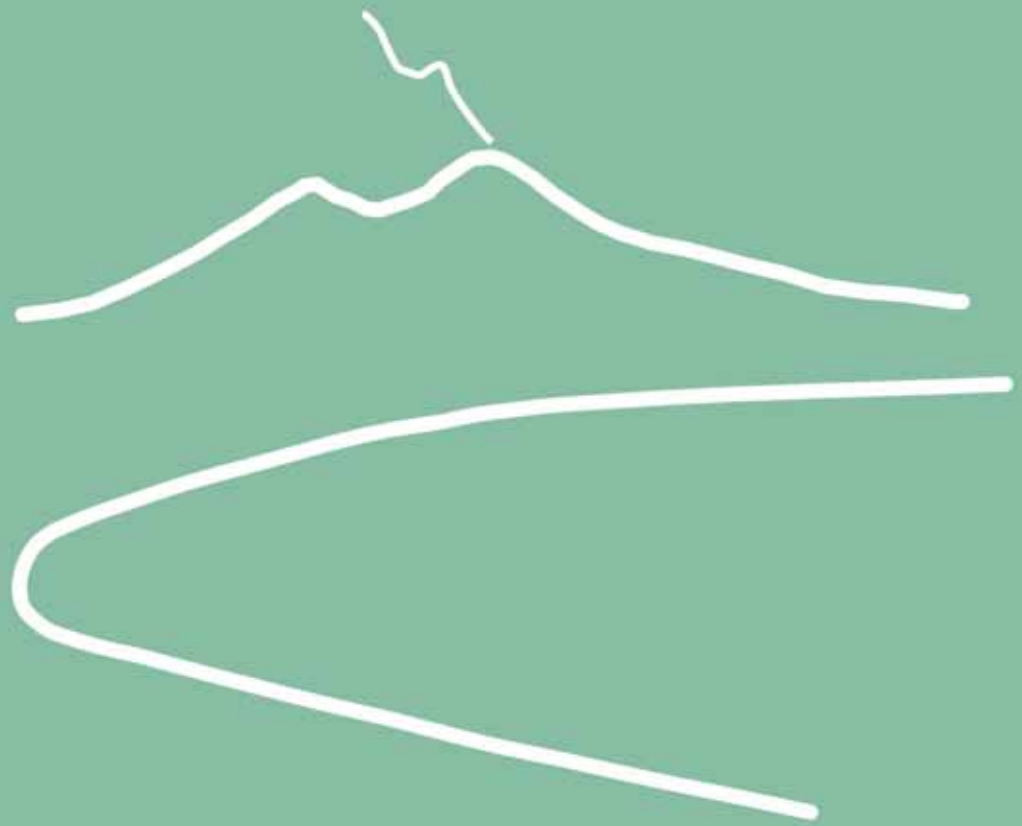




2

Università degli Studi di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza

Innovazione e Diritto



2009

Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Andrea Amatucci
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Carlo Amirante
Prof. Gaetano Cuomo
Prof. Elisabetta De Franciscis
Prof. Cesare Dell'Acqua
Prof. Lucio De Giovanni - Preside Facoltà di Giurisprudenza
Prof. Luciana Di Renzo - (coord. Finanza Comunitaria e Territoriale)
Prof. Stefano Fiorentino (coord. area Diritto tributario)
Prof. Massimo Marrelli
Prof. Carlo Panico
Prof. Marilena Rispoli Farina
Prof. Luigi Sico (coord. area Diritto internazionale e comunitario)
Prof. Sandro Staiano
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli di Dachenhausen

REDAZIONE

Roberta Alfano (coordinamento rivista)
Domenico Ardolino
Debora Cioffi
Elena Cuomo
Anna Maria Di Lieto
Giordano Di Meglio
Olimpia Esposito De Falco
Chiara Fontana
Laura Letizia
Serena Maresca
Maria Pia Nastri
Eduardo Maria Piccirilli
Raffaele Sabato
Leonardo Saviano
Giuseppina Simioli
Dea Squillante
Loredana Strianese

EDITING e GRAFICA

Gianluca Ortiz
Sebastiano Romitelli

INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line

<http://www.innovazionediritto.unina.it>

Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005
ISSN 1825-9871

DIRETTORE RESPONSABILE

Avv. Maurizio Migiarra

Innovazion e Diritto

Innovazione e Diritto è una rivista *open*. La rivista è consultabile e scaricabile liberamente attraverso le pagine del suo sito web:

<http://www.innovazionediritto.unina.it>

La rivista e tutti i suoi contenuti possono essere riprodotti liberamente a condizione che se ne citi sempre la fonte, riportando il web address.

Per contattare la redazione utilizzare il seguente indirizzo email:

redazione@innovazionediritto.unina.it

INDICE

- 1 PER CONTRASTARE CON EFFICACIA LA RECESSIONE OCCORRE APPROFONDIRE LE ORIGINI TRIBUTARIE DELLA SCARSA COMPETITIVITÀ DELL'ECONOMIA ITALIANA
di Raffaele Perrone Capano
- 49 L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA DELLA CASSAZIONE: DA NOMOFILACHIA A NOMOGENESI
di Stefano Fiorentino, Oriana Lombardi
- 61 IL CONFERIMENTO E LO SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI SOCIETARIE TRA SOGGETTI INTERNI: QUANDO IL PRINCIPIO DI DERIVAZIONE DETERMINA IPOTESI DI DISCRIMINAZIONE
di Antonio Visconti
- 73 NEGOZIAZIONE DI PRODOTTI FINANZIARI E REGOLE DI EFFICIENZA E TRASPARENZA DEI MERCATI A TUTELA DEGLI INVESTITORI
di Luigi Scipione
- 85 LA TUTELA DEI DATI PERSONALI E IL DIRITTO ALLA *PRIVACY* NELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE
di Wanda D'Avanzo

GIURISPRUDENZA - CASI PRATICI - DOCUMENTAZIONE

- 101 ABUSO DI DIRITTO: L'OPINIONE DELLA CASSAZIONE

Per contrastare con efficacia la recessione occorre approfondire le origini tributarie della scarsa competitività dell'economia italiana.

di Raffaele Perrone Capano

SOMMARIO: 1) Gli effetti della politica tributaria del Governo Prodi e il DPEF 2009/13: un'eredità controversa. – 2) Analisi giuridica del reciproco condizionamento della struttura delle imposte e dell'evasione: in particolare il ruolo negativo svolto dall'IRPEF. – 3) I dati relativi al gettito dell'IRPEF evidenziano i limiti strutturali del sistema tributario che amplificano gli effetti della recessione. – 4) Il sistema tributario e l'economia in recessione: elementi per l'approfondimento dei profili giuridici – 5) Interventi congiunturali e riforma del sistema tributario: l'abolizione dell'IRAP, una sfida per il rilancio dell'economia italiana. – 6) L'Europa nella crisi tra libertà di mercato e il rilancio delle politiche pubbliche: il ruolo dello Stato. – 7) conclusioni

1) *Gli effetti della politica tributaria del Governo Prodi e il DPEF 2009/13: un'eredità controversa.*

L'accelerazione degli effetti di trascinamento della crisi finanziaria internazionale sull'economia reale e quindi sulle prospettive dell'economia italiana nel 2009 è stata valutata appieno dai principali attori, istituzionali e non, solo ai primi di marzo, quando l'ISTAT ha comunicato i dati del PIL nel 2008 in calo dell'1% rispetto all'anno precedente.

La ragione di questa sottovalutazione è dovuta con tutta probabilità al fatto che l'economia italiana era in rallentamento già dall'ultimo trimestre 2007 per alcune valutazioni rivelatesi errate della politica di bilancio, specie tributaria, impostata l'anno precedente da Padoa – Schioppa e Visco; errori, che la struttura del Ministero dell'Economia non aveva interesse, specie dopo il cambio di Governo, ad evidenziare, che avevano anticipato di molti mesi l'onda recessiva che ha investito nel 2008 l'economia internazionale, in seguito alla crisi dei mutui sub – prime negli Stati Uniti.

La previsione, a fine giugno, di una crescita, nel 2008, ridotta ma ancora di segno positivo, sulla base della quale il nuovo Governo aveva anticipato a luglio con il DL 112 la manovra di bilancio per il triennio 2009/2011, sterilizzando di fatto la legge finanziaria, ha contribuito ad interpretare la fase recessiva dell'economia italiana, essenzialmente come effetto della crisi mondiale in arrivo, ignorando i profili interni, che la avevano preceduta, e sottovalutandone quindi l'impatto.

Commentando le linee guida del DPEF 2009/13, avevo espresso riserve per quella che appariva non solo una rinuncia a riprendere il disegno riformatore avviato con la legge

80/2003 di riforma del sistema tributario, ma si poneva in sostanziale continuità rispetto alla politica tributaria ereditata dal Governo Prodi, che pure era stata fortemente contrastata dall'opposizione di centro – destra, anche per gli effetti depressivi che aveva innescato.

Continuità confermata dalla manovra di bilancio triennale ed evidenziata, sia dall'adozione di misure di alleggerimento fiscale scollegate da qualsiasi segnale di riforma del sistema tributario, e quindi inevitabilmente estemporanee e discutibili anche sotto il profilo congiunturale (in Francia la detassazione degli straordinari era stata decisa un anno prima, quando l'economia cominciava a rallentare, mentre in Italia nel luglio 2008 era già in caduta libera) sia dall'enfasi posta nei confronti dell'azione di contrasto all'evasione fiscale.

Come se la repressione dell'evasione, che costituisce solo un aspetto della gestione dei tributi, possa sostituirsi alla politica tributaria, elemento centrale delle politiche pubbliche.

Una novità comunque di rilievo anche perché senza precedenti nella politica tributaria dei partiti del centro-destra.

Al riguardo mi sembra utile una premessa.

Negli ultimi due anni il tema della lotta all'evasione, una questione seria che avrebbe meritato ben altro approfondimento, specie nella definizione degli interventi normativi è stato utilizzato dal Governo Prodi come diversivo (e per la verità non è la prima volta che accade) per attuare tra il 2006 e il 2007 una politica di aumenti generalizzati delle imposte che non ha risparmiato praticamente nessun settore dell'economia italiana. Aumenti finalizzati a finanziare nel biennio nuova spesa corrente per circa 1 punto di PIL (i ben noti tesoretti a carico dei contribuenti, emersi nel corso del 2007 in seguito alla sottostima dell'entrate del 2006, operata con la Legge Finanziaria).

Il boom delle entrate che aveva caratterizzato quel periodo, presentato come l'esito dell'“effetto Visco” e delle politiche di contrasto all'evasione attuate dal Governo Prodi (+21 miliardi di euro nel 2007 secondo Padoa - Schioppa) era stato in realtà il risultato algebrico di politiche tributarie di segno diverso quando non opposte.

Mentre nel 2006 l'aumento del gettito (+ 37,9 miliardi, comprese le una - tantum) e della pressione fiscale (+1,7%) era stato in prevalenza conseguenza delle riduzioni mirate dell'IRE/IRPEF (il secondo modulo della riforma tributaria) e dell'IRAP a favore dei contribuenti minori (deduzione di 7.500 euro dall'imponibile, introdotta dal Governo Berlusconi con la finanziaria 2005) e di una ripresa economica più robusta rispetto alle previsioni, sostenuta anche dal taglio delle imposte, nel 2007/08 la politica tributaria ha avuto caratteristiche molto diverse.

La contemporanea revisione degli studi di settore decisa nel 2007, applicata con effetto retroattivo ai redditi prodotti nell'anno precedente e la riforma dell'IRPEF (sostituzione delle deduzioni dall'imponibile con detrazioni d'imposta, revisione delle aliquote e dimezzamento del primo scaglione), clamorosamente sottostimata dal Governo negli effetti di gettito, comunicati al Parlamento nella relazione di accompagnamento alla legge finanziaria, ha determinato nel 2007 un ulteriore aumento delle entrate tributarie, al netto delle una tantum, pari a 31 miliardi e un incremento di altri 1,2 punti della pressione tributaria (quasi 3 punti in soli 2 anni).

La particolare struttura del sistema di riscossione delle imposte sui redditi, (su basi mensili per quelli da lavoro dipendente, concentrati a luglio e novembre per quelli liquidati in

base ad autotassazione) aveva fatto il resto, determinando in soli 5 mesi, tra luglio e novembre 2007, 21 miliardi di maggiore prelievo a carico di famiglie e imprese; ed aveva provocato, a partire dal mese di ottobre, un avvistamento depressivo dell'economia italiana che aveva anticipato di molti mesi aggravandola, la crisi internazionale.

In definitiva in soli 2 anni il sistema tributario aveva sottratto all'economia reale risorse nette per oltre 45mila miliardi di lire. È vero che il Ministro dell'Economia Padoa Schioppa aveva teorizzato il principio che il maggior gettito dovuto al recupero dell'evasione (quantificato nell'astronomica cifra di 21 miliardi di euro) non dovesse essere contabilizzato in aumento rispetto alla pressione tributaria, proprio in quanto precedentemente occultato; ma l'economia reale, non ha purtroppo apprezzato la teoria di Padoa Schioppa.

Un effetto deflattivo, per altro prevedibile, che mal si concilia con la tesi semplicistica che l'evasione rappresenti un "tesoro nascosto" che ove scoperto risolverebbe miracolosamente tutti i problemi italiani (+ spesa pubblica, + investimenti, - imposte per tutti).

La questione della stima del gettito relativo alla riforma dell'IRPEF, rivelatasi un numero di pura fantasia, ha evidenziato un elemento di criticità del nostro sistema di scelte pubbliche che non può essere ignorato per i risvolti giuridici ed istituzionali prima ancora che politici che ha innescato: o il Governo che da i numeri è chiamato a risponderne oppure il Parlamento viene ad essere privato della propria funzione istituzionale di garanzia e di controllo rispetto all'attività del Governo.

Questione complessa che richiede da un lato una revisione profonda della legislazione di bilancio che ne aumenti la flessibilità della gestione, all'interno delle missioni e dei programmi, sulla base dell'esperienza francese, accompagnata da una robusta implementazione dei poteri di controllo attribuiti al Parlamento. Dall'altro evidenzia l'urgenza di introdurre anche nel nostro ordinamento la legge organica, fonte intermedia tra legge ordinaria e legge costituzionale, colmando una lacuna del nostro sistema delle fonti, che rende prive di efficacia vincolante le disposizioni di legge destinate a disciplinare la normazione.

Di questa lacuna un elemento tangibile è rappresentato proprio dalla degenerazione della legislazione finanziaria e di bilancio, sottratta negli ultimi anni al controllo parlamentare, attraverso il ricorso sistematico di voto di fiducia.

Il minore potere di incidere sulle scelte operate dal Governo con la legge di approvazione del bilancio, attribuito al Parlamento dal processo di decentramento a livello regionale di una quota crescente delle entrate tributarie e della spesa pubblica e dai vincoli del patto di stabilità dell'UE dovrebbe a mio avviso essere accompagnato da un maggiore potere di controllo dei risultati della gestione sul bilancio.

In questo rinnovato ruolo il Parlamento potrebbe essere affiancato dall'istituzione di un organo tecnico indipendente, incaricato di certificare ciascun anno i risultati effettivi del bilancio di cassa sia dal lato dell'entrate sia da quello delle spese. Restituendo al bilancio dello Stato la sua funzione strumentale di legge di autorizzazione alla riscossione delle entrate e all'erogazione delle spese, secondo l'indirizzo politico del Governo finalizzato a garantire il principio costituzionale dell'unità della finanza pubblica.

Occorre comunque ricordare che nella quantificazione irrealistica dei risultati della lotta all'evasione, che ha finito per svalutare anche alcuni successi di rilievo specie nel settore

dell'IVA, il Ministro dell'Economia aveva messo insieme una serie di elementi diversi, solo in parte riconducibili a recuperi di evasione (vedi ad esempio la lievitazione degli studi di settore con effetto retroattivo). Circa 11 miliardi di euro, anche secondo il Viceministro Visco, non erano attribuibili a misure discrezionali e quindi dovevano considerarsi "tax-compliance" cioè adesione spontanea a dichiarare maggiori imponibili per effetto delle 55 misure di contrasto all'evasione adottate tra il 2006 e il 2007 dal Governo Prodi e riportate con dovizie di particolari, in un documento pubblicato sul sito del NENS.

Che la crescita del gettito sia dovuta, almeno in parte, ad un aumento delle basi imponibili dichiarate appare fuori discussione; quanto di questo aumento "spontaneo" sia dovuto alla paura suscitata dal ritorno di Visco alle Finanze e quanto invece alle riduzioni fiscali mirate decise l'anno prima dall' On. Berlusconi, non costituisce evidentemente materia di fede.

Tuttavia poiché i maggiori incassi nel 2006 si riferivano in buona parte a redditi prodotti nel 2005, il fatto che l'effetto Visco abbia potuto prodursi con un anno di anticipo rispetto all'insediamento al Governo del suo autore mi pare una tesi un po' forzata.

Ora, a parte il carattere improvvisato della politica tributaria, che ha prodotto una bulimia normativa senza precedenti (55 misure antievasive in pochi mesi rappresentano una spia della conoscenza approssimativa del fenomeno che si voleva contrastare e ne anticipano l'insuccesso), e che emerge dai dati relativi all'evoluzione del gettito dell'IRPEF riformata tra il 2007 (+10 miliardi al netto delle addizionali di cui 4,3 sui redditi da lavoro dipendente) e il 2008 (+11,6 miliardi di cui 9,9 a carico dei redditi da lavoro dipendente), è evidente l'inconsistenza di una politica di contrasto all'evasione basata su una revisione della struttura dell'IRPEF in aumento, di dubbia costituzionalità (specie per i riflessi delle detrazioni decrescenti sui contribuenti con familiari a carico), accompagnata dalla lievitazione generalizzata e retroattiva degli imponibili negli studi di settore. I cui effetti, proprio per la natura degli studi che non possono essere utilizzati come un surrogato di un catasto, si sono sgonfiati come un soufflé mal riuscito l'anno successivo.

Si deve aggiungere, per completezza, che alla revisione degli studi, decisa nel 2007 hanno fatto seguito una serie di misure correttive sia da parte del Governo Prodi, sia più recentemente da parte del Ministro dell'Economia Tremonti per tenere conto degli effetti della crisi.

Un'ulteriore conferma che la materia degli studi di settore deve essere maneggiata con equilibrio e senza improvvisazioni, e non si presta ad impostare manovre di bilancio per alcuni miliardi di euro finalizzate ad incrementare la spesa.

I motivi di questo esito tanto contrastante, rispetto alla finalità per altro indiscutibile di contrastare l'evasione, devono essere ricercati nel carattere contraddittorio degli obiettivi di politica tributaria: una condizione che non è stata inventata dal Governo Prodi, che si è limitato semplicemente ad aggravarla.

Da un lato infatti la stretta fiscale era finalizzata al recupero di maggiori risorse da destinare al finanziamento di nuova spesa pubblica; dall'altro veniva indicato l'obiettivo di riequilibrare il prelievo, sbilanciato a danno dei redditi da lavoro dipendente, attraverso il dimezzamento del primo scaglione (finalizzato a contrastare le dichiarazioni sottostimate rispetto ai redditi reali), la sostituzione delle deduzioni con detrazioni d'imposta ed il loro aumento a favore dei redditi da lavoro dipendente per compensare la riduzione del primo

scaglione.

