

## ANDREA DI FRANZIA

*Garante del contribuente per la Provincia Autonoma di Trento*

# CONTRADDITTORIO E *DISCLOSURE*\*

La legge 15 dicembre 2014, n. 186, sulla *collaborazione volontaria* (*Voluntary disclosure*), è frutto di un compromesso tra l'esigenza di non concedere sconti a chi ha evaso e quella di incentivare l'emersione di quanto più capitale possibile. **E, come tutti i compromessi**, la procedura per la regolarizzazione dei capitali è complessa e **non priva di ambiguità**.

**Io ne indicherò alcune**, ma, al di là del testo, occorre premettere che questa legge offre una grande *opportunità al contribuente*, il quale *deve fidarsi dell'Amministrazione finanziaria e giocare, quindi, a carte scoperte*.

La **prima ambiguità** si riscontra nel primo comma dell'art. 1, dove si legge testualmente "*invito al contraddittorio di cui alla lettera b)*".

Ma, poi, nella lettera **b)** l'espressione cambia e diventa "*per la comparizione*". E, si sa, che il sostantivo "*comparizione*" non è sinonimo di "*contraddittorio*".

- Relazione tenuta a Trento, Sala della Cooperazione,. Il 13 marzo 2015, nel Convegno su "*Le nuove forme di collaborazione con il fisco: ravvedimento, adesione e rientro dei capitali dall'estero*", organizzato dalla Direzione Provinciale di Trento dell'Agenzia delle Entrate, dall'Università degli Studi di Trento e dalla Cooperazione Trentina.

**Il sostantivo “comparizione” evoca**, piuttosto, il 1° comma, n. 2 dell’art. 32 del DPR n. 600 del 1973, dove, per l’appunto, si parla di *invito a comparire*, ma solo “*per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell’accertamento*” e non già “*ai fini del contraddittorio*”. **E si sa anche quanti problemi questa disposizione ha fatto sorgere** perché ha *finalità collaborative nell’interesse dell’Amministrazione* (da una parte vi era la *facoltà* dell’Ufficio di invitare il contribuente; dall’altra, l’*obbligo* del contribuente di fornire le indicazioni richieste).

**Il problema si aggrava** ove si consideri che *alla locuzione “data fissata per la comparizione” non è aggiunta la locuzione “per la instaurazione del contraddittorio”, ma “per l’adesione ai contenuti dell’invito”*.

**E questo lascia chiaramente intendere** che l’adesione potrebbe avvenire anche *senza potersi prima confrontare con l’Ufficio per la determinazione di quei contenuti*.

Tuttavia, **se alle parole usate dal legislatore** si deve attribuire il significato proprio delle stesse secondo la loro connessione (art. 12 delle preleggi), *occorre convenire* che l’espressione “*invito al contraddittorio di cui alla lettera b)*”, non consiste in una mera comparizione, ma nell’invito al contraddittorio e che, perciò, *il contraddittorio endoprocedimentale deve essere obbligatoriamente esperito*.

**D’altra parte, non potrebbe accadere diversamente**, dato che il contraddittorio endoprocedimentale è principio munito di **valenza comunitaria** (si ricordi la famosa sentenza *Sopropè* del 18 dicembre 2008, causa C-349/07), **cui il nostro ordinamento aderisce** (artt. 10 e 117 Cost.).

**Altro problema** è quello per il quale –*stando alla lettera della legge*– il contraddittorio dovrebbe **sequire e non precedere l’invito a comparire**.

E questo **contrasta** con lo stesso significato di **contraddittorio**, dal momento che il “contraddittorio” **implica** che il soggetto destinatario degli effetti di un atto abbia il diritto di vedere ascoltate le sue ragioni **prima** dell’adozione dell’atto medesimo.

Il contraddittorio **serve al contribuente** per far valere le sue ragioni e serve **all’Amministrazione finanziaria** per avere una cognizione più completa degli interessi in gioco.

