Più in dettaglio, qualora dovesse riconoscersi a tale misura ablativa il carattere di misura di sicurezza (ed a ciò sembrerebbe condurre la collocazione sistematica della stessa nel libro I, titolo VIII, capo I, del codice penale), si dovrebbe allora ammettere l’applicazione retroattiva dell’istituto, in quanto il principio di irretroattività opera nei soli confronti di norme che prevedono sanzioni penali in senso stretto (artt. 17 e 19 c.p.) e non di quelle che prevedono misure di sicurezza o estendono, come in questo caso, ad altre ipotesi di reato misure di sicurezza già esistenti.

Peraltro, tale soluzione sembrerebbe indirettamente confermata dal fatto che non si rinviene alcuna disposizione che escluda espressamente la retroattività dell’istituto in esame, come invece è avvenuto, ad esempio, con la norma transitoria contenuta nell’art. 15 della citata L. n. 300/2000, il quale stabilisce che le disposizioni di cui all’art. 322 ter c.p., introdotto dal comma 1 dell’art. 3 della predetta legge, non si applicano ai reati ivi previsti (art. 314 e seguenti c.p.), nonché a quelli indicati nel comma 2 del medesimo articolo (reati di truffa ai danni dello Stato), commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa L. n. 300/2000.

Tuttavia, l’applicazione retroattiva delle misure di sicurezza potrebbe risultare in contrasto con l’art. 7 della Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), recepita nell’ordinamento italiano con Legge 4 agosto 1955, n. 848, il quale prevede che “non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è commesso”.

In questo contesto, con specifico riferimento alla misura di cui all'art. 322 ter c.p., richiamato dall'art. 1, comma 143, della L. n. 244/2007, la Suprema Corte, con la sentenza n. 41936 del 2005, ha ritenuto che la confisca per equivalente, "costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti, viene ad assumere un carattere eminentemente sanzionatorio"; alla luce di tale giurisprudenza sembrerebbe, dunque, che la confisca per equivalente prevista nell'ordinamento italiano sia una misura di carattere sanzionatorio e costituisca una "pena" secondo l'accezione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, come tale non retroattiva.

Da ultimo, sempre in favore dell'irretroattività della misura ablatoria in discorso per reati commessi prima del 1 gennaio 2008, si è ancora espressa la Corte di Cassazione con la sentenza n. 39172 del 20 ottobre 2008.

Va detto, peraltro, che prima del pronunciamento dianzi richiamato – in relazione all'evidenziato contrasto degli artt. 200, 322 ter c.p. e 1, comma 143, L. n. 244/97, con l'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte dei diritti dell'Uomo e, pertanto con l'art. 117 comma 1 della Costituzione – il Tribunale di Trento, con ordinanza del 12 febbraio 2008, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, proprio in relazione ad un caso di confisca per equivalente applicata contestualmente a pronuncia di condanna del GUP per delitti, tra l'altro, di frode fiscale, a seguito dell'istanza di dissequestro depositata dalla difesa in vigenza della nuova disposizione di cui all'art. 1, comma 143, della L. n. 244/2007.

In attesa che si stabilizzi una univoca posizione interpretativa e come già posto in risalto nella citata circolare n. 45/INCC in data 14 aprile 2008, i reparti del Corpo provvederanno ad avanzare le proposte di sequestro preventivo ai fini della confisca, ogni qualvolta si presentino i presupposti di quest'ultima, anche relativamente ai delitti tributari commessi anteriormente al 1° gennaio 2008, rimettendo all'Autorità Giudiziaria ogni utile elemento ai fini dell'applicazione della misura patrimoniale.