Il carattere decrescente delle detrazioni ha introdotto nel sistema vistosi elementi di illusione finanziaria, perché ha aumentato la progressività marginale del tributo per tutti i contribuenti.

Ma il dimezzamento del primo scaglione ha finito con il penalizzare, come era facilmente prevedibile, soprattutto i redditi da lavoro dipendente e da pensione, che si assumeva di voler tutelare con la riforma, perché ha rimesso in moto il fiscal drag anche per i redditi più modesti; mentre le detrazioni decrescenti hanno sottoposto i percettori con familiari a carico, anche a basso reddito, ad una progressività marginale anomala.

L'obiettivo condiviso di contrastare l'evasione non assolve una politica tributaria priva di qualsiasi visione giuridica, per di più caratterizzata in più punti da elementi di irragionevolezza, e destinata quindi inevitabilmente all'insuccesso.

Del resto la politica tributaria del biennio 2006/2007, a parte gli eccessi della produzione normativa, rappresentati dall'emanazione di decreti legge a ripetizione, destinati a correggere errori prodotti con la legge di conversione del decreto precedente, ha avuto un indirizzo di fondo analogo a quello del 1996/1997.

Anche allora il Governo Prodi aveva riformato l'IRPEF ed introdotto l'IRAP, con evidenti obiettivi redistributivi, finalizzati a controbilanciare l'evasione diffusa in alcune categorie reddituali; ed anche allora i risultati erano stati inferiori alle attese, con minori incassi nell'IRAP per oltre 7.000 miliardi di lire, rispetto alle previsioni, formulate dal Ministero delle Finanze sulla base del gettito di quelle soppresse e della struttura del nuovo tributo.

Ma il contesto economico ben diverso in cui quei provvedimenti erano maturati aveva almeno evitato gli effetti negativi che invece si sono manifestati nel biennio 2007/2008. Effetti che il Ministro Padoa Schioppa aveva sottovalutato, ma non ignorato nella presentazione della manovra di bilancio 2007, che indicava una contrazione del PIL potenziale di 0,3 punti, in seguito alle misure fiscali adottate. Un dato, che il professor Baldassarri aveva criticato in Senato durante l'iter di approvazione del bilancio in quanto palesemente sottostimato, come purtroppo è stato confermato dai dati consuntivi.

La ragione di questa differenza di effetti tanto marcata a distanza di appena 10 anni, si spiega con la considerazione che negli ultimi 15 anni, mentre la struttura dell'economia italiana ha subito trasformazioni profonde, basti pensare all'espansione del settore dei servizi e allo sviluppo della grande distribuzione e dei centri commerciali, che hanno ridotto gli spazi dell'evasione tradizionale, specie nel settore del commercio al dettaglio, l'aumento continuo della pressione tributaria ha alimentato nel tempo, accanto alle forme tradizionali di evasione, la crescita di ampi settori di attività caratterizzate al loro interno dalla coesistenza di attività regolari e non, spesso facenti capo ad uno stesso contribuente.

Questo fenomeno di dimensioni molto consistenti, che ha coinvolto ampi settori dell'economia (fanno eccezione lo Stato e le imprese di maggiori dimensioni), non può essere semplicisticamente assimilato all'evasione, per la buona ragione che le attività irregolari realizzano sì risparmi di imposta, ma sono destinatarie comunque di un carico fiscale considerevole, perché oltre alle imposte indirette a cui non sfuggono, non possono dedurre ovviamente dalle imposte sui redditi e dall'IRAP i costi inerenti alle attività irregolari.

Questa ampia zona grigia, proprio per le sue caratteristiche che trovano terreno fertile

nelle contraddizioni strutturali del sistema tributario, non è facilmente intercettabile con i tradizionali strumenti di contrasto, nonostante una elevata professionalità che caratterizza la Guardia di Finanza e la profonda ristrutturazione degli uffici finanziari, avviata nella seconda metà degli anni 90 dal ministro Visco. Un disegno riformatore di ampio respiro mai interrotto, i cui effetti positivi sono rilevati dalla continua crescita degli incassi derivanti dalle attività di contrasto all'evasione fiscale. Un dato quest'ultimo che non contraddice l'importanza degli interventi sulla struttura delle imposte, finalizzati a ridurre la convenienza ad evadere.

2) Il reciproco condizionamento della struttura delle imposte e dell'evasione: il ruolo negativo svolto dall'IRPEF.

Dal punto di vista macroeconomico se si considera che, in Italia, secondo stime prudenti ma attendibili, almeno 60 miliardi di euro sono il frutto di evasione fiscale e contributiva nelle imposte sui redditi da lavoro dipendente, (quelli che secondo i sindacati pagano le imposte fino all'ultima lira), mentre 25-30 miliardi rappresentano il minor gettito dell'IVA rispetto al rendimento medio, a parità di aliquota, dell'Iva riscossa in Italia rispetto agli altri Paesi dell'U.E., si possono formulare alcune considerazioni finalizzate ad offrire un'interpretazione meno semplicistica del fenomeno, per poterlo contrastare in maniera possibilmente più efficace e meno velleitaria rispetto alle esperienze più recenti.

Evitando soprattutto di rendere il sistema, attraverso continui interventi non coordinati, sempre meno riconducibile ai principi costituzionali.

D'altra parte la dinamica molto moderata della domanda interna e dei consumi delle famiglie negli ultimi anni, rappresenta una spia del fatto che l'evasione diffusa, specie nel settore dei redditi da lavoro dipendente, determina una ripartizione di mercato delle risorse rese disponibili, che in buona parte non aggiunge nuova ricchezza, ma la redistribuisce tra i diversi fattori, con costi ed inefficienze elevati che incidono sulla competitività del sistema, cui evidentemente non è estranea la struttura delle diverse imposte, che il tempo tende ad aggravare ulteriormente.

Quanto all'evasione all'IVA, proprio per la sua diffusione sembrerebbe presentare dal punto di vista distributivo minori inconvenienti, perché nella maggior parte dei casi si traduce in minori prezzi delle prestazioni e dei servizi resi e si redistribuisce a pioggia sui consumatori ed in definitiva sull'intera economia.

Tuttavia l'evasione all'IVA è quella che comporta in assoluto i maggiori effetti negativi, sotto il profilo economico, perché sposta una quota crescente del gettito dalle imposte sulle vendite, che strutturalmente non incidono sul costo delle merci esportate, a quelle sui redditi che gravano su famiglie ed imprese, che tendono a trasferirsi, per il noto fenomeno della traslazione delle imposte, in maniera più o meno ampia, sui prezzi finali.

L'eccesso di fiscalità sui redditi di lavoro e di impresa tende quindi ad incorporarsi anche sul prezzo dei beni esportati, limitando la competitività internazionale dell'economia italiana; la sola IRAP, altro incomparabile prodotto della fantasia tributaria italiana, ha inciso nel 2008 sulle imprese per oltre 23 miliardi di euro, di cui almeno 6 a carico delle esportazioni!

In conclusione mentre gli effetti dell'economia irregolare e dell'evasione diffusa hanno

assunto nel corso degli anni un carattere prevalentemente redistributivo interno al sistema, sottraendo al fisco risorse decisamente minori di quelle di cui si favoleggia, l'evasione più vistosa ed aggressiva, che non comporta neppure il vantaggio indiretto di immettere risorse aggiuntive nel circuito economico, perché per ovvi motivi tende a parcheggiarsi all'estero, è favorita proprio dagli squilibri del sistema tributario che alimentano l'economia irregolare e l'evasione diffusa, ne rappresentano il naturale brodo di coltura, ed offrono in qualche misura un alibi morale all'evasione.

Il rapporto tra evasione minore diffusa e grande evasione obbliga a riflettere sul ruolo degli studi di settore. In un sistema tributario costretto a finanziare un debito pubblico tra i più elevati al mondo, gli studi di settore, affiancati dai condoni, hanno determinato nell'arco di un decennio un forte incremento del gettito dell'IRPEF; ma anche consolidato molteplici distorsioni.

D'altra parte gli studi di settore hanno in se elementi di flessibilità, ineliminabili, che non consentono di trasformarli in uno strumento di tipo catastale, come si era immaginato con qualche semplicismo di troppo con il loro adeguamento del 2007. Questa constatazione vale soprattutto per i redditi medio alti dove gli studi di settore in molti casi finiscono per trasformarsi in uno strumento di protezione contro le attività di accertamento, e di tutela di potenziali evasori nei confronti dell'attività di controllo dell'Amministrazione Finanziaria.

Quindi, mentre per contrastare l'evasione più aggressiva, gli studi di settore dovrebbero essere affiancati dall'impiego di forme perfezionate di accertamento sintetico, basate sul tenore di vita, in un quadro di garanzie per il contribuente, per ridimensionare l'evasione diffusa e l'economia irregolare, che ne rappresenta la versione povera, l'unica politica efficace di contrasto è rappresentata dalla correzione di quegli elementi strutturali che l'alimentano e il cui peso è stato ulteriormente accentuato dalla riforma dell'IRPEF del 2007.

Sotto questo profilo la tesi esposta dal Ministro dell'Economia on. Tremonti all'ECOFIN, relativa all'adozione di misure europee o nazionali di contrasto ai redditi parcheggiati in paradisi fiscali appare convincente; si riferisce infatti al frutto, nella migliore delle ipotesi, di redditi sottratti a tassazione nel Paese di residenza del titolare, che gli Stati, in base al proprio diritto interno e alle convenzioni, possono cercare di recuperare a tassazione legittimamente.

Tuttavia il successo di politiche tributarie di contrasto all'estero vestizione di capitali e redditi nazionali, per essere pieno, richiederebbe, come nel 2001 di essere affiancato dalla prospettiva di una ragionevole riduzione della pressione fiscale sui redditi personali.

Appare quindi condivisibile la scelta operata dal Ministro dell'Economia di attendere la definizione di una normativa comune in sede europea, prima di pensare a nuove forme incentivate di rientro di capitali estero-vestiti.

D'altra parte se si analizzano i reciproci condizionamenti tra l'evasione e la struttura delle principali imposte, non si può ignorare che gli squilibri interni ai diversi tributi che permeano l'intero sistema tributario sono stati alimenti nel tempo dalla fin troppo diffusa e radicata convinzione, specie tra gli economisti, di una superiorità genetica delle imposte sui redditi rispetto a quelle indirette; senza preoccuparsi più di tanto degli effetti distributivi reali, determinati dalla struttura impositiva, nelle diverse realtà reddituali, che spesso distorcono la scala dell'equità verticale ed orizzontale e compromettono la razionalità giuridica e la funzionalità dell'imposizione reddituale.

Non si deve neppure sottovalutare il ruolo perverso svolto in questo campo dal conflitto di interessi che coinvolge lo Stato, nella duplice funzione di datore di lavoro e di titolare del potere d'imposizione.

Con le aliquote marginali particolarmente elevate che caratterizzano l'IRPEF, non bilanciate da sconti fiscali adeguati a favore delle famiglie, lo Stato ha tutto da guadagnare, al contrario delle imprese, da aumenti generosi delle retribuzioni, che rientrano in percentuali elevate nelle casse dello Stato come maggiori imposte.

È vero che lo schema di traslazione dell'imposta sui redditi di lavoro opera in senso analogo a quanto avviene nel settore privato; tuttavia gli effetti sono in parte diversi, perché mentre nel settore privato il cuneo fiscale grava sulle imprese, nella Pubblica Amministrazione se dal costo totale dei dipendenti pubblici si sottrae il delta rappresentato dal differenziale tra la media europea degli oneri tributari che incidono sugli stipendi dei pubblici dipendenti e il più elevato carico di imposte sul lavoro applicato in Italia, si scopre che lo Stato italiano, al netto delle imposte, destina per le retribuzioni meno risorse rispetto ai nostri principali partners europei.

Non deve quindi meravigliare se da un lato lo Stato si mostra generoso nei rinnovi contrattuali, dall'altro se ne soffrono efficienza e qualità dei servizi offerti dalla P.A.

L'andamento del gettito registrato negli ultimi anni dalle imposte sui redditi ha evidenziato che il contrasto all'evasione è in Italia fortemente condizionato dalla struttura delle imposte: qualsiasi politica che si ponga l'obiettivo di ridimensionare l'evasione deve quindi porsi il problema di aggredire alcune delle cause che contribuiscono a farla lievitare e che possono riassumersi nei seguenti principali fattori di criticità: *a) sottovalutazione del vincolo dell'equità orizzontale; b) scarsissima attenzione alla famiglia, che penalizza quelle monoreddito, particolarmente diffuse nel Mezzogiorno ed eccesso di progressività marginale nell'IRPEF (che premia l'evasione), c) assenza di contrasto di interessi (le deducibilità sono insufficienti e calcolate al 19% alimentano gli accordi a danno del fisco); d) l'incidenza dell'IRAP che, specie per le persone fisiche (oltre 3,7 milioni di soggetti, i 2/3 del totale) si comporta di fatto come un'addizionale all'imposta sul reddito; e) una soglia irragionevolmente bassa oltre la quale i percettori di reddito non sono considerati più a carico all'interno della famiglia (2.851 euro) che incentiva il lavoro irregolare; f) inefficacia del sistema degli studi di settore, se si pretende di utilizzarli come se fosse un catasto, o peggio un bancomat (vi rientrano realtà troppo diverse per tipologia e dimensione) e assenza di un modello di imposizione semplificato e forfettizzato per i contribuenti minori, simile a quello francese, basato su un confronto preventivo con l'amministrazione finanziaria.*

Se si analizza invece il regime forfettario introdotto frettolosamente con la Finanziaria 2008 per i contribuenti minimi, con l'obiettivo di contenere l'evasione all'IVA, si giunge rapidamente alla conclusione che questo modello impositivo costituisca un esempio da manuale di improvvisazione legislativa accompagnata da ottime intenzioni. Disciplinato dalla legge finanziaria del 2008 è molto peggio di un condono: non ha infatti nulla di tributario se non il diritto stabilito per legge, a favore dei contribuenti che vi accedono, di decidere graziosamente quanto versare al fisco.

Un sistema vantaggioso non per i contribuenti realmente minimi, per i quali la forfettizzazione non determina alcun risparmio di imposta, anzi; un premio indebito invece per

quelli che per il tipo di attività effettuata, svolgendo una parte significativa del proprio volume d'affari in nero, possono scegliere tranquillamente il nuovo regime forfettario, che libera da qualsiasi rischio di controlli indiscreti anche con un fatturato effettivo molto più elevato, rispetto a quello fissato dalla legge.

Completano questi fattori di criticità che favoriscono evasione diffusa ed economia irregolare la scarsissima deterrenza del sistema sanzionatorio, che incoraggia i comportamenti scorretti da parte dei contribuenti (in un sistema fortemente evaso e con un'economia irregolare diffusa non si può fare a meno dei concordati fiscali in sede di accertamento; ma la possibilità di concordati favorevoli riduce di molto la deterrenza e l'efficacia dell'azione di controllo).

Sul tema del contrasto all'evasione, da ultimo, Ruggiero Paladini, analizzando i dati delle dichiarazioni dei redditi 2006 pubblicati dal Dipartimento delle politiche fiscali del MEF, ha posto in evidenza il forte incremento dei redditi medi da impresa e partecipazione dichiarati tra il 2005 e il 2006, *“nonostante il permanere di un'ampissima area di evasione testimoniato dal numero poco credibile sia dei redditi molto bassi sia di quelli più elevati, nel 2007 i titolari di redditi d'impresa (ed in modo particolare i “piccoli”) per prudenza o per paura del “vampiro” Visco e dei suoi provvedimenti, hanno preferito evadere un po' meno che nel passato e rivelare al fisco una quota più consistente dei redditi conseguiti nell'anno. In altre parole, nel 2006 l'evasione è rimasta molto alta, ma la “compliance” di molti contribuenti è stata fortemente incrementata”*.

Le considerazioni di Paladini possono apparire, a prima vista, condivisibili, ma rischiano di condurre a conclusioni fuorvianti, perché tendono a ridurre la questione tributaria ad un banale problema di contrasto all'evasione, e quindi di maggiore efficienza-efficacia nei controlli; e ad ignorare sia il ruolo della struttura dei tributi nella crescita dell'evasione, sia i profili distributivi che caratterizzano l'economia irregolare e la differenziano radicalmente dall'evasione, sia le inefficienze strutturali del sistema tributario, che la alimentano, sia la scarsa deterrenza del sistema sanzionatorio che rende fantasiosa qualsiasi ipotesi di “effetto Visco”.

Da ultimo ma non di minore importanza, la distribuzione squilibrata del gettito tra le principali imposte che è alla base della minore crescita dell'economia italiana negli ultimi dieci anni.

La realtà è purtroppo ben diversa da quella descritta da Paladini in Italia, nonostante una evidente diffusa sottostima dei redditi, sia personali, sia d'impresa, che assume, in alcuni settori ed in alcune fasce reddituali, i connotati di un fenomeno di massa, i contribuenti hanno versato al fisco nel 2008, tra IRPEF, IRES, IRAP e imposte sostitutive circa 280 miliardi di euro: una cifra imponente, che caratterizza negativamente il nostro sistema tributario e che non può essere ignorata, quando si esamina il fenomeno evasione, ed i mezzi più idonei per contrastarla.

L'IRPEF in particolare, nonostante dai dati delle dichiarazioni emergano elementi irrealistici, sia per la consistenza numerica dei redditi elevati (troppo pochi) sia per il numero di quelli minimi, sicuramente gonfiati, ha incassato nel 2008 174 miliardi di euro (erano 143 nel 2005, con un incremento in 3 anni di oltre 60 mila miliardi di lire).

Tra i due fenomeni (troppi contribuenti fiscalmente poveri e troppo pochi benestanti)

la correlazione è però solo apparente. Mentre il numero ridotto di dichiarazioni di importo elevato pone in luce un chiaro fenomeno di evasione, che coinvolge una platea ben più vasta rispetto a quella dei contribuenti che dichiarano redditi cospicui, neppure sfiorato dalla stretta agli studi di settore e dalla loro rivalutazione attuata da Padoa - Schioppa e Visco nel 2007, il livello particolarmente modesto dei redditi medi di impresa e di associazione in partecipazione evidenzia oltre a comportamenti di evasione, una diffusa elusione, specie attraverso le imprese familiari, che consentono di ripartire la metà del reddito su una pluralità di familiari diversi dal titolare.

Si può quindi ritenere che alla sottovalutazione degli imponibili, specie nei redditi minori, non corrisponda una esenzione di fatto dal tributo personale, ma solo una autoriduzione diffusa, di cui certo non ci si può compiacere, alimentata da una serie di irrazionalità ed arbitrarietà strutturali del tributo, che quando si esamina il tema dell' evasione non possono essere rimosse.

Anche perché, ovviamente, l'evasione aggressiva, che si posiziona di norma al di sotto dei limiti di punibilità penale, non può essere contrastata, come avvenuto finora, con le stesse misure utili per riassorbire l'evasione minore e diffusa e l'economia irregolare.

Dall'insieme degli elementi richiamati in precedenza, emerge nonostante la diffusione dell'evasione e dell'elusione, un rapporto tra imposte dirette ed indirette particolarmente squilibrato verso le prime che rappresentano circa il 60% delle entrate dello Stato.

Un dato che non si riscontra in nessun altro Paese avanzato e che, dato l'elevato livello della pressione tributaria, deve fare riflettere.