Sono queste le ragioni per le quali, anche in virtù del principio di collaborazione, **si consiglia di far precedere il contraddittorio alla determinazione delle somme dovute e all’invito al pagamento delle stesse.**

Siccome, poi, non sempre è chiara la **nozione di contraddittorio**, è opportuno precisarla.

La **nozione di contraddittorio** è offerta dall’**art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea**, ai sensi del quale:

“Ogni persona *ha diritto* a che le questioni che la riguardano *siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole* dalle istituzioni, organi e organismo dell’Unione.

“Tale diritto comprende in particolare:

- Il diritto di ogni persona di essere ascoltata **prima** che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio;
- Il diritto di ogni persona di *accedere al fascicolo che lo riguarda*, nel rispetto dei legittimi interessi alla riservatezza e del segreto professionale e commerciale;
- L’obbligo per l’amministrazione di motivare le proprie decisioni”.

E’ da **50 anni** che la giurisprudenza europea afferma che il contraddittorio rappresenta un principio generale da applicarsi *a tutti* i provvedimenti

amministrativi (cfr., per tutti, Corte Giust. Ce, 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropè*).

Il contraddittorio tra Fisco e contribuente attua una **duplice valenza**:

1.- attua il *diritto alla difesa* del contribuente che, prima della emissione dell'atto, deve poter manifestare le proprie ragioni (C.Cost. n. 505 del 1995; C. Cost. n. 390 del 2008);

2.- realizza il *principio dell'imparzialità*, nel senso che l'Amministrazione, solo dopo aver valutato le ragioni del contribuente, può emettere un atto "imparziale".

Il diritto al contraddittorio, peraltro, deve essere **effettivo**, nel senso che al contribuente *deve essere dato*:

- un congruo preavviso per le sue difese;
- un congruo tempo per esporle e
- un'adeguata valutazione da parte dell'Amministrazione.

Ne consegue che le attività istruttorie previste dall'art. **32 del DPR n. 600 del 1973**, potranno essere compiute *solo dopo* l'instaurazione del contraddittorio.

Abbiamo accennato all'opportunità di *anticipare il contraddittorio* rispetto alla determinazione delle somme dovute ed alla richiesta del loro versamento. Ed abbiamo anche accennato all'*importanza dello stesso*.

Ora, ci si deve chiedere: **quale tutela potrebbe invocare il contribuente** che abbia formalizzato la richiesta di *Voluntary* e *non sia stato ammesso al contraddittorio*, né prima, né dopo? Oppure il contraddittorio si sia esaurito nel *vecchio rituale*, cioè dell'invito a "portare le carte")? Oppure l'Amministrazione *non fornisca risposta* all'intimazione rivolta dal contribuente di assumere il contraddittorio?

Il problema non è di poco conto, dal momento che, secondo la giurisprudenza, la suddetta irregolarità *non potrebbe* farsi valere ***immediatamente***, ma soltanto alla fine, cioè alla chiusura della procedura.

Ritengono le **Sezioni Unite della Cassazione** (sentenza n. 6315 del 16 marzo 2009 che richiama anche la Corte Costituzionale 23 novembre 1993, n. 406) che “gli artt. 24 e 113 della Costituzione *non impongono una correlazione assoluta tra il sorgere del diritto e la sua azionabilità*, la quale può essere differita ad un momento successivo ove ricorrano esigenze di ordine generale e superiori finalità di giustizia sempre che il legislatore osservi il limite imposto dall’esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa” (analog. Cass. S.U. n. 11082 del 2010, n. 13319 del 2013).

La *costruzione non convince* in quanto trascura di considerare che il procedimento tributario è un *procedimento unitario, ma al tempo stesso un procedimento complesso, formato da più parti collegate* ad altre che presentano *gradi variabili di discrezionalità amministrativa*, intesa come potere dell’Amministrazione finanziaria di scegliere quali mezzi istruttori utilizzare. Essa, inoltre, *contrasta con la normativa comunitaria*, al rispetto della quale l’Italia è obbligata. Tale normativa dispone che il contribuente ha il diritto di proporre ricorso tributario impugnando gli atti istruttori dell’Amministrazione finanziaria che rappresentano una invasiva ingerenza della potestà impositiva dello Stato nelle libertà e nei diritti fondamentali del cittadino comprimendo i diritti soggettivi del contribuente (***art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.***).