L'evasione all'IVA, specie nel settore dei servizi, si spiega in buona parte con la necessità di ridurre l'eccesso di pressione fiscale sui redditi, in particolare su quelli familiari, fortemente penalizzati rispetto ai principali partners europei, e con un numero molto più elevato di soggetti IVA che hanno diritto a dedurre quella sugli acquisti, e quindi con una più elevata percentuale di deduzioni indebite (acquisti personali, scaricati sull'attività, etc...).

Sotto questo profilo il confronto con la politica tributaria della Germania del biennio 2006/07 è illuminante. Mentre in Germania, per rilanciare l'economia, il Governo, dopo la crisi del 2005 aveva rimesso in sesto il bilancio, aumentando l'IVA dal 16 al 19%, e successivamente aveva tagliato l'imposta sulle società dal 41% al 29%, in Italia, per accrescere la competitività delle imprese mediograndi si è finanziato un taglio dell'IRES e dell'IRAP di dimensioni consistenti, anche se quantitativamente più ridotto rispetto alla Germania, con alcune misure destinate ad allargarne le basi imponibili (limite alla deducibilità degli interessi passivi, al 30% del ROL, e regime fiscalmente meno vantaggioso per gli ammortamenti) poco trasparenti e dagli esiti distributivi non dichiarati (ma penalizzanti soprattutto per le imprese minori).

La manovra era stata preceduta da una riforma apparentemente marginale di alcuni elementi strutturali dell'IRPEF che ha avuto come esito una stretta fiscale che in due anni ha comportato un aumento del prelievo sui salari, al netto dell'incremento delle retribuzioni, di oltre 8 miliardi.

Questo elemento evidenzia, più di qualsiasi altro numero, l'insuccesso di una politica tributaria basata sull'illusione di poter finanziare le riduzioni fiscali a favore della parte più dinamica ed aperta alla concorrenza internazionale del sistema produttivo, per altro

indispensabili, con aumenti del prelievo a carico prevalentemente dell'economia minore e dei servizi, senza porsi il problema dei processi di traslazione che interventi tributari con queste caratteristiche, per di più concentrati nell'arco di pochi mesi, avrebbero inevitabilmente innescato.

È quindi facilmente prevedibile che nell'arco di un paio di anni le consistenti riduzioni fiscali, decise nel 2007, a favore delle imprese (taglio del cuneo fiscale e riduzione dell'aliquota IRES) valutabili in oltre 5 miliardi, i cui effetti si sono concentrati prevalentemente nel 2008, ritorneranno maggiorate a carico delle stesse imprese attraverso i rinnovi contrattuali, che tenderanno a recuperare integralmente l'aumento del prelievo sui redditi di lavoro prodotto dalla riforma del 2007.

Almeno sotto questo profilo la recessione sta avendo un effetto indiretto positivo, perché, avendo accentrato nell'arco di un solo anno il riassorbimento della rivalutazione degli studi di settore introdotta nel 2007 ha messo in luce l'inefficacia di qualsiasi politica tributaria che pretenda di redistribuire il prelievo, tra le diverse realtà reddituali senza incidere sui molteplici nodi strutturali dell'ordinamento tributario, anzi accentuandoli.

Nodi che presuppongono innanzitutto un recupero, nel settore delle imposte, del ruolo del Parlamento che deve essere messo in condizione di conoscere gli effetti delle misure proposte e della logica giuridica sottostante: la sola che consenta di coordinare le singole imposte in un sistema compiuto, e la cui eclissi negli ultimi anni si è fatta sentire in misura esponenziale.

Secondo Paladini il confronto fra i redditi dichiarati nel 2005 e nel 2006, specie quelli relativi all'autotassazione, caratterizzati da una più elevata crescita, evidenzerebbe gli effetti positivi delle politiche di contrasto all'evasione avviate da Padoa – Schioppa e Visco, che il nuovo Governo potrebbe mettere in discussione.

L'analisi di Paladini si limita a esaminare l'evoluzione dei redditi medi per le diverse tipologie di contribuenti tra il 2005 e il 2006, ed in questo quadro le conclusioni appaiono ovvie. Il che non vuole dire che siano anche convincenti, perché l'autore analizza solo alcuni aspetti della politica tributaria del Governo Prodi, per di più sulla base di elementi non omogenei, ed in un arco temporale troppo ristretto per essere significativo.

Se si confrontano invece, a mio avviso, più correttamente i flussi relativi al gettito dell'IRPEF nel 2007, che comprende anche la parte maggiore dei redditi auto liquidati relativi al 2006, e nel 2008, per le diverse tipologie di reddito, (lavoro dipendente, lavoro autonomo, redditi d'impresa soggetti ad IRPEF) i dati appaiono meno conclusivi.

Nel 2007, gli incassi relativi ai redditi soggetti ad autoliquidazione, sospinti dalla rivalutazione retroattiva degli studi di settore (operazione indifendibile da qualsiasi punto di vista la si consideri, economico o giuridico), e dalla riforma strutturale dell'IRPEF erano cresciuti ad un tasso circa doppio rispetto a quelli dei redditi da lavoro dipendente (+5,8 miliardi di maggior gettito contro i 4,2 miliardi di incremento dei redditi da lavoro dipendente o da pensione). Nel 2008 invece l'86% dell'incremento del gettito dell'IRPEF ha riguardato i redditi da lavoro dipendente (+9,9 miliardi), mentre gli altri hanno registrato un aumento di soli 1,7 miliardi di euro su un totale di 11,6 miliardi.

Un effetto boomerang che ha riassorbito in un solo anno la minore incidenza relativa dell'IRPEF sui redditi di lavoro dipendente registrata nel 2007; dato confermato anche da un

recentissimo studio dell'OCSE che ha evidenziato già nel 2008 un aumento del cuneo fiscale di 0,25 punti.

I dati riferiti agli incassi dell'IRPEF tra il 2007 e il 2008 conducono quindi a conclusioni almeno in parte diverse rispetto a quelle richiamate da Paladini.

Nel 2007 l'effetto combinato della rivalutazione degli studi di settore sui redditi prodotti nel 2006, soggetti ad autotassazione e della riforma dell'IRPEF per quelli da lavoro dipendente, ha evidenziato una dinamica dei primi molto più accentuata. Nel 2008 invece, mentre l'incidenza della riforma dell'IRPEF si è fatta sentire su tutte le tipologie di reddito, la possibilità di attuare una programmazione fiscale dei redditi prodotti nel 2007, soggetti ad autoliquidazione, ha fatto sì che questi ultimi crescessero ad un tasso ben inferiore rispetto ai redditi da lavoro dipendente.

Questi numeri parlano da soli ed evidenziano sia il carattere illusorio di riforme fiscali che pretendono di contrastare l'evasione aumentando il prelievo senza alcuna selettività per intere categorie di contribuenti, sospettate di maggiore propensione ad evadere, adottate per di più in assenza di qualsiasi confronto parlamentare.

Sia una consolidata indifferenza a considerare gli effetti economici di manovre delle imposte a carattere discrezionale, che si rileva dal carattere irrealistico delle stime sul gettito che accompagnano queste ultime, presentate dal Governo e dall'eccesso di disponibilità a prenderle per buone da parte del Parlamento.

Trovo ad esempio sorprendente che alcuni analisti abbiano evidenziato negli ultimi mesi un possibile aumento dell'evasione all'IVA, (in una fase di recessione prolungata, mi meraviglierei del contrario) e non abbiano invece sottolineato il trade-off tra l'aumento anomalo del gettito dell'IRPEF (se ventiduemila miliardi di lire in un anno vi sembrano pochi!) e il calo delle entrate relative all'IVA interna, che si riferisce anche alle importazioni intracomunitarie (-2,8 miliardi di cui almeno 1,3 miliardi imputabili alla crescita dell'IRPEF nel 2008).

Anche il dato relativo agli sconti IRPEF (deduzioni e detrazioni: spese sanitarie, interessi sui mutui, detrazioni varie al 19%, assicurazioni sulla vita), tra il 2002 e il 2006 offre qualche significativa indicazione circa le condizioni di stress fiscale cui sono assoggettati da anni i contribuenti italiani: l'unica voce significativamente in calo è quella che si riferisce alle assicurazioni sulla vita e sugli infortuni (da 8,7 miliardi a 5,7 miliardi di deduzioni), nonostante sia in assoluto quella fiscalmente più vantaggiosa (deducibilità al 100% con un tetto di 5.200 euro annuo).

Sotto il profilo tributario appaiono alquanto lacunose anche le analisi congiunturali pubblicate dalla Banca d'Italia, per altri aspetti particolarmente curate; abbiamo dovuto infatti aspettare la fine del 2008 per trovare un accenno alla crescita del prelievo sui redditi da lavoro dipendente (per altro sottostimata), imputabile alla progressività del tributo e al rinnovo di alcuni contratti; ma si tratta di una interpretazione quanto meno riduttiva del fenomeno.

I redditi da lavoro dipendente sono cresciuti nel 2008, sempre secondo la Banca d'Italia, del 3,3%; mentre, sempre nello stesso periodo, le ritenute fiscali sono aumentate a loro volta del 8,3% (ma la crescita era dell'11,3% nei primi cinque mesi): un incremento molto più consistente rispetto all'elasticità del tributo che non si spiega con il solo effetto della più elevata progressività dell'imposizione sui contribuenti che hanno familiari a carico rispetto

all'insieme dei redditi, o con il semplice rinnovo di qualche contratto, trascurando il diverso e più oneroso profilo assunto dal tributo, specie per redditi tra i 15 mila e i 35 mila euro, dopo la riforma del 2007.

Non vi è poi nell'analisi della Banca d'Italia alcun riferimento alle origini tributarie (21 miliardi di maggior prelievo tra luglio e novembre 2007 a carico di famiglie e imprese) del rapido deterioramento dell'economia italiana a partire dal quarto trimestre 2007 (a settembre il tasso di crescita del PIL era ancora stimato al 2%, mentre a consuntivo, dopo soli tre mesi, si è fermato all'1,5%) ed anche questa lacuna non aiuta a comprendere gli effetti della politica di bilancio, in quel periodo.

Ne mette tuttavia in luce la criticità sotto il profilo dei meccanismi decisionali che determinano le scelte pubbliche.

L'affermazione contenuta nell'ultimo bollettino datato Aprile 2009, che dà conto di una riduzione delle entrate in termini di cassa del 5,4% nel primo trimestre 2009, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, secondo cui *"la flessione appare superiore a quella calcolabile in base agli andamenti stimati delle basi imponibili"*, merita una riflessione. A prima vista sembra sottintendere un aumento dell'evasione il che, data l'accelerazione della fase recessiva, non dovrebbe neppure sorprendere.

Ma l'assenza di qualsiasi elemento o parametro di riferimento, tenuto conto dei diversi lag temporali che caratterizzano i versamenti dei tributi, rende la considerazione offerta dalla Banca d'Italia un ibrido tra un'affermazione tautologica e un atto di fede, e si presta al dubbio che sia piuttosto espressione di valutazioni di politica tributaria, prive di elementi di riscontro e quindi opinabili.

Se si guarda ad esempio al calo dell'IVA interna del primo trimestre 2009 -6% che ha portato un ex Ministro ad ipotizzare un aumento dell'evasione su base annua di oltre 10 miliardi di euro, una lettura più attenta del dato porta ad un'interpretazione meno fantasiosa.

Una prima, non piacevole, spiegazione viene dai dati relativi al calo del PIL nel primo trimestre (5,9% su base annua) comunicati a maggio dall'ISTAT. Una conferma viene poi dalla Francia in cui nello stesso periodo il calo del gettito IVA è stato praticamente uguale -5,9%. ma la spiegazione banale è che i dati relativi all'IVA interna, si riferiscono all'IVA interna comunitaria e quindi non solo alle vendite, ma a tutte le importazioni di provenienza UE, che hanno subito forte contrazione nel I trimestre 2009.

In ogni caso, per poter valutare con qualche approssimazione, se, e in che misura, la recessione abbia determinato una crescita significativa dell'evasione, bisognerà attendere i dati del gettito tributario relativi ai primi sette mesi dell'anno, che andranno confrontati con quelli relativi all'andamento del PIL; che consentiranno anche di stimare in che misura gli effetti di trascinarsi dei dati registrati nel 2009 si rifletteranno sul gettito tributario nel 2010.

Naturalmente l'intreccio tra l'evasione diffusa, l'economia irregolare e l'evasione più aggressiva, quella che si riferisce ai contribuenti che sottraggono al fisco ogni anno somme imponenti (in genere al di sotto dei limiti di punibilità penale) e che non compaiono negli ultimi decili relativi ai redditi più elevati, determina non solo effetti distributivi inaccettabili, ma riferendosi a situazioni estremamente diversificate non può essere risolto con interventi generici, indifferenziati e a pioggia sull'insieme della platea dei contribuenti, affidato

esclusivamente alle politiche di contrasto all'evasione.

Quello che è mancato in questo campo da tempi ormai remoti è un disegno organico di politica tributaria basato su obiettivi distributivi ed economici chiari e trasparenti, fondato su un sistema di regole giuridiche semplici, coerenti con gli obiettivi, caratterizzato da stabilità nel tempo, ed approvato, con i necessari approfondimenti dal Parlamento, con legge ordinaria.

Un Paese avanzato quale è l'Italia, con un debito pubblico e una pressione tributaria inevitabilmente elevati, non può più permettersi di attuare la propria politica tributaria attraverso imposte la cui struttura si è sedimentata in tempi remoti in seguito ad interventi il più delle volte motivati da esigenze contingenti, non sempre coerenti.

Imposte quindi caratterizzate dall'assenza di un filo conduttore giuridico unitario, indispensabile per costruire, secondo Costituzione, un sistema tributario; in cui la distribuzione del prelievo tra i principali tributi non è il frutto di scelte razionali ma piuttosto la risultante dei diversi assetti delle imposte, anche sotto il profilo della riscossione.

Assetti che hanno trasformato nel tempo l'imposta personale in un'imposta essenzialmente sui redditi di lavoro: un dato considerato talmente ineluttabile da spingere molti, anche a sinistra, a proporre di assoggettare a tassazione separata, con aliquota del 20%, sia le rendite finanziarie sia i redditi immobiliari. Una risposta agli effetti distorsivi prodotti dall'eccesso di fiscalità sui redditi personali, priva di qualsiasi logica giuridica ai quali è possibile apporre correttivi (ad es. una riduzione consistente della base imponibile), compatibili con la struttura di un'imposta progressiva. L'aspetto paradossale di questa proposta e che sembra inaugurare una tendenza.

Il Ministro del lavoro ha infatti proposto, per garantire il passaggio a un sistema di contrattazione a due livelli, di tassare con l'aliquota media la parte di retribuzione mobile, legata allo sviluppo della produttività. Una ipotesi in cui i principi giuridici elementari sono semplicemente assenti.

In questo senso l'evasione fiscale non può costituire un alibi per non riformare le imposte sul reddito e l'IRAP in una logica di sistema, attenta ai valori giuridici.

3) I dati relativi al gettito dell'IRPEF evidenziano i limiti strutturali del sistema tributario che amplificano gli effetti della recessione

Dall'inizio degli anni novanta la politica tributaria italiana è stata condizionata dalla necessità di porre sotto controllo la finanza pubblica e di ridurre, attraverso un robusto saldo primario, il rapporto tra prodotto interno lordo e debito pubblico; obiettivo quest'ultimo posto dai precisi vincoli della politica monetaria comune, nella fase di avvio dell'euro. Nonostante alcuni risultati parziali che hanno caratterizzato le politiche di bilancio dei Governi che si sono avvicendati in quegli anni e che hanno portato a ridurre lentamente il debito pubblico, e a stabilizzare la pressione tributaria oltre il 43 % del PIL, il bilancio non può dirsi certo confortante.

In tutti questi anni infatti il tasso di crescita dell'economia italiana è stato circa la metà rispetto a quello dei principali partners europei: mentre il denominatore del PIL aumentava lentamente, lo sforzo fiscale per ridurre il numeratore del debito attraverso un

robusto saldo primario, non si è dimostrato sufficiente e quel che è peggio è continuamente peggiorata la qualità della politica tributaria, sia sotto il profilo della competitività internazionale sia dal punto di vista del sistema di regole che la caratterizza, e che ne determina gli assetti distributivi.

Si è trattato ovviamente di un processo lento che ha investito parzialmente la spesa diminuita in quantità, ma peggiorata in qualità; sia soprattutto la politica tributaria, nella quale la prevalenza di obiettivi di gettito di breve periodo imposta dall'economia, ha portato a considerare il diritto tributario un fastidioso ingombro di cui potersi liberare in nome delle esigenze di bilancio. Un processo in cui le responsabilità sono, sia detto con chiarezza, non solo politiche. Il passaggio da un approccio giuridico alla politica tributaria ad uno sempre più caratterizzato in senso economicistico è stato graduale ma non per questo meno evidente.

Si è così giunti ad una appropriazione della politica tributaria fin nella individuazione dei modelli normativi, da parte degli economisti pubblici, nell'indifferenza dei giuristi, che ha reso sempre più labile il collegamento tra le singole imposte e i vincoli di coerenza che dovrebbero caratterizzare dal punto di vista giuridico il sistema tributario.

A questo esito ha contribuito anche la tendenza diffusa in una parte della dottrina all'approfondimento dei profili tecnico giuridici delle singole imposte trascurandone le conseguenze economiche considerate di pertinenza degli economisti; un grave errore di prospettiva, perché gli effetti di qualsiasi norma finanziaria, non solo tributaria in senso stretto, sono al tempo stesso economici e giuridici. Questo scarso interesse a considerare gli effetti economici delle imposte come parte essenziale dell'analisi giuridica ha condotto a svalutare progressivamente il ruolo del principio di capacità contributiva degradato a semplice criterio di riparto del prelievo tra i vari tributi, con il solo limite della coerenza del sistema. Con il risultato che all'affievolimento dei vincoli di coerenza, non sempre facilmente opponibili in sede di sindacato di legittimità, non contrastato da uno scrutinio rigoroso del principio di eguaglianza, ha corrisposto una tendenziale eclissi del ruolo di garanzia del principio di capacità contributiva assunto al rango di affermazione quasi tautologica.

In questo senso l'IRAP e la DIT rappresentano due esempi emblematici di imposte costruite a tavolino, poco attente al principio di capacità contributiva, proprio per le violazioni del principio di eguaglianza che il loro presupposto può determinare in fatto.

Una lenta ma inarrestabile eclissi del ruolo del diritto finanziario e tributario su cui occorrerebbe una riflessione critica da parte della dottrina tributarista che sembra talvolta avere smarrito la visione d'insieme propria dell'analisi giuridica che ha investito, e non poteva essere diversamente, sia la giurisprudenza costituzionale raramente sollecitata ad un'indagine critica della legislazione tributaria, sia da ultimo anche quella di legittimità.

Se focalizziamo l'attenzione ad anni più vicini osserviamo che tra il 2005 e il 2007 la pressione tributaria è aumentata in Italia di circa 3 punti di PIL. Ma questo dato, essendo la risultante di politiche tributarie di segno opposto con forti contraddizioni proprio sotto il profilo sistematico, non ha innescato alcun processo virtuoso; al contrario ha anticipato la recessione internazionale aggravandola.

La scarsa attenzione ai profili giuridici dell'ordinamento tributario risalente almeno ai primi anni 90, ha portato a confondere gli effetti degli squilibri interni al sistema, determinati da esigenze di maggiore gettito, che alimentano l'evasione e l'elusione, con un banale

problema di amministrazione dei tributi, mediante controlli più estesi e più efficaci.

Il risultato non particolarmente brillante di quella che appare come una delle linee portanti della politica tributaria è stato quello di aver consolidato nel tempo un sistema che, mentre ha obbligato gli italiani a convivere con una pressione tributaria elevata e mal distribuita, ha anche frenato la crescita del PIL e quindi allontanato nel tempo l'obiettivo della riduzione del debito pubblico rispetto al prodotto interno.

Insomma l'aumento molto consistente delle entrate, specie negli ultimi tre anni ha contribuito a ridurre il numeratore del debito pubblico; ma il freno alla crescita del denominatore (il PIL) indotto dalla cattiva qualità della politica tributaria, ha bruciato ricchezza, vanificando in gran parte lo sforzo fiscale.

Alcune indicazioni relative all'andamento del gettito delle principali imposte, in connessione con interventi discrezionali sul sistema tributario adottati negli ultimi anni, sono di qualche interesse per comprendere gli effetti dell'evoluzione del sistema tributario ed indicare un possibile percorso alternativo.

In particolare, le entrate tributarie dello Stato riscosse nel 2005, evidenziano rispetto a quelle incassate l'anno precedente al netto di quelle una tantum (versamenti a carico delle banche pari a 5.185 miliardi nel 2004, non più dovuti; 8,968 miliardi relativi ai condoni) un incremento delle entrate dell'1,6 %. Se a questo dato si sommano gli oltre sei miliardi di riduzioni fiscali (il secondo modulo della riforma tributaria e gli sconti IRAP) decise con la finanziaria 2005, l'aumento reale del gettito era stato pari al 3,3 % in un anno, il 2005 caratterizzato da un PIL praticamente stazionario (+ 0,1 %).

Un ulteriore elemento di interesse per comprendere gli effetti positivi sugli imponibili delle riduzioni fiscali introdotte dalla legge finanziaria 2005, in attuazione del disegno riformatore stabilito dalla legge 80/03 di riforma del sistema tributario dello Stato, lo si ricava dal confronto dei dati di periodo relativi all'IRE/IRPEF (lavoro dipendente privato + 3,1 %, lavoro autonomo + 5,3 %, autotassazione + 6,3 %) all'IRES (autoliquidazione +19,3 %); all'IRAP (settore privato più 10,5 %); e all'IVA interna (+4,2 %).

Un risultato incoraggiante che aveva anticipato il boom delle entrate del 2006 (+22 miliardi rispetto alle previsioni di bilancio) e che avrebbe dovuto scongiurare il cambio radicale di approccio alla politica tributaria operato tra il 2006 e il 2007 dal Ministro dell'Economia Padoa Schioppa e dal suo vice on. Visco, senza alcun confronto pubblico, neppure parlamentare.

Comprensibilmente, il giurista tende a sottolineare i profili meno convincenti della politica tributaria negli aspetti che attengono agli strumenti tecnici adottati, alla loro coerenza sistematica (che occorre ripeterlo, non è un optional ma una precondizione per il rispetto del principio di capacità contributiva) e alle conseguenze dal punto di vista distributivo ed economico.

Da questo punto di vista la revisione degli studi di settore, stabilita con la finanziaria 2007 ed applicata retroattivamente ai redditi prodotti nel 2006, con il pretesto di contrastare l'evasione e l'obiettivo concreto di aumentare anche il gettito, ha rappresentato un esempio da manuale di disposizione illegittima, errata anche sotto il profilo economico.

Nel 2005 sospinta dal condono l'autoliquidazione era cresciuta del 15 %. Una tendenza che andava assecondata con gradualità e non aggredita l'anno successivo con

misure estemporanee prive di qualsiasi logica economica, che hanno limitato la ripresa nel 2006, e anticipato nel 2007 una brusca frenata dell'economia in seguito alla concentrazione del maggior prelievo (21 miliardi in 5 mesi), prodotta dalla finanziaria 2007 con la riforma dell'IRE/IRPEF e la revisione degli studi di settore, estesa anche ai soggetti IRES.

Una serie di errori che dovrebbero indurre a riflettere sull'urgenza di riportare la politica tributaria nella sede istituzionale del Parlamento e della legge ordinaria per assicurarne la trasparenza e la coerenza del sistema.

Questione tutt'altro che irrilevante nella fase di avvio del federalismo fiscale, perché come è evidente, un modello di decentramento fiscale che ruoterà in prevalenza, necessariamente, sulla compartecipazione al gettito dei tributi erariali, a partire dall'IVA presuppone un sistema tributario dello Stato efficiente ed equilibrato dal punto di vista distributivo.

In una realtà caratterizzata da forti differenze territoriali nella ripartizione del reddito come quella italiana, un ordinamento tributario il cui gettito deriva per oltre il 60 % da imposte dirette, è un sistema, che per poter essere messo nelle condizioni di funzionare, riducendone gli squilibri che gravano su famiglie e imprese e finanziare contemporaneamente il federalismo fiscale non potrà affidarsi a piccoli aggiustamenti, ma dovrà essere necessariamente riformato, in una prospettiva di ricomposizione unitaria, sulla base di priorità e di linee guida chiare negli obiettivi e nei profili distributivi, discussi ed approvati in Parlamento. Un tema, sia detto per inciso su cui non sembra che la maggioranza parlamentare abbia acquisito una reale consapevolezza.

L'opinione, diffusa anche tra i giuristi, ma non argomentata in maniera persuasiva che i vincoli posti dall'evasione e dall'elusione non consentirebbero di intervenire sulla struttura delle imposte perché nel breve periodo determinerebbero perdite di gettito incompatibili con le caratteristiche non solo dimensionali della spesa pubblica, si basa sul duplice assioma che il sistema tributario non funzioni correttamente per via dell'evasione e che eventuali misure correttive possano essere adottate solo in seguito al ridimensionamento dell'evasione stessa.

I dati relativi al gettito delle imposte sui redditi, richiamati in precedenza evidenziano invece sia l'insostenibilità del sistema vigente sotto il profilo economico e per gli effetti giuridici inaccettabili che esso determina dal punto di vista distributivo; sia l'urgenza di aggredirne le cause con interventi riformatori, coerenti ed inquadrati in un percorso pluriennale, per i quali il sistema tributario presenta sufficienti margini di manovra..

La crisi del sistema tributario è innanzitutto una crisi dei suoi fondamenti giuridici. Il ruolo del giurista è quello di governare i processi economici e sociali; non può quindi limitarsi ad descrivere i problemi, ma deve cercare di dare risposte ed indicare soluzioni idonee a rimettere in moto il sistema e a correggerne le conseguenze extrafiscali indesiderabili.

Sotto questo profilo anche l'evasione diffusa evidenzia un segno distintivo di uno stato di sofferenza del nostro sistema tributario. Tuttavia l'assenza di studi approfonditi sul fenomeno ha favorito l'immobilismo e la rimozione della necessità di analizzare criticamente l'impianto normativo relativo alle principali imposte.

Nessuno propone ricette miracolistiche attraverso tagli indiscriminati delle imposte: il nostro sistema economico dualistico non soltanto non parla americano, ma per le sue caratterizzazioni localistiche si esprime piuttosto con accentuazioni dialettali che in italiano: è

quindi del tutto improbabile una relazione positiva tra riduzioni fiscali indifferenziate ed aumento del gettito tributario, secondo la curva di Laffer.

Si tratta invece di recuperare con gradualità l'indirizzo innovatore, avviato con la legge 80/03 di riforma del sistema tributario, con l'obiettivo prioritario di ridurre il peso delle imposte sul reddito, che hanno tanta parte nella diffusione nell'economia irregolare; finanziando le riduzioni fiscali a favore delle famiglie, del lavoro e delle imprese, con recuperi di base imponibile e per la differenza con aumenti delle imposte indirette.

Un percorso di razionalizzazione del sistema tributario che ne migliori la qualità sia sotto il profilo distributivo, sia della competitività internazionale, spostando risorse dalle imposte dirette a quelle indirette per alcune decine di miliardi di euro, presuppone interventi sulle imposte sia in diminuzione sia in aumento.

Senza perdere di vista che l'immobilismo rappresenta un elemento di illusione finanziaria che nasconde, ma non salva dagli automatismi in aumento dell'IRPEF, che da sola rappresenta ormai oltre il 42% delle entrate tributarie; e che per gli effetti della riforma del 2007, in cui la logica giuridica era semplicemente assente, colpisce ormai per fino i redditi da pensione!

Deve essere chiaro che in Italia l'evasione diffusa è alimentata in prevalenza dalle incongruenze distributive del sistema tributario, e da evidenti carenze normative e strutturali che ne compromettono il corretto funzionamento prima ancora che il fondamento giuridico; mentre la crescita dell'economia irregolare, più diffusa nelle aree economicamente più deboli, ed a più elevata disoccupazione è determinata da un livello di imposizione per esse insostenibile.

La ricomposizione unitaria del sistema tributario, che significa innanzitutto recupero della sua dimensione giuridica, rappresenta quindi una priorità congiunturale, finalizzata a realizzare obiettivi strutturali.

È evidente infatti che l'allargamento degli imponibili ottenibile attraverso riduzioni mirate delle imposte sul reddito e dell'IRAP opererebbe essenzialmente in quei segmenti dell'economia in cui l'evasione diffusa e l'economia irregolare sono alimentate dalla convenienza ad evadere. Emergerebbero quindi imponibili evasi, ed elusi idonei, in presenza di politiche fiscali meno aggressive, a competere e agire sul mercato.

Il problema investe sia le persone fisiche sia le imprese. Per le persone fisiche è determinato essenzialmente da un impiego anomalo delle deducibilità (le deducibilità al 19% favoriscono gli accordi in danno del fisco) dalla scarsa attenzione ai redditi con carichi familiari e dalla eccessiva progressività marginale.

Nell'imposta sulle società, l'intervento sulle basi imponibili deciso nel 2008 ha ulteriormente ampliato la forbice che differenzia l'onere di fatto dell'IRES tra imprese medio grandi e piccole (in danno ovviamente di queste ultime).

Sotto questo profilo mentre l'attendismo che ha caratterizzato la politica tributaria del nuovo Governo negli ultimi mesi del 2008 e nella finanziaria 2009, quando ancora si prevedeva un andamento del PIL stazionario nel 2008 e in calo di soli 2 punti nel 2009, poteva apparire una comprensibile scelta di prudenza, per i profili finanziari della crisi internazionale che non hanno per fortuna coinvolto il nostro sistema bancario; l'aggravarsi della crisi pone

anche il giurista di fronte ad una serie di interrogativi.

Ci si deve domandare cioè se l'attendismo sia il modo migliore per governare le politiche pubbliche nei prossimi mesi o se al contrario l'accelerazione della crisi non imponga l'adozione di misure congiunturali più incisive, inserite in un disegno più ampio di politica economica teso a migliorare la qualità delle politiche industriali, tributarie, previdenziali, infrastrutturali, ecc.

Avendo chiaro che nel sistema complesso di regole che ne disciplinano l'azione, le variabili numeriche determinano effetti che incidendo sulla vita ed in definitiva sui diritti di milioni di soggetti, non solo persone fisiche, non possono essere estranei all'orizzonte di interessi del giurista, specie quando si occupa di politiche pubbliche o più specificamente di tributi.

Se, da febbraio, in poco più di tre mesi si è passati da un stima del calo dell'economia tra i 2 e i 2,6 punti di PIL, su base annua, a quello della Relazione unificata di finanza pubblica presentata dal Governo il 2 maggio che fissa l'asticella della recessione ad un livello mediamente doppio (4,2 %), e a quello dell'ISTAT che dieci giorni dopo ha comunicato un calo del 2,4% nei primi tre mesi del 2009 (pari a 5,9% su base annua), ci si deve chiedere se l'azione pubblica debba limitarsi soltanto all'ampliamento degli ammortizzatori per contrastare gli effetti sociali della crisi, una scelta scontata per qualsiasi sistema di Governo a base democratica.

O se non sia invece necessaria una più decisa azione di politica industriale a sostegno dell'economia, anche attraverso l'adozione di misure a carattere tributario, che incidano positivamente sulla crescita economica, non solo con strumenti incentivanti ma anche attraverso un trade-off positivo tra riduzioni fiscali selettive nelle imposte sul reddito e nell'IRAP e l'aumento del gettito dell'IVA e delle altre imposte indirette.

Gli effetti del rallentamento dell'economia sul gettito tributario, già evidenti nei primi mesi del 2009, in assenza di politiche finalizzate a contrastare una riduzione degli imponibili nelle imposte sui redditi e nell'IRAP, che potrebbe estendersi a più anni, sono purtroppo destinati ad aggravarsi in futuro.

Mentre il calo del gettito dell'IVA registra il rallentamento dell'economia ed è quindi destinato ad una rapida inversione di tendenza appena il ciclo darà segnali di ripresa, per le imposte sulla produzione e sul reddito il quadro, specie in Italia, è notevolmente diverso. Il Governo si è fin preoccupato di allargare la fascia di protezione degli ammortizzatori sociali a categorie che in precedenza ne erano prive e di estenderne la portata temporale.

Ma vi è un segmento dell'economia italiana, che vive in simbiosi con l'economia regolare, caratterizzato da ampie zone grigie. Se la crisi recessiva durerà troppo a lungo e non sarà sufficientemente contrastata con interventi di sostegno a favore delle imprese e dei redditi di lavoro, vi è il rischio concreto che al rallentamento delle attività regolari corrisponda la fuori uscita dal mercato di ampie zone di economia grigia o informale. Insomma, non essendo stati capaci negli ultimi anni di creare condizioni per l'emersione e il consolidamento della parte più dinamica dell'economia grigia, essenzialmente a causa di una politica tributaria troppo onerosa e mal distribuita rischiamo alla fine della crisi di avere una economia regolare più debole, senza neppure il parziale ammortizzatore dell'economia irregolare.

Sotto questo profilo, il confronto coi dati relativi all'andamento della crisi in Germania e in Francia, offre al giurista qualche spunto di riflessione per indirizzare alcune scelte a carattere congiunturale.

La Germania, nonostante la forza della sua economia, è un Paese con un sistema istituzionale e politico in crisi da molti anni, al quale in Italia si guarda con eccessiva superficialità come ad un possibile modello.

La Francia con un buon sistema di sicurezza sociale e con un ordinamento tributario che finanzia un livello di spesa pubblica non inferiore al nostro, senza aggredire fiscalmente le famiglie e le imprese, ha visto la sua economia arretrare nei primi tre mesi del 2009 ad un tasso (1,2%) che è la metà di quello italiano (2,4%) e meno di un terzo di quello della Germania (3,8%).

Se si confrontano questi dati con le previsioni sull'andamento dell'economia, nei prossimi due anni, formulate dall' OCSE e dal FMI, sostanzialmente confermate dalla RUEF, l'elemento che differenzia la Francia, rispetto alla Germania e all'Italia è che in seguito alle misure di sostegno dell'economia adottate dai tre Paesi, quello che registrerà gli effetti meno negativi sarà la Francia, che ha potuto impostare una politica anticiclica più ampia di quella dell'Italia, caratterizzata da un debito pubblico molto più elevato e della Germania, che per ragioni elettorali (a settembre si rinnova il Parlamento) non ha potuto fare di più.

La conclusione per l'Italia mi sembra evidente: l'aumento senza freni dell'IRPEF sui salari, le pensioni, ed in genere sui redditi personali non potrà essere lasciato andare all'infinito senza correttivi, per le conseguenze inaccettabili che determina, sia sotto il profilo distributivo, sia della domanda interna e più in generale sull'economia.

Un obiettivo prioritario potrebbe essere quello di contrastare, nei limiti del possibile, attraverso l'adozione di incentivi fiscali anticiclici, la tendenza in atto alla contrazione del PIL (e delle entrate indotta dalla recessione) e di anticipare alcune linee di un più ampio disegno di ricomposizione del sistema tributario, da attuare per gradi nell'arco di alcuni anni.

La finalità strategica della riforma dovrebbe essere non solo quella di correggere l'attuale squilibrio tra imposte dirette e indirette, che, come abbiamo evidenziato, vedono le prime rappresentare circa il 60 % del totale delle entrate tributarie dello Stato; ma quella non meno importante di fare emergere gradualmente quote di attività precedentemente sommerse o almeno in parte irregolari agendo sull'aumento del denominatore del PIL, per migliorarne il rapporto rispetto al debito pubblico, senza penalizzare la crescita economica.

Un obiettivo che, come dimostra l'esperienza delle riduzioni fiscali decise dal Presidente Berlusconi, con la finanziaria 2005, offre in Italia margini di successo molto più elevati rispetto a Paesi caratterizzati da minore diffusione dell'economia irregolare, e più in generale da minore convenienza ad evadere. E che quindi rende praticabile un ampio scambio tra riduzioni fiscali mirate ed aumento atteso degli imponibili, mantenendo margini di sicurezza attraverso la possibilità di aumentare alcune imposte indirette, in caso di necessità, per garantire complessivamente la tenuta del gettito al netto delle misure di alleggerimento dell'imposta sui redditi.

In ogni caso il successo di misure fiscali con questa finalità presuppone un'attenta valutazione degli strumenti giuridici impiegati, che devono essere intrinsecamente coerenti con gli obiettivi non soltanto giuridici. Se ad esempio lo scopo prioritario da raggiungere è quello di

far emergere quote di economia irregolare o di redditi familiari non dichiarati, non ci si deve preoccupare, come è avvenuto in un recente passato di eventuali aree di incapacità, per le quali spesso i bonus rappresentano premi fiscalmente indebiti, e la cui soluzione andrebbe invece affidata a politiche di assistenza.

4) *Il sistema tributario e l'economia in recessione: alcuni elementi per l'approfondimento dei profili giuridici.*

I dati e le indicazioni richiamati in precedenza, hanno messo in luce alcuni dei più evidenti elementi di criticità dell'ordinamento tributario vigente; mi sembra ora utile indicare alcune priorità ordinamentali finalizzate ad armonizzare le misure tributarie di breve periodo, a carattere congiunturale, che potrebbero entrare in futuro nell'agenda del Governo, con un disegno organico di riequilibrio del sistema tributario di ampio respiro, finalizzato a migliorarne il rapporto tra competitività efficienza ed equità.

L'intensità e il carattere internazionale della recessione, che ha colpito tutti i principali Paesi industrializzati, possono rappresentare quindi un'occasione per anticipare, con misure a carattere congiunturale, un disegno organico di politica tributaria che riprenda, aggiornandolo, l'impianto innovatore della legge 80/2003, di riforma del sistema tributario dello Stato.

L'avvio del federalismo fiscale per il quale il Governo ha ottenuto un'ampia delega dal Parlamento proprio in questi giorni, si basa su due pilastri fondamentali: l'armonizzazione dei bilanci pubblici, senza la quale nessun sistema di decentramento autonomistico può funzionare; un sistema tributario statale, chiamato tra l'altro ad attuare la compartecipazione al gettito dei tributi erariali degli enti territoriali, e la perequazione, caratterizzato da efficienza economica, chiarezza e trasparenza nei profili distributivi.

Una condizione questa che l'esperienza degli effetti della politica tributaria negli anni scorsi ha evidenziato quanto sia lontana dall'essere acquisita.