Per il diritto europeo, dunque, gli atti istruttori sono ***autonomamente impugnabili*** (cfr. in tal senso, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 21 febbraio 2008, *Ravon c. Francia*; CEDU, 20 novembre 2008, *Società IFB c. Francia*).

Conseguentemente, nelle ipotesi prima formulate, il contribuente è **ammesso ad impugnare immediatamente l'atto** (o il silenzio rigetto) davanti al Giudice Tributario ai sensi dell'art. 19 del d. lgv n. 546 del 1992 che prevede la proponibilità del ricorso contro "ogni altro atto per il quale la legge (nella specie la normativa europea) ne prevede l'autonoma impugnazione davanti alle Commissioni Tributarie".

Il ricorso contro l'atto finale del procedimento tributario viziato *ab origine* (atti istruttori illegittimi) sarebbe, infatti, un *rimedio tardivo*, posto in essere a distanza di mesi e spesso di anni rispetto al momento in cui i vizi si sono manifestati, inficiando irrimediabilmente un'adeguata difesa del contribuente, specialmente se non assistito da un esperto professionista durante la fase istruttoria.

**Attenzione, però:** l'impugnativa dell'omesso o irregolare contraddittorio non può risolversi nella denuncia di un *vizio meramente formale*, tale essendo quello per il quale l'Amministrazione dimostri che la partecipazione del contribuente sarebbe stata inutile e che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato (es. casi in cui il destinatario del provvedimento sia già conoscenza del procedimento nei suoi confronti, oppure che abbia già fornito documenti e memorie, oppure che si tratti di provvedimenti "dovuti" o automatici, ecc.) (art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 15 del 2005). Il contribuente deve, perciò, poter dimostrare che, ove il contraddittorio ci fosse stato, il contenuto del provvedimento (es. l'eventuale rifiuto alla instaurazione dello stesso, ovvero la determinazione delle somme dovute) sarebbe stato diverso.

Per quanto concerne **la riduzione delle sanzioni** (che non passano agli eredi), il pagamento di quanto determinato nell'invito, agevola ulteriormente il beneficio previsto dalla legge n. 186 del 2014 poiché la sanzione è ridotta ad *un sesto del minimo edittale* (questo, a sua volta, già abbattuto della metà o di un quarto, a seconda del tipo di sanzione).

Viceversa, la sanzione è ridotta ad *un terzo nell'ipotesi subordinata* in cui si definisca attraverso l'instaurazione del procedimento di accertamento con adesione.

**E' auspicabile che gli Uffici, proprio in virtù dei principi generali prima illustrati sulla necessità del contraddittorio, non procedano all'emissione dell'invito "inaudita altera parte", ma che l'emissione dell'invito sia frutto di un ampio confronto che favorisca la fruizione dei massimi benefici previsti dalla norma.**

Del resto l'Amministrazione Finanziaria, con imparzialità, deve consentire la effettiva possibilità di fruire i benefici previsti dalle norme agevolative.

E' appena il caso di ricordare che le *richieste fatte* e le *risposte ricevute* devono risultare dal **processo verbale** sottoscritto anche dal contribuente o dal suo rappresentante. In mancanza, deve essere indicato *il motivo della mancata sottoscrizione*. Inoltre, il contribuente ha diritto a ricevere *copia* del processo verbale. L'eventuale rifiuto al suo rilascio costituisce ostacolo alla predisposizione delle proprie difese e questo potrebbe determinare un vizio di legittimità.