Il primo più evidente elemento di criticità del nostro sistema tributario è rappresentato dell'imposta sui redditi personali. La crisi dell'IRPEF, un tema che si può dire abbia accompagnato la nuova imposta sin dalle origini, che la riforma tributaria del 2003 aveva cercato di affrontare con un modello di imposizione a due scaglioni ed un ampio impiego di deduzioni, per assicurarne la progressività, ed attuato in misura molto parziale tra il 2003-2005 per difficoltà di bilancio, unite a resistenze interne alla maggioranza parlamentare, è stata accentuata dalla ulteriore riforma del 2007 che, come abbiamo visto, ha aumentato il prelievo in due anni di quasi 22 miliardi di euro, di cui ben 14,3 a carico dei redditi di lavoro dipendente.

Al netto dell'aumento delle retribuzioni la crescita dell'imposta sul lavoro ha sfiorato nel biennio 2007/2008 gli 8 miliardi di euro.

Un risultato che non può essere corretto, all'evidenza con aggiustamenti parziali. Una prima questione di rilievo quando si esamina l'IRPEF riguarda la scarsa attenzione prestata dal tributo personale al tema degli oneri familiari.

La questione della considerazione del ruolo della famiglia nella determinazione dell'imposta personale nei confronti dei contribuenti con familiari a carico rappresenta ormai

un tema particolarmente sentito nell'opinione pubblica, che conduce di tanto in tanto qualche esponente politico a chiedere l'introduzione di un sistema di tassazione dei redditi su base familiare basato sul modello del quoziente familiare francese.

Si tratta, è bene sottolinearlo di un' ipotesi suggestiva fondata su una conoscenza molto approssimativa del modello di imposizione sui redditi vigente in Francia, sedimentatosi in quel paese nell'arco di un sessantennio; una soluzione sostanzialmente impercorribile in Italia, almeno in una prima (e lunga fase) neanche nella forma più attenuata dello splitting tedesco.

In Francia nel 2007 l'IRPP ha incassato 57 miliardi di euro contro i 162 miliardi riscossi in Italia in quello stesso anno dall'Irpef . Poiché è evidente che non vi è alcuna possibilità di tagli del gettito IRPEF dell'ordine dei 100 miliardi di euro, ne è pensabile di poter spostare una cifra di queste dimensioni su altri tributi, ammesso che sia utile, il che è quantomeno dubbio, qualsiasi modello di tassazione dei redditi familiari che adottasse uno schema di tipo francese, sia pure attenuato, avrebbe in Italia come risultato di essere indifferente rispetto alla situazione attuale per i redditi modesti e medi e di favorire esclusivamente i percettori di redditi più elevati: ipotesi quindi impraticabile per ragioni di buon senso, prima ancora che giuridiche.

Analoghe considerazioni possono essere estese al modello dello splitting tedesco che elimina in radice il problema della penalizzazione fiscale delle famiglie monoreddito e che limita lo sconto fiscale al solo coniuge e ai figli.

Entrambi i sistemi, se applicati ai redditi prodotti in Italia, avrebbero probabilmente effetti sorprendenti sulla lievitazione dei redditi dichiarati e farebbero sparire quasi per miracolo l'evidente incongruenza di un numero così elevato di redditi troppo compressi, che emerge dai dati relativi alle dichiarazioni del 2006, richiamati da Palladini.

Purtroppo si tratta di una strada impraticabile, almeno nel breve periodo, perché una rivoluzione copernicana nella tassazione dei redditi personali, come quella della applicazione dello splitting tedesco, sia pure graduale, partendo dai coniugi ed estendendola l'anno successivo ai figli, non sarebbe gestibile, in termini di riflessi sul gettito dell'anno successivo, da un'Amministrazione che, a prescindere dall'indirizzo politico, ha dimostrato di non essere in grado di stimare neppure i numeri delle social card!

Una soluzione percorribile da subito potrebbe essere invece quella di favorire una graduale significativa riduzione dei carichi familiari attraverso una serie di deduzioni sia personali moderatamente decrescenti, sia effettive (non quindi al 19%) collegate a spese assunte per i bisogni della famiglia, con l'obiettivo complementare di far emergere attività precedentemente ignote al fisco, e di favorire anche per questa via il graduale riequilibrio del debito pubblico, attraverso la crescita del denominatore del PIL.

Vale forse la pena di ricordare che, anche a non voler considerare la riforma dell'IRPEF del 2007, i cui effetti distributivi a 2 anni di distanza si sono dimostrati non soltanto diversi da quelli enunciati, ma hanno determinato per via della progressività marginale più elevata, ulteriori aggravii sui contribuenti con familiari a carico sicuramente illegittimi, la più evidente criticità del nostro modello di imposizione personale è rappresentato dalla sottovalutazione dei costi che gravano, a parità di reddito sui contribuenti con familiari a carico, sia dalla penalizzazione delle famiglie monoreddito.

Se a questo dato si aggiunge che le attività di lavoro autonomo e d'impresa individuale, il cui valore aggiunto tende se non a identificarsi, ad essere in larga prevalenza, determinato dal proprio reddito di lavoro, subiscono attraverso l'IRAP un'addizionale all'imposta personale, di legittimità assai dubbia e il cui onere relativo è proporzionalmente maggiore per i contribuenti con redditi modesti, si comprende facilmente, sia il proliferare delle attività irregolari e dell'evasione (dal secondo lavoro non dichiarato, agli straordinari e ai premi fuori - busta corrisposti ai lavoratori dipendenti, alle prestazioni di servizi senza addebito dell'Iva, ecc.) sia la distanza che separa il nostro modello d'imposizione personale dagli omologhi francese, inglese, tedesco e spagnolo.

Tra l'estate 2008 ed oggi il Governo Berlusconi ha adottato, prescindendo delle misure di sostegno sociale per contenere gli effetti della crisi sull'occupazione, una serie di interventi a carattere tributario, o che gli somigliano, negli effetti, salvo il carattere una tantum (social card, bonus famiglia, rottamazione auto ed altre misure di sostegno dell'economia, ecc.) ben più consistenti rispetto alle prime misure previste nel decreto di accompagnamento alla legge finanziaria di dicembre.

Si può discutere dell'opportunità in una fase di grave incertezza finanziaria di mettere in campo ulteriori risorse, facendo ricorso all'indebitamento a breve, caratterizzato da tassi di interesse particolarmente vantaggiosi per l'erario, tenuto conto che molte delle voci di spesa, relative al sostegno dei redditi, o più in generale di incentivazione a favore della produzione o dell'occupazione, verranno meno con la ripresa economica.

Quello che mi sembra certo è che l'assenza di un disegno di politica tributaria, che evidenzia una svolta rispetto alla politica fiscale dell'ultimo biennio, ed indichi un indirizzo alternativo nel segno di un recupero di competitività e di equilibrio sotto il profilo distributivo, limiterà alquanto anche gli effetti positivi delle misure di sostegno dell'economia fin qui adottate. Alle quali si può muovere un ulteriore rilievo rispetto a quello evidenziato per la politica tributaria: la frammentazione degli interventi ereditata dal precedente Governo e l'assenza di un disegno di politica industriale inserito in un più ampio orizzonte di politica economica in cui, per le ragioni che abbiamo cercato di evidenziare in precedenza, la politica tributaria svolge un ruolo determinante.

Vorrei chiarire meglio un punto di rilievo che emerge dalle considerazioni sin qui svolte: l'attendismo in campo tributario, confermato dalla RUEF in questi giorni, rischia se possibile di fare ancora più danni di quelli prodotti dal movimentismo inconcludente quando non controproducente di Padoa Schioppa e di Visco.

La recessione infatti può alimentare l'illusione che tutto si sia fermato, mentre è esattamente il contrario. La parte più dinamica della società, non solo in Italia, reagisce innovando e da questo punto di vista nulla più dell'esempio della FIAT dovrebbe aprire gli occhi!

In assenza di correttivi, che significherebbero innanzitutto una distribuzione del prelievo secondo modalità che favoriscano lo sviluppo di produzioni di beni e servizi in Italia e quindi la crescita del PIL, il fisco ereditato da Visco non solo continuerà a produrre danni, ma li accentuerà; favorendo ulteriormente la segmentazione della società e l'aumento delle diseguaglianze.

Una parte dell'establishment ha espresso critiche essenzialmente di tipo quantitativo

rispetto alla politica del Governo, sottolineando il rischio che un atteggiamento eccessivamente prudente possa sconfinare nell'immobilismo. Le mie riserve sono invece di segno diverso: vedo una diffusa continuità innanzitutto culturale, non solo nella politica tributaria, che non mi sembra in sintonia con le rivendicazioni espresse dal voto della primavera scorsa.

Di questa continuità sono espressione evidente la conferma, nell'ultima finanziaria, delle tante agevolazioni a pioggia introdotte nel 2007 e nel 2008 dal Governo Prodi, praticamente irrilevanti, singolarmente, ma onerose per la finanza pubblica; i nuovi bonus che al di fuori di un coerente disegno di politica tributaria accentuano le disuguaglianze e aumentano, premiandola, l'economia irregolare; le social card ad un terzo dei beneficiari preventivati, etc... Leggendo la RUEF con gli occhi del giurista questa sensazione non si è dissolta, anzi.

Vi ho colto infatti molta attenzione ai riflessi sociali della crisi, nei confronti dei quali il Governo si è impegnato a trovare le risorse necessarie. Quello che sorprende è invece la resistenza ad immettere risorse mirate nel sistema secondo un disegno complessivo di politica economica che si ponga l'obiettivo di attenuare i riflessi della crisi a partire dall'industria manifatturiera con incentivi sia all'occupazione, sia agli investimenti e di favorire l'innovazione per agganciare la ripresa appena l'economia riprenderà a crescere.

Mentre sono ovvi i motivi che spingono ad estendere, se necessario anche dal punto di vista temporale gli ammortizzatori sociali, non riesco a trovare una spiegazione plausibile alla resistenza ad adottare misure selettive, fiscali, contributive e creditizie, a favore di quelle imprese che rinnovano alla scadenza i contratti a termine e comunque non espellono manodopera dal proprio ciclo produttivo, o che anticipino ristrutturazioni di processo finalizzate ad aumentarne la competitività.

Dopo quello che si è visto in Europa negli ultimi sei mesi in tema di aiuti di Stato non mi sembra un'equazione a troppe incognite l'adozione di misure temporanee di sostegno all'occupazione e all'innovazione tecnologica, anche oltre i limiti della regola "de minimis"; misure che oltretutto, almeno nel breve periodo, si autofinanziano.

Nel 2009 il forte calo del PIL, in mancanza di misure correttive, potrebbe comportare riduzioni del gettito di alcune imposte (in particolare l'IRES, l'IRAP e l'IVA, ed in parte anche l'IRPEF ed alcune imposte sostitutive), oscillanti tra i 13 e i 15 miliardi di euro.

Una cifra realistica, meno ottimistica rispetto agli 8 miliardi stimati dalla RUEF presentata da Tremonti il 2 maggio, giustificata a mio parere proprio dall'assenza di un disegno percepibile di politica tributaria, non solo congiunturale. Una scelta questa incomprensibile, perché sembra ignorare la molteplicità degli elementi distorsivi che caratterizzano negativamente l'ordinamento tributario, e che ove corretti avrebbero effetti positivi sul gettito complessivo, nonostante la recessione.

I dati delle entrate tributarie nel primo trimestre 2009 indicherebbero un trend ancora meno favorevole, specie dal lato delle imposte sui redditi e dell'IVA. Ma, se come sembra, gli effetti della crisi sull'occupazione potrebbero risultare meno gravi delle previsioni formulate da ultimo dall'OCSE e del FMI, il calo delle entrate potrebbe essere meno drammatico, ma anche avere effetti di trascinarsi più ampi nel 2010. Quello che si può affermare fin da ora è che l'esperimento, introdotto per motivi contingenti con il dl 112/08, fondato sul divieto di

impiegare la legge finanziaria come strumento per incidere sull'economia attraverso la politica di bilancio, non ha dato i risultati attesi e va quindi accantonato.

Anche perché la sottrazione degli interventi sull'economia alla legge finanziaria e al bilancio, non ne elimina evidentemente la necessità; e quindi ha obbligato il Governo ad inseguire la crisi con interventi settoriali privi di coordinamento che non sempre si inseriscono o comunque esprimono un indirizzo univoco coerente con la politica di bilancio percepibile dal sistema economico e più in generale dalla cittadinanza.

In definitiva se la sterilizzazione della finanziaria ha consentito al Governo di avviare la propria attività senza intervenire se non marginalmente sul sistema fiscale e quindi senza la necessità di operare alcuna scelta impegnativa, tuttavia questa che poteva apparire una comoda scorciatoia sta avendo come conseguenza un effetto sulle entrate simmetrico a quello del 2006/2008, ma di segno opposto. L'eccesso di elasticità del sistema tributario rispetto al PIL, ereditato dal Governo Prodi sta accentuando le conseguenze della crisi sulla finanza pubblica anche dal lato delle entrate.

Per contrastare questa tendenza, tenendo conto di precedenti esperienze, occorrerebbe avviare subito un'analisi ragionata dei flussi di cassa nel periodo 2002/08 e dell'impatto delle misure discrezionali adottate dai Governi che si sono succeduti in quegli anni, per evidenziare con più precisione gli effetti positivi sul gettito delle riduzioni d'imposta stabilite tra il 2002 e il 2005, al netto delle una tantum.

Ad una lettura attenta le conseguenze positive di quella politica tributaria furono fin da allora evidenti non soltanto sotto il profilo distributivo; anche se ignorate dal partito trasversale della spesa pubblica, che vede nelle riduzioni fiscali una minaccia per assetti e privilegi consolidati.

Analogamente sarebbe opportuno analizzare le ricadute negative sul PIL determinate dal carattere troppo restrittivo della politica tributaria del biennio 2006/07, che ha soffocato la ripresa, anziché rafforzarla ed ha anticipato, alimentandola almeno in parte, l'attuale lunga fase recessiva; per definire i confini entro i quali è possibile manovrare le imposte, senza determinare brusche frenate dell'economia.

Un dato appare comunque incontrovertibile: negli ultimi anni, Governi di segno politico diverso hanno evidenziato una comune difficoltà a calcolare correttamente gli effetti di gettito della politica tributaria: questione che non può essere rimossa o peggio ignorata.

Nessuno credo dubiti che non fosse nelle intenzioni di Giulio Tremonti di lasciare al proprio successore nel 2006, 22 miliardi di maggiori entrate rispetto alle previsioni di bilancio; o che Vincenzo Visco, che non ha mai sostenuto che le tasse sono bellissime, avrebbe attuato la riforma dell'IRPEF del 2007, almeno con quelle modalità, se avesse avuto sentore degli effetti negativi che avrebbe determinato a partire dall'aggravio sui lavoratori dipendenti, che tanto ha inciso sul risultato elettorale della primavera 2008.

Anche le social card, introdotte con il dl 112/08 i cui beneficiari erano stati stimati dal Governo in oltre 1 milione e mezzo, si sono fermate a poco più di mezzo milione di tessere distribuite. Il dato numerico potrebbe esser corretto l'anno prossimo, ma la differenza così macroscopica non può non far dubitare della capacità del sistema pubblico, non solo tributario, di valutare le conseguenze reali delle decisioni assunte.

In questo senso una attenta valutazione degli effetti moltiplicativi sul gettito tributario

delle riduzioni mirate dell'IRPEF e dell'IRAP, attuate nel 2005, e da noi richiamate in precedenza, appare indispensabile per l'individuazione di misure di sostegno dell'economia di tipo tributario a più elevato impatto positivo sul gettito complessivo, da adottare nei prossimi mesi, con il duplice obiettivo di sostenere le famiglie e le imprese e di contrastare attraverso l'emersione di quote di economia irregolare il calo del PIL determinato dalla recessione.

Sono convinto che la prudenza con cui il Ministro dell'Economia on. Tremonti ha fin qui gestito la politica di bilancio, apprezzata anche in Europa, e che ha contribuito ad assicurare i mercati sulla tenuta del nostro debito pubblico sia stata nel complesso saggia; specie se non si perde di vista, che in autunno l'incertezza sulla tenuta dei mercati finanziari era particolarmente elevata. Proprio quella politica prudenziale offre oggi i margini per avviare un disegno di politica tributaria che segni, innanzitutto sotto il profilo qualitativo, una forte discontinuità rispetto agli indirizzi dell'ultimo biennio, il cui esito negativo non richiede particolari commenti, sia dal punto di vista distributivo, sia degli effetti sull'economia.

Anche perché, a parte l'opinabilità della tesi che basti non mettere le mani nelle tasche degli italiani per avere una buona politica tributaria, che ha fin qui condizionato il Governo paralizzandone le scelte, l'"effetto *fisco*" continua ogni mese o due volte all'anno a seconda dei casi, attraverso la crescita senza freni dell'IRPEF, a mettere le mani non solo nelle tasche, dove in genere si custodiscono gli spiccioli, ma nel portafoglio degli italiani. E dal punto di vista non solo dei contribuenti, ma dell'economia, che l'"effetto *fisco*" si materializzi per conto di Prodi o di Berlusconi, il risultato non cambia.

La pubblicazione dei dati delle entrate tributarie dello Stato relativi al 2008, ha reso ormai impraticabile l'ulteriore occultamento, da parte del partito della spesa pubblica e delle politiche tributarie di favore, degli effetti negativi della riforma dell'IRPEF del 2007, una riforma motivata con l'obiettivo di riequilibrare la riduzione dell'IRPEF attuata nel 2005, con il secondo modulo della legge 80/2003, considerata dal Governo Prodi troppo generosa nei confronti dei redditi medi, e trasformata in un boomerang, per altro prevedibilissimo, nei confronti dei redditi da lavoro, specie dipendente.

L'IRPEF, per chi non lo vuole ancora capire è ormai una macchina fuori controllo, in cui sono saltati tutti i paradigmi giuridici, con evidenti effetti depressivi non solo sulla domanda interna, ma con esiti distributivi privi di ragionevolezza che, ove non corretti rapidamente, rischiano di determinare conseguenze al limite della disgregazione sociale: le molteplici incongruenze normative dell'IRPEF richiamate in precedenza sottolineano che l'evasione strutturale non è la principale causa della crisi dell'IRPEF ma ne rappresenta una inevitabile conseguenza!

In ogni caso non vi è alcuna contraddizione tra l'esigenza prioritaria di correggere gradualmente le distorsioni distributive dell'IRPEF, richiamate in precedenza che ne accentuano anche dal punto di vista economico l'insostenibilità; e la prosecuzione delle attività di controllo finalizzate a scoraggiare l'evasione affinando le capacità di contrasto.

Come è stato evidenziato circa un anno fa in un saggio del prof. Ricolfi, che studia analisi dei dati, il tema del contrasto all'evasione è stato quello su cui il Governo Prodi, con la complicità di lobbies economiche e dei Giornali di riferimento, interessati ad ottenere vantaggi fiscali, ha realizzato risultati pratici marginali, ma anche una significativa attenzione e successo mediatico. Tanto vero che il Presidente Berlusconi, sempre attento alla comunicazione ha

adottato, con una comprensibile minore enfasi, un linguaggio analogo.

Ma l'aver posto sotto i riflettori il tema dell'evasione, di indubbia suggestione mediatica, è stato accompagnato, come ho sottolineato in precedenza, da un sostanziale insuccesso sotto il profilo tributario. Certo alcune misure adottate da quel Governo, dalla attrazione all'imposta di registro della maggior parte dei trasferimenti immobiliari, precedentemente assoggettati all'IVA, al reverse charge in edilizia, sempre in tema di Iva, ad alcune disposizioni antielusive, hanno avuto effetti positivi.

Ma nulla può riequilibrare le conseguenze della riforma dell'IRPEF che, al di là di evidenti profili di illegittimità, ha determinato, certo oltre le intenzioni, un aggravio del prelievo sui redditi di lavoro, con contraccolpi sull'intera economia che, come dimostrano i dati del gettito del 2008, si può definire con una sola parola: insensato.

Un risultato che probabilmente poteva essere evitato se la riforma dell'IRPEF fosse stata il risultato di un serio confronto parlamentare, come era avvenuto in precedenza con la legge 80/2003.

Fallimento che occorre sottolinearlo è conseguenza diretta della pretesa di riformare la principale imposta dell'ordinamento tributario, in maniera surrettizia con la legge finanziaria. Uno strumento inidoneo anche sotto il profilo istituzionale a introdurre nell'ordinamento disposizioni a carattere ordinamentale, che avrebbe richiesto quanto meno una documentazione meno fantasiosa ed approssimativa degli effetti distributivi e di gettito, ed un minimo di rispetto per elementari principi giuridici.

Anche il tema della tracciabilità (conto professionale, limitazione dei pagamenti in contante, divieto di circolazione dei piccoli assegni, registro dei clienti e dei fornitori nell'Iva, ecc.) più volte evocato da esponenti del Governo Prodi come esempio di una politica attiva di contrasto all'evasione, che sarebbe stata in parte abbandonata dal nuovo Governo, merita qualche attenzione.

L'idea di poter contrastare l'evasione, in una realtà caratterizzata da economia irregolare ed evasione diffusa, attraverso il divieto dell'uso del contante e la limitazione alla circolazione dei piccoli assegni, che rappresentano nell'economia minore, prima ancora di un mezzo di pagamento, uno strumento di credito tra operatori che si conoscono tra di loro, evidenzia una conoscenza quantomeno approssimata della società che si ha la pretesa di governare; ed infatti l'uso del contante, tra il 2006 e il 2008, non si è affatto ridotto, anzi.

In compenso l'impiego degli assegni è diminuito, negli ultimi due anni, in misura imponente, senza alcun effetto dal punto di vista del contenimento dell'evasione, e dell'economia irregolare.

Sotto questo profilo l'eccesso di produzione normativa che ha caratterizzato la legislazione antievasione tra il 2006 e il 2007, più che evidenziare una linea di politica tributaria, ne ha posto in luce l'improvvisazione e i limiti.

L'evoluzione della struttura economica italiana in atto da almeno 20 anni, e la necessità di favorire la crescita dimensionale delle imprese anche al fine di aumentarne la produttività, rappresentano un terreno favorevole per ridurre gli spazi all'evasione e all'economia irregolare; ma questa tendenza dovrebbe essere assecondata da un' incisiva trasformazione del sistema tributario che accompagni l'allargamento degli imponibili, con riduzioni di imposta mirate, finalizzate al raggiungimento di questo obiettivo, che per essere

effettivo e duraturo deve essere accompagnato da una ragionevole gradualità. L'idea che la riduzione delle imposte possa essere attuata solo nei limiti del recupero dell'evasione è del tutto fuorviante: il grosso dell'evasione fiscale contributiva si concentra infatti nel lavoro dipendente e può essere gradualmente contenuta solo rimuovendo la convenienza a distribuire una parte della retribuzione al nero.

La moltiplicazione degli adempimenti burocratico-contabili, e l'aumento generalizzato delle imposte in tutta la vasta platea dei contribuenti che determinano il dovuto in base alla dichiarazione, che ha caratterizzato la politica tributaria nel 2006/2007 non ha conseguito, purtroppo, come dimostra l'andamento del gettito delle principali imposte nel 2008, i risultati attesi in termini di riduzione dell'evasione, mentre ha inciso negativamente sull'economia ed ha ulteriormente ridotto la competitività fiscale del sistema.

In questo senso anche la prudenza che ha caratterizzato fin qui la politica tributaria del Ministro dell'Economia, on. Tremonti, giustificata dalla gravità della crisi internazionale, non potrà continuare a lungo senza aggiustamenti.

5) *Interventi congiunturali e riforma del sistema tributario: l'abolizione dell'IRAP, una sfida per il rilancio dell'economia italiana.*

L'eliminazione di alcuni adempimenti tra i più vessatori ed inutili, a cominciare dalla portabilità degli assegni minori, decisa dal Ministro dell'Economia on. Tremonti all'atto dell'insediamento del nuovo Governo, è stata sicuramente utile per ridare ossigeno all'economia diffusa. Non meno importante è stato il messaggio di stabilità dell'ordinamento, implicito nella scelta di non seguire l'indirizzo precedente, caratterizzato da continue modifiche delle principali imposte motivato dall'obiettivo della lotta all'evasione.

Obiettivo doppiamente illusorio perché le novità a getto continuo non aiutano certo l'Amministrazione Finanziaria che è costretta ad inseguire il legislatore, piuttosto che a dedicarsi alla gestione dei tributi, di cui il contrasto all'evasione costituisce soltanto uno degli aspetti: l'aumento del costo degli adempimenti tributari insito in una concezione fiscalista sostanzialmente autoritaria dell'esercizio della potestà tributaria, che sia detto per inciso non è quella delineata dalla Costituzione, tende ad ampliare il delta della convenienza ad evadere, ulteriormente lievitato in seguito alla riforma strutturale dell'IRPEF del 2007.

L'idea che l'attività finanziaria sia nel nostro ordinamento sostanzialmente libera, e che il principio di capacità contributiva sia rispettato, se i diversi tributi siano accompagnati da un generico vincolo di coerenza sistematica rappresenta una visione riduttiva e limitante del complesso ed armonico disegno costituzionale.

La sovranità, che la Repubblica nelle diverse articolazioni esprime nell'imporre i tributi, è quella espressa dal secondo comma dell'art. 1 della Carta costituzionale. Ne deriva che l'esercizio della potestà tributaria deve esercitarsi nelle forme (la legge) e nei limiti stabiliti dalla Costituzione, che non si esauriscono in un generico collegamento del presupposto con il principio di capacità contributiva, ma ne condizionano la sussistenza al fatto che essa si eserciti in armonia con la Costituzione, secondo quanto stabilito dall'articolo 119 II comma della Cost.

Questa disposizione a carattere generale introdotta nel 2001 con la riforma del titolo V della Costituzione, non ha portata innovativa, in quanto nell'articolo 53 Cost. è insita sia la funzione di limite alla discrezionalità legislativa, sia il ruolo di garanzia nei confronti dei contribuenti. Ma il suo richiamo nell'articolo 119 Cost. nel testo novellato costituisce un elemento aggiuntivo, rafforzativo delle garanzie costituzionali in tema di esercizio del potere di imposizione, ed offre un ulteriore supporto all'interpretazione funzionale delle principali disposizioni della legge 21/2/2000, che disciplinano i limiti del potere d'imposizione e i diritti dei contribuenti, offerta anche recentemente dalla Corte di Cassazione.

Quindi, l'obiettivo legittimo di contrastare l'evasione, non può essere trasfuso in norme ed adempimenti che aumentino a dismisura gli oneri a carico dei contribuenti, avuto riguardo anche al contenuto economico della pretesa tributaria.

In questo senso si può parlare di elasticità della norma tributaria, e di compatibilità con il principio della ragionevolezza, rappresentato dalla difficoltà di provare in fatto che tale rapporto sia stato disatteso, nell'applicazione di disposizioni a carattere tributario.

Ma questo limite, è ovvio, non rende libero e senza limitazioni l'esercizio della potestà tributaria.

Proprio, la struttura delle imposte sul reddito e dell'IRAP, malamente riformate tra il 2006 e il 2007, evidenzia l'urgenza di un disegno di politica tributaria che indichi una chiara discontinuità rispetto al recente passato, non soltanto in termini di semplificazione ma di recupero dei principi.

Una politica tributaria che inserisca le misure congiunturali che verranno decise nei prossimi due anni, in un più vasto disegno di riforma, con l'obiettivo di restituire all'insieme delle principali imposte un carattere di sistema, coerente con i principi costituzionali ed in linea con l'esigenza di accrescere la competitività dell'economia italiana e di favorire l'emersione di una quota del PIL sommerso. Esigenza quest'ultima resa ancora più urgente dalla recessione.

Il Governo, sia per obiettivi congiunturali, sia per contrastare il calo delle entrate nei primi mesi del 2009, potrebbe anticipare a luglio le linee di politica tributaria per il biennio 2010/11, con l'obiettivo prioritario di riequilibrare gradualmente il rapporto tra imposizione diretta e indiretta, essenziale per aumentare la competitività del sistema, e per ridurre il peso delle imposte sul reddito e sulla produzione, più esposte all'andamento congiunturale, sul gettito totale.

In questa fase le esigenze di riequilibrio del sistema tributario dovrebbero orientare il Governo a concentrare gli interventi congiunturali sull'IRPEF e sull'IRAP, finanziandoli almeno parzialmente con l'adeguamento di alcune accise ed imposte indirette, secondo una linea anticipatrice, coerente con una più ampia prospettiva di riforma di queste due imposte.

Esigenza quest'ultima centrale non soltanto per razionalizzare il sistema tributario ma anche per rendere possibile l'avvio del federalismo fiscale, per la cui realizzazione occorrerà intervenire anche con risparmi che incidano sulla spesa corrente, secondo le linee delineate dal rapporto sulla finanza pubblica del dicembre scorso del centro di ricerca "Economia Reale".

Una opzione congiunturale ragionevole potrebbe essere, per l'IRPEF, quella di detassare da subito i trattamenti della cassa integrazione (una misura di solidarietà interna al lavoro dipendente che costa poco, è finanziata per cifre multiple dal drenaggio fiscale a carico

dell'insieme del lavoro dipendente ed avrebbe un impatto positivo non soltanto sotto il profilo psicologico ma anche della tenuta della domanda dei lavoratori a rischio di sospensione) e di ritornare dal 2010, con i correttivi, dettati dall'esperienza, al sistema di deduzioni (no tax area e family area) vigente fino al 2006, per porre un freno sia al drenaggio fiscale sia agli eccessi della progressività marginale sui redditi, specie familiari, sia all'eclissi del principio di equità orizzontale.

Vale forse la pena di ricordare che, in assenza di modifiche incisive l'IRPEF appare ormai un'imposta di difficile gestione, specie sotto il profilo distributivo, che continua a drenare risorse crescenti in danno dei contribuenti con redditi modesti e medi.

L'IRPEF, dopo la riforma del 2007, è caratterizzata da una pluralità di curve di progressività (a seconda si sia destinatari di una o più detrazioni decrescenti) che incidono, anche per effetto dell'inflazione, sull'equità sia orizzontale sia verticale in maniera del tutto irragionevole.

Per comprendere gli effetti distributivi dell'IRPEF basta ricordare che quest'anno i contribuenti appartenenti alle fasce comprese tra i 15 mila e i 35 mila euro (circa il 50% del totale) sono assoggettati ad un'aliquota marginale che oscilla tra il 27% e il 38%, al lordo delle detrazioni decrescenti.

Queste ultime comportano un'ulteriore aliquota marginale pari al tasso di decrescenza delle detrazioni (in genere, mediamente altri 3,2 punti percentuali per ciascuna detrazione): un cocktail micidiale di illusione finanziaria e irragionevolezza.

Come con questa struttura dell'IRPEF si potesse immaginare di ridurre il prelievo per la maggioranza dei contribuenti, resta un mistero.

Per memoria, invece nel 2005/06 il 55% dei contribuenti era tassato con l'aliquota marginale effettiva del 23% e solo l'11% con quella del 27%.

Anche in quei due anni il gettito dell'IRPEF era cresciuto notevolmente ma con la differenza radicale rispetto al periodo successivo che l'aumento non era stato determinato dalla necessità di adeguare i redditi ai nuovi parametri degli studi di settore introdotti nel 2007, ma era effetto di un riallineamento positivo degli imponibili, deciso su basi volontarie e favorito dalle riduzioni mirate dell'IRPEF e dell'IRAP introdotte dal secondo modulo della riforma del 2003.

Una conseguenza virtuosa anche dal punto di vista distributivo rispetto agli aggravii di imposta espliciti (dimezzamento del primo scaglione, revisione delle aliquote, rideterminazione degli studi di settore) e dissimulati (passaggio dalle deduzioni alle detrazioni di imposta) decisi con la finanziaria 2007.

Questo risultato, apparentemente sorprendente, è invece razionale e ove ripreso consentirebbe di prevedere con prudente approssimazione gli effetti positivi sul sistema tributario di alleggerimenti fiscali basati sull'ampliamento dell'area della deducibilità nell'IRPEF, specie per i redditi soggetti a dichiarazione, che di norma scontano anche l'IRAP.

L'aliquota media dell'IRPEF è poco più del 25%, mentre quella marginale, IRAP e addizionali comprese, supera il 50%; ma già a 28.000 euro l'aliquota marginale va oltre il 45% (38% aliquota base + addizionali regionale e comunale + IRAP + eventuali detrazioni decrescenti).

Per tutti quei contribuenti la cui aliquota media è inferiore a quella dell'IVA, e attualmente sono la maggior parte, l'allargamento degli imponibili indotto dalle deduzioni, accompagnato dal ritorno alla no – tax area e alla family area, determinerebbe perdite di gettito inferiori ai maggiori incassi relativi all'IVA recuperata a tassazione.

Anche il gettito dell'IRAP verrebbe incrementato da questo processo virtuoso, innestato dall'ampliamento delle basi imponibili.

L'aumento del gettito in queste condizioni non è quindi un miraggio, mentre i profili virtuosi di un riequilibrio distributivo degli imponibili in questa direzione, appaiono evidenti. E' appena il caso di sottolineare che gli interventi correttivi nell'imposta sui redditi personali devono essere strettamente correlati alla struttura dell'IRPEF e alla sua dinamica, altrimenti, come insegna l'esperienza della riforma del 2007 gli esiti rischiano non solo di essere incontrollabili, ma addirittura in contrasto con gli obiettivi.

Sono questi elementi, assai più dell'aumento delle retribuzioni di fatto (+ 3.3% nel 2008) e dell'effetto della progressività ad avere determinato nel 2008 l'impennata della crescita dell'IRPEF su salari e stipendi, e più in generale sui redditi di lavoro, rilevata, sia pure con qualche reticenza sulle cause, anche dalla Banca d'Italia.

Esiti che potrebbero comportare, nel 2009, in conseguenza della recessione e dell'eccesso di elasticità della nuova IRPEF, perdite di gettito più elevate rispetto a quanto indicato nella RUEF.

Gli interventi di riequilibrio dell'IRPEF, non più rinviabili, come abbiamo visto, non soltanto per motivi congiunturali, ma anche per contrastare il calo del gettito tributario, dovrebbero essere concentrati nel prossimo biennio sui quei settori e su quelle aree risultati più sensibili, in base all'esperienza, all'emersione di base imponibile, con particolare attenzione ai redditi di lavoro: l'obiettivo congiunturale e distributivo qualitativamente rilevante, dovrebbe avere quindi effetti di contenimento del gettito minori di quanto teoricamente prevedibile, per le conseguenze positive indotte sul gettito delle altre imposte indirettamente collegate all'IRPEF (in particolare IRAP e IVA).

Penso, ad esempio, alla deducibilità integrale di alcune spese relative a servizi utilizzati dalle famiglie, dalle spese mediche a quelle per la formazione e l'istruzione dei figli; alla rivalutazione della soglia oltre la quale il contribuente perde il diritto alla detrazione per il coniuge a carico (che alimenta il lavoro irregolare, specie femminile); alla deducibilità piena delle spese di trasporto a favore dei lavoratori dipendenti, e più in generale alla revisione del sistema di deduzioni che dovrebbero essere inevitabilmente limitate ma al 100%.

Tutte ipotesi che il legislatore con occhi attenti all'equilibrio di bilancio, potrebbe attuare gradualmente.

In prospettiva la nuova IRPEF potrebbe riprendere lo schema a due scaglioni della legge 80/2003, mai attuato, adeguando l'aliquota massima a quella delle imposte sulla società e riducendo in proporzione quella del primo scaglione.

Il passaggio graduale dall'attuale struttura ad elevata progressività marginale al nuovo modello che valorizza dal punto di vista distributivo quella media, verrebbe finanziato integralmente dai recuperi di gettito connessi con l'ampliamento degli imponibili incentivati dalla riforma delle deduzioni, non solo familiari, che si spalmerà sulle principali imposte.

Sono convinto che un disegno di politica tributaria di questo tipo perseguito nella chiarezza e con determinazione, nell'arco di alcuni anni avrebbe effetti sorprendenti per il nostro sistema economico: aumenterebbe infatti gradualmente la competitività tributaria della nostra economia, favorendo l'emersione di una quota non marginale di PIL sommerso; ridurrebbe l'impatto della crisi sul tessuto economico sociale; innesterebbe così un possibile ciclo virtuoso basato sulla liberazione di risorse sottoutilizzate e sulla valorizzazione delle peculiarità territoriali!

Al riguardo mi sembra utile ricordare che la Germania, che ha un sistema di imposizione sui redditi personali che costituisce per il contribuente italiano un miraggio, tra il 2006 e il 2007, ha varato una manovra fiscale da 35 miliardi di euro, aumentando l'IVA di 3 punti e riducendo di 12 quella dell'imposta sulle società. Non vedo le ragioni per cui non si possa fare anche in Italia qualcosa di analogo per migliorare l'efficienza del sistema tributario, avendo presente che il sistema tributario tedesco, anche prima degli interventi ricordati era incomparabilmente più competitivo di quello italiano.

Ritornando ai profili congiunturali una particolare attenzione dal punto di vista fiscale dovrebbe poi essere posta all'adozione di misure, a carattere tributario, che favoriscano sia l'emersione di lavoro irregolare sia l'assunzione di nuova manodopera con contratti a termine. Per un triennio la retribuzione di tutti i contratti a termine, in essere o nuovi non importa, potrebbe essere esclusa dalla base imponibile dell'IRAP; analogo trattamento, dovrebbe essere riservato, in via definitiva, a tutti i nuovi contratti a tempo indeterminato, stipulati nello stesso periodo.

L'obiettivo prioritario dovrebbe essere quello di non incentivare fiscalmente le ristrutturazioni produttive che comportino riduzioni di manodopera.

Nel decreto anticrisi di sostegno dell'economia approvato recentemente non mancano buone idee e misure di segno positivo, dall'allentamento del credito per le imprese minori, al potenziamento degli ammortizzatori sociali; al rilancio dei distretti industriali e delle filiere.

Ma anche in quelle misure appare evidente sia una eccessiva frammentazione degli interventi, che fa premio sugli aspetti innovativi, sia la scarsità delle risorse impegnate, che, come abbiamo già sottolineato, non consentono di delineare un vero disegno di politica economica, sia la genericità di alcune disposizioni che sotto il profilo giuridico sembrano delineare buone idee (penso alle filiere) piuttosto che definirne in concreto gli ambiti.

D'altra parte la vera sfida per l'economia italiana si giocherà nei prossimi mesi proprio sulla capacità del Governo di mobilitare risorse verso un piano di consolidamento e rilancio dell'industria, specie manifatturiera, che favorisca sia la ripresa degli investimenti in Italia, sia la capitalizzazione e la fusione delle imprese: quest'ultima ipotesi è già contenuta nel decreto anticrisi, ma il limite per beneficiare in sede di fusioni societarie delle agevolazioni fiscali relative al riallineamento dei valori fiscali a quelli civilistici nei bilanci societari è particolarmente basso (5 milioni di euro) e andrebbe quindi elevato ulteriormente, per incentivare soprattutto le fusioni di società di medie dimensioni.