Si aggiunga che, nel corso del contraddittorio, l'Ufficio, su istanza del contribuente, è tenuto a fare **richieste di informazioni a terzi** (es. banche, ma anche Autorità degli Stati membri dell'Unione Europea a sensi dell'art. 31 *bis* DPR n. 600 del 1973 e art. 65 DPR n. 633 del 1972 per l'IVA), oppure a motivarne il rifiuto.

La **valida conclusione** della procedura di collaborazione volontaria comporta che il **contribuente deve**:

- a) eseguire la produzione di atti e documenti;
- b) rendere ammissioni nei confronti dell'Agenzia delle Entrate.

**Tali ammissioni riguardano:**

- *Violazioni* alla normativa sul *monitoraggio fiscale* in connessione con gli *attivi esteri* oggetto di emersione;
- *Violazioni dichiarative diverse* dalle violazioni alla normativa sul monitoraggio fiscale che siano in connessione con gli attivi esteri oggetto di emersione, relative, ad esempio, al presupposto d'imposta alla base della provvista estera non dichiarata nonché ai redditi che si sono prodotti sulla provvista estera oggetto di emersione;
- *Violazioni dichiarative in genere non* in connessione con gli attivi esteri oggetto di emersione.

**Problema: nel rendere tali ammissioni**, ovvero in presenza di richieste da parte dell'autorità fiscale, ad esempio, di consegnare materiale probatorio suscettibile di causare **un'autoincriminazione penalmente rilevante**, il contribuente è ammesso ad esercitare il **diritto al silenzio?**

Per **l'art. 6 della Cedu e per la Corte dei diritti dell'Uomo** (sentenza 5 aprile-5 luglio 2012, n. 11663/04, Pres. Spielmann), **il diritto al silenzio oltrepassa i confini del processo penale, diventando una garanzia opponibile anche nei procedimenti amministrativi.**

In materia sanzionatoria, infatti, la *Corte europea* (alla quale si è poi conformata la sezione tributaria della *Cassazione* con la sentenza n. 17499 del 2005) ha stabilito che, in presenza di precisi requisiti sostanziali (cc.dd. "**criteri di Engel**"), la lite sulla sanzione penale e la lite sulla sanzione amministrativa fiscale, *rientrano* nel campo di applicazione dell'art. 6 Cedu, in quanto le controversie assumono carattere penale.

I criteri, noti come "**criteri di Engel**", **sono tre** e precisamente (Corte Cedu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Olanda*):

- Il carattere afflittivo della sanzione;
- la sua finalità di deterrenza;
- La sua applicabilità alla generalità dei cittadini.



**Da noi**, la risposta al quesito è da molti intesa in **senso negativo**, in virtù del **principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente**. Tanto più, nella specie, dove la procedura in esame caratterizzata dalla *collaborazione volontaria*.

Si tratta di un principio avente prevalenza esclusiva nella nostra legislazione, come è dimostrato dalle conseguenze (in termini di decadenze e/o preclusioni processuali) derivanti dal silenzio e/o dal rifiuto del contribuente di rispondere alle domande postegli dai funzionari.

Ne è convinta anche la Cassazione, per la quale il principio *nemo tenetur* non è costituzionalizzato (sentenza n. 20032/2001).

Per cui, **il contribuente ha sempre il dovere di esibire o trasmettere atti o documenti attendibili ovvero fornire dati rispondenti al vero, senza alcun "diritto di mentire", senza potersi trincerare dietro facili "non ricordo", pena, in difetto, il rischio di ricadere nel reato di dichiarazioni mendaci e scivolare, quindi, nell'ipotesi di cui all'art. 11, comma 1 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 che ha introdotto il reato di "false risposte all'Amministrazione Finanziaria"**. Peraltro, il GUP del Tribunale di Torino ha ritenuto che la nuova fattispecie di reato *non costituisce una violazione del principio del diritto di difesa*, atteso che non si punisce il mero silenzio, bensì condotte commissive (le false comunicazioni) idonee di per sé a trarre in inganno o a rendere più difficili i controlli fiscali una volta che le stesse siano emerse.