Per comprendere appieno il ruolo negativo svolto dal fisco a danno delle imprese, specie manifatturiere, alle quali dopo le imposte resta un utile spesso inferiore al 30% del risultato operativo lordo, basta guardare al caso Fiat: in pochi anni quella che sembrava un'industria in declino, destinata ad essere ceduta a qualche concorrente, è tornata a svolgere

un ruolo da protagonista sulla scena internazionale. Ma, mentre in Francia nel 2008 sono state prodotte 2.600.000 automobili, per non parlare della Germania, in Italia il gruppo Fiat ne ha prodotte meno di 700.000, e non certo per mancanza di capacità produttiva o per il livello dei salari, il più moderato tra i grandi Paesi industriali europei.

La differenza, enorme, la fa il fisco ed è dal fisco che bisognerà necessariamente partire per rilanciare la competitività dell'economia italiana, con misure selettive tese a massimizzare gli effetti delle riduzioni fiscali, e a riequilibrare il prelievo oggi fortemente squilibrato a danno dei redditi di lavoro e della produzione.

Di qui la preoccupazione, per una crisi che ha investito innanzitutto il comparto manifatturiero, nel quale, va sottolineato per inciso, l'economia irregolare pesa meno e quindi rappresenta un ammortizzatore (anomalo) meno incisivo; e quindi l'esigenza di delineare un quadro macroeconomico in cui vi sia più spazio sia per la politica industriale, sia per quella tributaria.

L'asistematicità che caratterizza l'ordinamento tributario vigente, accentuata negli ultimi anni dalla crescita costante della pressione fiscale, rende più difficile il compito del giurista: le esigenze di razionalità del sistema tendono infatti a sovrapporsi e a confondersi con scelte di natura politica che non appartengono all'analisi giuridica.

Ho quindi esitato a lungo a fermare l'attenzione sul tema del superamento dell'IRAP, per i complessi problemi che tale superamento sottintende, non solo in termini di gettito.

Mi ha convinto ad affrontare la questione sia l'approvazione della delega al Governo sul federalismo fiscale, sia la dimensione della recessione, che evidenziano la centralità della competitività fiscale, per la sopravvivenza della nostra industria manifatturiera.

Non a caso la Francia con la legge finanziaria correttiva dell'ottobre 2008 ha soppresso la *taxe professionnelle*, un'imposta accusata come l'IRAP di favorire il decentramento produttivo e la perdita di posti di lavoro in Francia, ed il cui gettito (7 miliardi di euro) sia detto per inciso, era quattro volte minore rispetto a quello dell'IRAP riscossa dal settore privato che presenta accentuati i medesimi difetti.

Se si guarda all'IRAP senza pregiudizi, si fa presto a comprendere che questa imposta che aveva favorito nella seconda metà degli anni 90 il decentramento verso l'Europa dell'Est di una parte delle produzioni meno avanzate della nostra industria manifatturiera, è ormai uno strumento di archeologia tributaria, di dubbia legittimità anche per i suoi riflessi economici.

Il problema dell'industria italiana non è più come alla fine degli anni 90 quello di delocalizzare le produzioni a basso valore aggiunto, ma di mantenere in Italia quelle ad elevato contenuto tecnologico, a cominciare dal settore dell'auto.

L'IRAP oggi è un tributo che produce più danni che vantaggi anche in termini di gettito, perché rappresenta un forte incentivo nelle imprese minori a corrispondere la parte mobile del salario fuori busta; è poi un'imposta mal distribuita sul territorio, quindi poco adatta ad essere assegnata alle Regioni, il cui collegamento al finanziamento della spesa sanitaria è, dal punto di vista della responsabilizzazione della spesa, privo di senso; e che costituisce, anche per questo motivo, un elemento di penalizzazione per l'economia del Mezzogiorno in cui il sistema sanitario fa fatica a trovare un equilibrio finanziario stabile, ed è finanziato con

aliquote IRAP maggiorate.

Il tema dell'IRAP per le sue caratteristiche intrinseche, e per una vicenda giuridica a dir poco tormentata che non ha ancora trovato un assetto convincente, offre l'occasione per approfondire il tema del controllo della costituzionalità dei tributi e dei suoi limiti, che una parte della dottrina tributaristica confina a mio avviso nell'ambito troppo angusto della individuazione dei criteri di riparto, con il solo limite della coerenza del sistema ai sensi dell'art. 53 Cost..

E' appena il caso di osservare che il riferimento al sistema contenuto nel precetto costituzionale rinvia al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 secondo comma Cost.; quindi non solo consente ma direi impone di estendere l'indagine sulla legittimità di ogni tributo sia alla coerenza del presupposto rispetto al sistema tributario; sia al rapporto tra il presupposto del tributo e gli effetti che esso produce in fatto, attraverso la nascita dell'obbligazione tributaria.

L'indagine circa la compatibilità costituzionale di un tributo non può quindi esaurirsi nella verifica in astratto della legittimità del presupposto, ma deve necessariamente estendersi agli effetti giuridici ed economici che esso determina nel concreto divenire delle vicende economiche.

Effetti che non è detto debbano essere immutabili nel tempo; con la conseguenza che un tributo rispondente in origine ai principi costituzionali, può, in presenza di mutate condizioni economiche, determinare effetti non più compatibili con gli equilibri costituzionali, e quindi divenire costituzionalmente illegittime.

In questo senso quindi si può affermare che la discrezionalità legislativa in campo tributario incontra non solo il limite posto dal rispetto del più generale principio di uguaglianza, ma sia fortemente condizionata dalla necessità che la compressione posta all'esercizio dell'attività economica attraverso una disposizione a carattere tributario non contrasti con altri interessi costituzionalmente protetti: in particolare quelli relativi alla tutela delle libertà economiche.

Il principio di capacità contributiva in ragione della intrinseca funzione assegnatagli dalla Costituzione di garanzia e limite nella determinazione del concorso alla spesa pubblica, nelle diverse articolazioni di cui si compone il sistema tributario, non rappresenta una ulteriore e onnicomprensiva garanzia dei diritti proprietari, tutelati dagli articoli da 42 a 47 della Costituzione; che non escludono quindi l'adozione di imposte che ne comprimano il contenuto economico nei limiti della ragionevolezza.

Evidenza invece l'esigenza che gli elementi soggettivi ed oggettivi che esprimono la capacità contributiva non siano solo ed astrattamente delimitati dalla legge, ma perché il precetto costituzionale sia rispettato, è necessario che la loro sussistenza venga verificata in fatto.

Sotto questo profilo, ad esempio nell'autunno 2006, lo scrutinio della Corte di Giustizia sulla compatibilità dell'IRAP con l'ordinamento dell'IVA, ai sensi dell'art.33 della sesta direttiva, si era limitato a riconoscere che l'IRAP ha una struttura impositiva che non determina effetti incompatibili rispetto al funzionamento dell'IVA, e non comporta distorsioni della concorrenza che privilegino i contribuenti italiani rispetto agli altri contribuenti europei.

Dal punto di vista dell'economia italiana, invece oggi l'IRAP rappresenta con qualche evidenza un tributo che non solo non ha risolto una serie di incongruenze relative ai limiti di applicabilità alle attività di lavoro autonomo, e agli effetti dell'indeducibilità dalle imposte sui redditi, ma che, per il mutato contesto economico in cui opera oggi, presenta evidenti profili di incompatibilità con le norme di rango costituzionale che disciplinano la concorrenza, (art. 117 II comma lettera E) che ne determinano il contrasto con il principio di capacità contributiva.

Da un lato infatti l'IRAP penalizza gravandole di un tributo, le esportazioni.

Dall'altro viola il principio della libera concorrenza perché discrimina le merci prodotte in Italia, che assolvono l'IRAP, lungo tutto il ciclo di produzione e di scambio in maniera irragionevole, rispetto a quelle importate che sono incise dal tributo solo nella fase dello scambio: penalizza quindi non solo le esportazioni, ma l'economia nazionale nel suo insieme.

Queste incongruenze esistevano anche nel 1997 all'atto dell'introduzione del tributo: ma il contesto economico completamente diverso poteva in qualche modo giustificare all'interno di un più ampio bilanciamento di interessi, una riorganizzazione del prelievo a carico delle società, che favorisse il processo di delocalizzazione dell'industria manifatturiera, verso l'Europa dell'Est.

In un contesto economico tanto mutato, che ha spinto l'anno scorso la Germania a ridurre le imposte sulle società di ben 12 punti e la Francia ad abolire da quest'anno la *taxe professionnelle*, anche la compatibilità economica dell'IRAP, va riconsiderata alla luce delle conseguenze giuridiche che essa determina.

In conclusione l'esercizio della potestà tributaria si configura come una attività libera nel fine ma vincolata nei mezzi, nel senso che la discrezionalità legislativa è limitata non solo dal fatto che il presupposto debba, come è ovvio, essere sempre collegato ad un'effettiva manifestazione di capacità contributiva; ma anche dalla circostanza che l'effettivo contenuto economico dell'obbligazione tributaria, come nel caso dell'IRAP, non si ponga in contrasto con altri interessi economico-sociali costituzionalmente protetti. Nei tributi l'analisi economica e quella giuridica sono quindi necessariamente complementari e devono reciprocamente integrarsi.

In questo quadro di riferimento, il problema di un graduale superamento dell'IRAP non può essere disgiunto dal particolare momento congiunturale, che ne trarrebbe un sicuro vantaggio, ma neppure prescindere dalle dimensioni del gettito in gioco, che per il solo settore privato sono pari a 28 miliardi di euro di cui circa sei miliardi a carico di lavoratori autonomi e ditte individuali.

Riequilibrare il fisco italiano per aumentarne la competitività e migliorarne i profili distributivi, significa spostare in tempi ragionevoli risorse per alcune decine di miliardi di euro, dalle imposte dirette a quelle indirette senza perdite di gettito nella fase intermedia: un obiettivo complesso come dimostra l'esempio della manovra da 35 miliardi di euro attuata in Germania tra il 2006 e il 2007, ma non impossibile.

Non sfugge che le condizioni congiunturali sono oggi ben più difficili di quelle nelle quali è intervenuto lo scambio tra la riduzione dell'imposta sulle società (meno 12 punti) e l'aumento dell'aliquota dell'IVA (più 3 punti) in Germania.

Ma mentre nella Repubblica Federale il sistema tributario aveva ed ha nell'imposta sui

redditi personali un elemento di forte coesione sociale, in Italia l'eccesso di pressione fiscale su famiglie ed imprese condiziona qualsiasi intervento riformatore: non si può alleggerire la pressione fiscale sulle imprese, com'è avvenuto nel 2007, ignorando quella sui salari e viceversa.

Il confronto dei dati sul gettito delle principali imposte negli ultimi anni, evidenziato in precedenza, ha dall'altra parte evidenziato la possibilità di riequilibrare il prelievo attraverso riduzioni mirate delle imposte sul reddito, all'interno di un disegno di ricomposizione unitaria e di riequilibrio del sistema tributario, attento ai principi costituzionali, senza comprometterne il gettito.

Partendo da queste considerazioni si può pensare ad un superamento dell'IRAP da attuare in 2 fasi:

in una prima fase che potrebbe riguardare il 60% del gettito, la copertura potrebbe essere assicurata dal riallineamento dell'IRES all'aliquota del 30 % e dall'aumento dell'IVA dal 20% al 22%.

La differenza, pari ad 11-12 miliardi rispetto al gettito dell'IRAP nel settore privato potrebbe essere coperta successivamente da un'imposta sui servizi deducibile dal reddito di impresa da mettere a regime in un paio di anni.

Dal punto di vista distributivo, il superamento dell'IRAP, dovrebbe essere accompagnato da alcune misure di alleggerimento dell'IRPEF a favore dei redditi da lavoro dipendente e delle famiglie incentrati su deduzioni, per favorire la graduale emersione di basi imponibili precedentemente occultate.

Dal punto di vista dei prezzi, su cui si concentrano le obiezioni ad un intervento di questo tipo, l'effetto della graduale sostituzione dell'IRAP con l'aumento di 2 punti dell'IVA, dovrebbe essere limitato, non solo per ragioni congiunturali.

È vero, come ha ricordato la Corte di Giustizia, per salvare l'IRAP, che la rivalsa obbligatoria contraddistingue l'IVA dall'IRAP: ma questo non vuole affatto dire che la traslazione economica operi sempre in avanti nell'IVA (nelle vendite sottocosto una parte dell'IVA resta a carico del venditore) e non si realizzi nell'IRAP.

Si può anche ammettere che l'elasticità ai prezzi dell'IRAP sia un po' più elevata rispetto all'IVA e che quindi la tendenziale traslazione in avanti dell'IRAP possa essere in qualche ipotesi meno piena rispetto a quanto avviene nell'IVA.

Tuttavia poiché il taglio del 60% dell'IRAP vale quasi 4, 5 miliardi in più rispetto all'incremento di 2 punti dell'aliquota IVA, l'effetto sui prezzi potrebbe essere trascurabile.

Dal punto di vista economico la graduale abolizione dell'IRAP, specie se fosse accompagnata da un'adeguata informazione, oltre ad una spinta molto limitata sui prezzi, come ha dimostrato l'esperienza del 2007 in Germania, potrebbe avere nell'ultimo trimestre che precede la manovra fiscale, anche un effetto incentivante sull'acquisto di beni durevoli, particolarmente utile in un ciclo economico recessivo così intenso e di lunga durata.

Dal punto di vista strutturale il superamento dell'IRAP oltre ad eliminare un tributo anomalo sulle esportazioni che valeva nel 2008 quasi 7 miliardi di euro, farebbe scomparire anche un incentivo indiretto alle importazioni, più o meno delle stesse dimensioni.

Non avremo risolto tutti i problemi di competitività del fisco italiano, ma avremo almeno eliminato una delle anomalie più evidenti.

In Italia la rinuncia a riformare l'ordinamento tributario e il tentativo di correggerne i più vistosi inconvenienti, con interventi settoriali e con politiche fiscali redistributive poco trasparenti, accompagnate dall'impiego diffuso di elementi di illusione finanziaria, ha reso non solo il sistema sempre meno competitivo ma anche, per l'eccesso di elasticità rispetto al reddito, indotto da una progressività marginale particolarmente elevata e dal peso anomalo delle imposte sulla produzione, più esposto al calo del gettito nelle fasi di rallentamento dell'economia, in cui servirebbero più risorse per politiche anticicliche.

Occorre quindi una svolta innanzitutto qualitativa, a partire dalle misure fiscali a carattere congiunturale, che anticipi un coerente indirizzo riformatore, orientato a ridurre in misura consistente l'eccesso di fiscalità che grava su famiglie ed imprese.

In questo quadro si segnala per i suoi effetti negativi sui bilanci delle società, la mancata correzione del limite del 30% del risultato operativo lordo, per la deducibilità degli interessi passivi da parte della società di capitali. La grave crisi industriale ha reso questo tetto, introdotto per compensare la riduzione dell'aliquota dell'IRES dal 33% al 27,5% con la finanziaria 2008 ed ispirato dalla solita logica redistributiva, in un contesto economico tanto diverso, francamente irrealistico e particolarmente penalizzante per le imprese, specie minori, in quanto tende ad aggravare le difficoltà del ciclo. Vale forse la pena di ricordare che un analogo limite era stato introdotto l'anno prima, anche in Germania, ma con una franchigia di 1 milione di euro: cento volte maggiore di quella stabilita dal Parlamento italiano! (che il Bundestag ha già stabilito di elevare a 3 milioni)

La sua correzione, così come la possibilità per 2 o 3 anni di effettuare ammortamenti liberi connessi con l'acquisto di nuovi macchinari, costituisce una priorità congiunturale, che non comporterebbe tra l'altro perdite di gettito per l'erario, ma solo una diversa allocazione temporale di una quota del prelievo a carico delle imprese.

Proprio per questo si presta ad essere finanziabile senza particolari tensioni sul debito pubblico con l'emissione di titoli a breve; quindi il permanere di questo limite appare anche sotto il profilo politico una incomprensibile conferma di un indirizzo di politica tributaria poco meditato e sostanzialmente opportunistico.

Le dimensioni, l'intensità e le caratteristiche della crisi non consentono di influire nel breve periodo sulla domanda estera; su questa considerazione il Ministro dell'economia On. Tremonti ha impostato la politica tributaria per il 2009. Ma questo non significa che non si possa cercare di rimuovere o almeno limitare, contrastandoli, quegli elementi strutturali del nostro sistema tributario che incidono negativamente sulla domanda interna, con misure congiunturali finalizzate a correggerne tendenzialmente le cause, e ad anticipare le riforme indispensabili per il rilancio del sistema Italia.

Si potrebbero facilmente individuare altri interventi congiunturali con ricadute positive anche dal punto di vista del gettito tributario. Si pensi ad un piano di ammodernamento del parco autobus urbani, finalizzato a sostituire quelli più anziani con nuovi modelli alimentati a gas naturale, che offrirebbe un contributo significativo alle riduzioni delle emissioni, o ad incentivi specifici che favoriscano la sostituzione di macchine elettriche con apparecchiature di ultima generazione ad elevata efficienza energetica. O ad un'ulteriore riforma della VIA affiancata da incentivi fiscali che coinvolgano direttamente le collettività interessate alla realizzazione di impianti energetici.

In questo settore, il gap italiano è ancora troppo elevato e la moltiplicazione dei soggetti coinvolti ha spesso effetti paralizzanti.

Mi fermo qui perché il rapporto tra istituzioni, economia e analisi giuridica esula dai più limitati obiettivi di queste riflessioni, che hanno lo scopo di aprire un confronto di merito sulla politica tributaria e sulle prospettive di crescita della nostra comunità.

E' comunque evidente che dopo la crisi il rapporto tra UE e Stati nazionali sarà molto diverso da quello che ha caratterizzato l'evoluzione del Mercato Unico e l'avvento dell'euro negli ultimi tre lustri. Non si tratta certo di tornare a forme di concorrenza protezionistiche ma di recuperare, accanto ai valori del mercato, un ruolo non meno rilevante alle politiche pubbliche, finalizzate allo sviluppo economico delle diverse comunità nazionali.

6) L'Europa nella crisi tra libertà di mercato e il rilancio delle politiche pubbliche: il ruolo dello Stato

L'analisi degli effetti di gettito determinati dalle scelte discrezionali di politica tributaria degli ultimi anni ha evidenziato, nonostante alcuni risultati positivi nella riduzione del rapporto tra debito pubblico e PIL, il sostanziale insuccesso di una linea di finanza pubblica, che ha costruito gli equilibri di bilancio di medio periodo puntando prevalentemente sulla crescita delle entrate.

L'assenza di un disegno riformatore condiviso e il susseguirsi a getto continuo di interventi parziali hanno determinato nel tempo il consolidarsi di un sistema tributario, sempre meno competitivo sotto il profilo internazionale e sempre più squilibrato sul versante delle imposte sul reddito e sulla produzione, con la duplice conseguenza negativa che il nostro fisco da un lato ha bruciato risorse perché ha frenato la crescita del PIL potenziale.

Dall'altro, in conseguenza di una distribuzione del prelievo fortemente penalizzante per le famiglie e le imprese, il fisco è ormai, anche secondo l'OCSE, il principale responsabile del precipitare dei salari italiani agli ultimi posti tra i Paesi industrializzati, con evidenti riflessi sulla dinamica della domanda interna.