Inoltre, il *reato di false comunicazioni all'Amministrazione finanziaria*, può riguardare **"chiunque"** (*idest*, consulenti coinvolti nelle attività di assistenza professionale, notai, intermediari finanziari). E' il caso dei **professionisti** che assistono coloro che sono interessati alla procedura, i quali redigono una *relazione illustrativa di accompagnamento* idonea a consentire di ricostruire analiticamente per ciascun periodo di imposta

concernente la procedura e dovrà contenere la descrizione dettagliata degli elementi che sono sinteticamente indicati nell'apposito modello. Il professionista, inoltre, è tenuto a motivare ogni voce della relazione con il riscontro della documentazione.

Si aggiunga che, **per i professionisti**, vale il principio generale posto dall'art. 3 del d. lgv n. 231 del 2007, per il quale i soggetti passivi devono adempiere gli obblighi previsti "avendo riguardo alle informazioni possedute o acquisite nell'ambito della propria attività istituzionale o professionale".

Per cui, **in presenza di indici di rischio, il professionista è tenuto** ad acquisire dal cliente informazioni ulteriori sullo scopo e sulla natura dell'operazione da svolgere e, ove ne ricorrano i presupposti, di *segnare all'UIF le operazioni che presentano elementi di sospetto in relazione al riciclaggio o di finanziamento del terrorismo*. Si aggiunga che il professionista ha anche *l'obbligo della riservatezza* consistente nell'espresso divieto di comunicare le segnalazioni al cliente e a qualunque altro soggetto, fuori dei casi previsti dalla legge. La connessa violazione di tale obbligo (art. 46, comma 1 e 48, comma 4 del d. lgv n. 231 del 2007), salvo che il fatto non costituisca più grave reato, è punita con l'arresto da sei mesi ad un anno e l'ammenda da € 5.000 e 50.000 (art.55, comma 8 d. lgv cit.).

**In relazione all'obbligo di segnalazione** cui è tenuto il professionista, è sorta una **ulteriore ambiguità** (cfr. *Italia Oggi* del 14 gennaio 2015, p.29):

L'art. 12 del d. lgv n. 231 del 2007, prot. 8624, sull'antiriciclaggio, **esonera dall'obbligo di segnalazione** di operazioni sospette i dottori commercialisti, gli esperti contabili ed i consulenti del lavoro.

La **circolare del MEF 31 gennaio 2014** concludeva, però, dicendo che restano immutati gli obblighi di registrazione e segnalazione di operazioni sospette ai sensi della d. lgv n. 231 del 2007.

Il **presidente nazionale dei commercialisti** dichiara che, così si era espresso anche il direttore dell'UIF in un'audizione al Senato nel novembre 2014.

**La legge n. 186 del 2014 nulla dice al riguardo.** Perciò, il rischio per i suddetti consulenti rimane se la procedure di *disclosure* non si perfeziona.

Non basta: **il contribuente**, autore della violazione delle norme sul monitoraggio, che nell'ambito della procedura di *voluntary disclosure* **esibisce o trasmette atti o documenti falsi in tutto o in parte, ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero, è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni (nuovo art. 1, comma 5 septies d.l. n. 167/1990).**

A **tutela del professionista**, la disciplina prevede soltanto che il contribuente gli debba rilasciare una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, con la quale attesta che gli atti e documenti consegnati per l'espletamento dell'incarico non sono falsi e che i dati e notizie forniti sono rispondenti al vero.

**Non è detto, però**, che tale dichiarazione escluda sempre e comunque la responsabilità del professionista, sia nel caso in cui lo stesso sia consapevole del mendacio, sia nel caso in cui il professionista si assuma il rischio che i documenti possano essere falsi. **Occorre, pertanto, che il professionista verifichi attentamente la clientela mediante il compimento di tutte le previste attività, specialmente quando vi sia sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo e quando vi siano dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.**

Ecco perché *l'obbligo di adeguata verifica della clientela* costituisce una delle più importanti novità introdotte dal decreto antiriciclaggio del 2007 per i soggetti destinatari degli obblighi.

**Sarebbe difficile**, peraltro, per il professionista opporre legittimamente il **segreto professionale**: la risposta affermativa potrebbe conseguire soltanto dall'**art.8 del CEDU**, sia con riferimento ad una verifica da parte dell'Amministrazione finanziaria presso il proprio studio professionale, sia in relazione alla tutela della corrispondenza intrattenuta con i propri clienti (cfr. CEDU, 24 luglio 2008, *André e altri c. Francia*; CEDU, 6 dicembre 2012, *Michaud c. Francia*).

Alla luce delle suesposte considerazioni, pare potersi ritenere che, nell'ambito del contraddittorio, **contribuente e professionista incaricato hanno due sole possibilità**:

- a) **opporre**, in sede di richiesta di documenti, dati o notizie ai sensi degli artt. 51 e 52 DPR n. 633 del 1972, nonché degli artt. 32 e 33 DPR 600/73, *il diritto a non esibire, trasmettere o fornire alcunchè se si tratti di documentazione e notizie già in possesso dell'Amministrazione* (bilanci già depositati, beni immobili censiti in catasto o beni immobili registrati) (art. 7, comma 1, lett. f) d.l. n. 70 del 2011, convertito nella l. n. 106 del 2011);
- b) **far verbalizzare**, a fronte della richiesta generica di esibizione della documentazione, *che "non ci si sottrae alla richiesta, ma in virtù del principio di collaborazione, chiede che sia specificato a quale anno tipo di imposta la richiesta si riferisce, nonché a quale particolare documento", ovvero "che non si sottrae alla richiesta ma specifica che la documentazione è conservata presso lo studio del professionista incaricato...", ovvero ancora "che non si sottrae alla richiesta, ma, ad oggi, è impossibilitato a produrre la documentazione bancaria, della quale è stata richiesta copia o estratto all'istituto di credito"*.

**Detto questo, occorre aggiungere che, se il contribuente ed il professionista incaricato sono obbligati alla massima lealtà con l'Amministrazione, anche l'Amministrazione deve comportarsi con la**

massima lealtà verso il contribuente ed il professionista incaricato, senza, ad esempio, nascondere atti che potrebbero avvantaggiare quest'ultimo, oppure fare domande trabocchetto, oppure assumere comportamenti divistici, ovvero rappresentare realtà non confortate da sicuri elementi probatori per disorientare il contribuente, ecc. . Obbligo dei funzionari sarà specialmente quello di aiutare il contribuente nei molteplici adempimenti a lui imposti dalla legge, consentendo, così, di perfezionare la procedura, consapevoli che, in caso contrario, la mancata produzione degli effetti amministrativi e penali potrebbe avere effetti deflagranti. L'Amministrazione, infatti, avrebbe ulteriore tempo per procedere all'accertamento e farebbe uso dei documenti forniti e dei dati trasmessi ai fini della *disclosure*.

Occorre considerare che la denuncia al Fisco fatta dal contribuente ha natura di *confessione stragiudiziale* di cui all'art. 2730 c.c., *non può essere di ritrattata e fa piena prova nei confronti chi la rende* (art. 2735 c.c.) (a differenza del ravvedimento, la cui natura di dichiarazione di scienza, porta a ritenere che è sempre ritrattabile). Nei confronti dei terzi, invece, la confessione stragiudiziale costituisce semplice elemento indiziario, apprezzabile autonomamente dal Giudice Tributario (es. socio che fa emergere redditi provenienti da una società di cui è amministratore).

**Perciò –e concludo-, se, nel contraddittorio, collaborazione vi deve essere, questa non deve essere a senso unico, ma deve riguardare, in egual misura, Contribuente e Amministrazione Finanziaria.**

Andrea Di Francia

*Garante del Contribuente per la Provincia Autonoma di Trento*