Tuttavia anche questo dato richiede di essere interpretato, perché se le retribuzioni medie appaiono appiattite verso quelle portoghesi, il tenore di vita italiano è comparabile a quello della Francia, e in alcune regioni del nord è tra i più elevati in Europa.

Una conferma non soltanto del ruolo negativo svolto dalla fiscalità ma anche dalle particolari caratteristiche del modello sociale italiano, basato sull'imprenditorialità diffusa e sulla famiglia che produce, attraverso l'economia informale, una quota di ricchezza nazionale non contabilizzata dalle statistiche relative al PIL, tutt'altro che irrilevante: un fenomeno che non può essere analizzato con gli strumenti impiegati per il contrasto all'evasione fiscale.

Un modello che proprio per la sua diffusione omogenea in tutto il territorio nazionale ha tenuto insieme le diverse aree del Paese e ha visto, nell'economia informale a carattere familiare, uno strumento unificante di equilibrio sociale.

Questa realtà complessa ha anche favorito il diffondersi di un ulteriore ammortizzatore rappresentato dall'economia irregolare, una realtà in continua evoluzione che assume caratteristiche diverse nelle diverse aree del Paese, che meriterebbe di essere analizzata con

molta più attenzione, che ha nella reazione agli eccessi della fiscalità un denominatore comune.

Si può anche immaginare che questo modello, in cui economia familiare informale e economia irregolare si integrano vicendevolmente, che esprime un forte spirito di coesione sociale, aiuti l'Italia a superare la fase più acuta della recessione.

Ma per rimettere in moto il Paese non basta richiamare l'elenco dei fattori di debolezza o dei ritardi che caratterizzano in troppi campi l'Italia, compreso quello politico ed istituzionale, ma serve una riflessione sul ruolo che le politiche pubbliche saranno chiamate a svolgere nei prossimi anni a cominciare dalla politica tributaria.

Da un lato, infatti, le condizioni di stress fiscale con cui convive l'economia italiana hanno consentito negli ultimi 10 anni una crescita del prodotto interno lordo che è meno della metà di quella dei nostri partner europei; dall'altro l'eccessivo peso del fisco sui salari e sulle imprese, ne ha condizionato la competitività e soprattutto ne ha frenato la crescita.

Politiche necessariamente plurali in quanto fondate sull'articolazione regionale dello Stato; ma anche politiche nazionali, finalizzate a ricondurre le politiche regionali di settore in un disegno unitario convergente, sulla base di priorità condivise, verso obiettivi comuni. Politiche pubbliche di cui dopo la riforma del titolo quinto della Costituzione si sono perse le tracce.

La crisi ha innestato una fase recessiva di portata e dimensioni imprevedibili che ha investito indistintamente tutti i Paesi industrializzati; ma mentre la Francia che assieme all'Italia è il Paese che ha meno risentito della crisi finanziaria, ha visto diminuire nel primo trimestre del 2009 il PIL dell' 1,2% l'Italia nello stesso periodo ha registrato una contrazione del 2,4%.

Una delle differenze più significative tra le due economie, per altro molto integrate è rappresentata proprio dalla qualità della politica tributaria; la Francia pur avendo avuto negli ultimi anni una pressione fiscale di un paio di punti superiore a quella italiana, ha reagito alla crisi meglio dell'Italia perché il proprio sistema tributario protegge i redditi familiari e non penalizza le imprese come il fisco italiano.

Per l'economista che analizza le tendenze in atto il punto di svolta nella crisi è rappresentato dal momento in cui la caduta del PIL rallenta per poi riprendere a crescere. Per il giurista attento alle conseguenze della crisi dal punto di vista dei rapporti giuridici, si potrà parlare di una crisi realmente superata solo quando la ricchezza nazionale prodotta indicherà nuovamente un segno più rispetto al 2007.

Poiché questo obiettivo non potrà essere realisticamente raggiunto se non verso la fine della legislatura, mi sembra utile, piuttosto che recriminare sul ritardo con cui in Italia si è avuta consapevolezza della reale portata della crisi, non solo da parte del Governo, evidenziare il ruolo che la politica tributaria potrà svolgere per uscire il più rapidamente possibile dalla fase recessiva e favorire una ripresa più robusta rispetto alla dinamica che ha caratterizzato l'economia italiana negli anni dell'euro.

Ogni contributo in questo campo può rappresentare un utile elemento di confronto purchè ispirato a realismo. In autunno un autorevole economista in un editoriale su "Il Corriere della sera" aveva proposto una serie di tagli alle imposte, stimabili prudentemente in 30 miliardi di euro. Idea sicuramente brillante, anche se priva di qualsiasi indicazione, circa gli

obiettivi di politica tributaria e sulle coperture. Cosa che invece era indicata con precisione nel terzo rapporto sull' Economia italiana presentato a dicembre dal centro ricerche "Economia Reale", nel quale una manovra di dimensioni analoghe, indicava in modo puntuale sia i tagli di spesa e dei trasferimenti, sia le aree (famiglie e imprese) destinatarie degli sconti fiscali, sia i differenziali positivi di crescita del PIL determinati dalla manovra.

Un trade - off virtuoso con cui dovremmo abituarci a convivere parlando di tributi nei prossimi anni, imposto dai limiti strutturali e distributivi del sistema.

L'insuccesso delle politiche redistributive affidate in larga misura ad automatismi occultati con strumenti di illusione finanziaria è ormai fin troppo evidente per tutti.

Diversi autori negli ultimi mesi hanno messo in rilievo un eccesso di prudenza da parte del Governo nella gestione della crisi, evidenziata dalla cura con cui il Ministro dell'Economia ha evitato di adottare misure espansive, che avrebbero potuto apparire non del tutto in linea con la gestione rigorosa della finanza pubblica, che il mercato si attendeva in una fase critica anche per gli elementi di grande incertezza che la caratterizzano.

Alcune riserve espresse da studiosi tendenzialmente schierati, offrono qualche elemento di suggestione, non privo di ragionevolezza; ma l'assenza di un approfondimento critico dei limiti delle politiche pubbliche del biennio 2006/07, a parte i riferimenti all'evasione, ripetitivi e, sia detto per inciso, talvolta irritanti per il loro pressapochismo, le rendono di scarso interesse dal punto di vista dell'analisi della politica tributaria.

D'altra parte come ho sottolineato all'inizio di queste note la dimensione della crisi è apparsa a tutti, non solo al Governo, nella sua gravità solo dopo che l'ISTAT ha certificato a marzo un calo del PIL 2008 di un punto percentuale, un elemento che i critici della politica congiunturale del Governo sembrano ignorare. Anche il terremoto distruttivo che ha investito ai primi di aprile il capoluogo abruzzese non ha certo aiutato.

Quello che invece ha sorpreso in questo primo anno di legislatura fortemente condizionato dalla recessione, è l'assenza di un disegno convincente di sviluppo della società italiana nel suo insieme.

Un percorso necessariamente caratterizzato da elementi plurali, convergenti tuttavia lungo un sentiero e con obiettivi necessariamente comuni.

La recessione può mutare alcune priorità e intervenire sulle scansioni temporali degli interventi. Può condurre al rinvio di alcune decisioni, ma non può avere come effetto l'assenza di qualsiasi progetto, che obblighi ad operare scelte sulla base dell'individuazione degli interessi, dei mezzi e degli interventi, che appaiono di volta in volta prioritari.

D'altra parte la crisi finanziaria e la connessa recessione hanno fatto giustizia dell'idea diffusa anche in Italia che il localismo potesse rappresentare la risposta al processo di globalizzazione e ai fattori di criticità che introduceva nelle economie avanzate.

Si è confusa la necessità di trasformare gli Stati e loro istituzioni per fronteggiare il cambiamento non solo nei rapporti economici, ormai a scala planetaria, con la tesi che lo Stato in quanto organizzazione unitaria fosse ormai definitivamente superato.

La crisi finanziaria è stata tenuta sotto controllo nelle economie avanzate solo per l'intervento tempestivo degli Stati che hanno messo in campo risorse che nessuna altra realtà

avrebbe potuto mobilitare.

Per Europa il dopo crisi dovrà passare da una maggiore integrazione delle politiche pubbliche a partire da quelle fiscali.

Questo significa in buona sostanza che, accanto allo sviluppo delle politiche intergovernative, indispensabili in una Unione a 27 Stati, dovranno rafforzarsi anche quelle comunitarie a partire da quei paesi dell'Unione in cui il processo di integrazione è più avanzato.

In questo quadro un ruolo più incisivo delle politiche pubbliche non contrasta necessariamente con i principi che disciplinano il funzionamento del mercato europeo; ma l'esigenza del coordinamento è indispensabile proprio per evitare tentazioni protezionistiche che avrebbero il prevedibile effetto non di distruggere l'Europa (il processo di integrazione nell'area euro è all'evidenza irreversibile), ma di paralizzarne la crescita, concentrando i maggiori effetti negativi dell'immobilismo sull'economie più integrate.

Per gli Stati invece, a cominciare dall'Italia l'obiettivo dovrebbe essere quello di guardare alle cause strutturali interne piuttosto che ai riflessi internazionali della crisi dell'economia valorizzando gli assetti strategici del nostro sistema produttivo a partire dalla rinnovata centralità mediterranea.

Un'azione che presuppone un nuovo più incisivo ruolo delle politiche pubbliche, capace di coinvolgere le realtà plurali che caratterizzano la società e l'economia italiana, all'interno di un progetto unitario a reale valenza sinergica.

Dopo un decennio dalla riforma del titolo quinto della Costituzione, in larga parte inattuata per le difficoltà di innestarla in un disegno organico di riforma politico istituzionale, dovrebbe essere chiaro che autonomia, decentramento, sussidiarietà non sono sinonimi.

Se si vuole realmente consolidare l'autonomia regionale modernizzando l'Italia e non solo mettere un po' più di soldi a disposizione delle aree più avvantaggiate economicamente, attraverso il federalismo fiscale, che appare il filo conduttore prevalente che ispira il decentramento, lo Stato dovrà recuperare la propria funzione di indirizzo in campo economico per coordinare verso obiettivi comuni le politiche regionali di settore necessariamente plurali, come del resto stabilisce l'art. 41 terzo comma della Costituzione.

Il carattere internazionale e generale della recessione potrebbe offrire in prospettiva un'occasione irripetibile per una riflessione di ampio respiro sulle criticità che caratterizzano la società italiana nel suo insieme, e che partono necessariamente dalla crisi della politica.

Si può rimanere perplessi leggendo la RUEF, sulle linee guida di un documento che sembra più impegnato a descrivere la crisi e a prendere atto della sua evoluzione, che ad individuare percorsi che ne attenuino la portata nelle aree di maggiore criticità.

Ma l'aspetto più evidente è una preoccupante generalizzata assenza di idee, per non dire di ideali, che attraversa la politica, le istituzioni, la cultura, l'economia e che impedisce non dico di costruire, ma neppure di prefigurare le linee attorno alle quali avviare un percorso comune.

Probabilmente è proprio la mancanza di un disegno di sviluppo della nostra Comunità Nazionale di ampio respiro a condizionare il Governo anche nelle politiche anticicliche che per essere efficaci non possono essere fini a se stesse.

Sotto questo profilo anzi alcuni Ministri hanno teorizzato la tesi invero singolare che in

periodo di crisi non si possano avviare riforme, perché queste alimenterebbero l'incertezza.

Al contrario è nei momenti di crisi acuta, in cui i cittadini si affidano necessariamente al Governo alla ricerca di una guida o di una speranza, che è possibile avviare quei processi innovativi, senza il costo rappresentato dall'incertezza, che sempre si accompagna alle fasi di cambiamento e alimenta resistenze conservatrici.

Mentre è proprio l'assenza di un disegno più complessivo di riposizionamento e di riequilibrio delle politiche pubbliche ad alimentare le incertezze, a frenare le nuove iniziative, a paralizzare le scelte individuali.

Sul punto, in concomitanza con i dati preoccupanti del calo del PIL, Francesco Forte ha spezzato una lancia a favore della politica economica del Governo, apprezzando la prudenza e l'equilibrio con cui il Ministro dell'Economia Tremonti si è mosso in questi mesi, sottolineando lo scarso interesse oggi di un confronto tra liberisti e interventisti in tema di riforme, che appare giustamente datato.

Si può concordare con il pragmatismo di Forte che, alla strategia delle riforme degli anni 60 contrappone una politica basata su interventi di razionalizzazione nei diversi comparti in cui si articolano le politiche pubbliche.

Anche io sono convinto che l'ultima cosa che possa servire all'Italia è un confronto astratto tra liberisti e interventisti in economia: la scarsità delle risorse non è certo controbilanciata dalla verbosità dei dibattiti sui massimi sistemi.

Anche perché chi sostiene che la politica tributaria in Italia sia il risultato di scelte liberiste ha evidentemente visto un altro film!

Forte, significativamente non cita la politica tributaria .

Si può convenire che non serva una riforma tributaria, perché basterebbe riprendere e attuare gli indirizzi della legge delega del 2003, con gli opportuni aggiustamenti per restituire competitività ed equilibrio al sistema tributario.

Ma questa opinione, tutt'altro che riduttiva (la riforma del 2003 era per l'Italia rivoluzionaria), presuppone che si faccia strada non solo nel Governo la convinzione che senza un cambio di indirizzo della politica tributaria, che non può non partire da misure fiscali di tipo congiunturale, ma richiede anche profondi correttivi finalizzati a riequilibrare il prelievo, la crisi sarà inevitabilmente più profonda, durerà più a lungo, e l'Italia ne uscirà ancora più debole e soprattutto divisa.

In questa crisi epocale non solo per l'intensità e durata ma perché modificherà profondamente gli equilibri di un sistema economico in cui i diversi attori dovranno necessariamente confrontarsi e muoversi all'interno di schemi continentali, l'assenza di una politica comune europea di contrasto alla recessione, non deve far perdere di vista il fatto che il futuro sarà marcato da questa esigenza di maggior coordinamento delle politiche pubbliche prima ancora di quelle economiche, dell'Europa a 27.

Da ultimo Mario Monti, con grande lucidità, parlando di questioni che conosce dall'interno, ha evidenziato l'esigenza di un maggior coordinamento delle politiche fiscali per finanziare la modernizzazione del sistema di welfare ed attrezzare l'Europa rispetto alle trasformazioni che caratterizzeranno l'economia mondializzata del dopo recessione nei prossimi anni.

Il rischio, evocato da Monti, del consolidamento di politiche fiscali nazionali

caratterizzate da modelli di concorrenza fiscale dannosa, è per l'Italia, che ha un modello di fiscalità obsoleta e poco concorrenziale, addirittura esponenziale, e quindi impone un diverso indirizzo della politica tributaria il più possibile coordinata con quelle degli altri paesi europei, Germania e Francia innanzitutto, ma anche la Spagna e l'Inghilterra, le cui economie sono più integrate alla nostra.

Vi è un aspetto quando si parla di politiche pubbliche che deve essere a mio avviso chiarito; non vi è alcuna contraddizione tra l'esigenza di un ruolo più marcato delle politiche pubbliche non solo in campo economico, e lo sviluppo di una moderna economia di mercato in armonia con i principi che regolano il Mercato Unico nel UE.

Così come si è fatta in passato confusione tra liberalizzazione dell'economia e privatizzazione delle imprese: alcune delle più interessanti e competitive realtà industriali italiane, da Fincantieri a SAIPEM, per non parlare di Enel o Eni sono dei player industriali che competono spesso vincendo in tutto il mondo, il cui capitale è ancora a controllo pubblico.

Il ruolo delle politiche pubbliche oggi non è più quello dello Stato che interviene nell'attività economica attraverso il modello delle partecipazioni statali; ma è quello che si esprime attraverso la capacità di governo della complessità in tutti i campi, non solo economici, in cui gli obiettivi e le scelte di fondo devono necessariamente essere unitari e quindi espressione dell'indirizzo politico del Governo, e delle decisioni del Parlamento, alle quali devono ricondursi le politiche settoriali e plurali proprie delle Regioni.

In Italia la crisi delle politiche pubbliche, a partire dalla quella tributaria, è ormai evidente in ogni settore ed è così strettamente legata alla difficoltà di realizzare in corsa un processo di modernizzazione delle istituzioni, della politica, delle reti infrastrutturali che dovrebbero garantirne il funzionamento, da far sì che ciascuno sia portato ad analizzarne le criticità, partendo dagli effetti, senza essere in grado di incidere sulle cause che richiederebbero risposte plurali certo, ma anche fortemente coordinate a sistema; in assenza delle quali, sia detto per inciso, scommettere sulle virtù taumaturgiche del federalismo fiscale significa semplicemente prendere lucciole per lanterne.

7) Conclusioni

Se dovessi indicare un punto di svolta da cui prendere le mosse per andare alle origini della crisi del nostro modello di fiscalità che sta sempre più diventando crisi dello Stato fiscale, partirei dalla svalutazione della lira del '92 e dall'esproprio del 6 per mille sui depositi bancari. Una scelta insensata da un punto di vista giuridico, successivamente avallata senza motivazioni plausibili da parte della Corte Costituzionale, che ha introdotto nel nostro ordinamento la convinzione devastante che la politica tributaria potesse, anzi dovesse, prescindere dal diritto.

Una soluzione ancora più errata, sotto il profilo economico perché comportò una fuga di depositi dalle banche nell'ordine di 250 mila miliardi di lire che durò un paio di anni. L'operazione quindi fu non soltanto in perdita per la finanza pubblica (meno 7600 miliardi di minori imposte sugli interessi sui depositi bancari in circa 3 anni, contro i 4850 miliardi incassati con l'esproprio del 6 per mille). Determinò anche l'aumento generalizzato del costo

del denaro per l'economia, evidenziando fin d'allora che l'assenza di diritto mal si concilia con la politica tributaria.

Una decisione, quella del 92, rivendicata con orgoglio a quindici anni di distanza dal Presidente del Consiglio dell'epoca, in un'intervista al Sole 24 ore: l'improvvisazione elevata a sistema di Governo!

Nell'analisi che precede ho evitato di soffermarmi su singole disposizioni fiscali che contrastino con i principi o ancora più spesso con esigenze di sistema insopprimibili, riguardo all'ordinamento tributario. Non che siano rare o di poco conto; ma ho voluto evitare il rischio di porre l'attenzione sugli effetti della crisi fiscale italiana, piuttosto che concentrarmi sulle cause.

Ho ritenuto utile invece indurre ad una riflessione dall'angolo visuale di un giurista sugli effetti in termini di gettito dell'assenza di una visione giuridica della politica tributaria, cercando di indicare possibili percorsi orientati dal diritto per restituire equilibrio al sistema tributario, in un quadro che consenta alla nostra economia di recuperare prospettive di sviluppo e alla nostra Comunità di riprendere a produrre ricchezza.

Vi è soprattutto un punto di questa crisi su cui vorrei, come giurista invitare ad un approfondimento. Ho affidato al confronto tra politiche tributarie diverse e ai loro effetti in termini di gettito, la base da cui partire per individuare un ciclo virtuoso di medio periodo della politica tributaria; ma vi è un ulteriore aspetto di questa crisi che non può essere ignorato nella definizione delle politiche pubbliche e che riguarda gli effetti della recessione sulla struttura economica del nostro Paese.

In un'economia caratterizzata da un eccesso di fiscalità sul settore produttivo, in cui convivono spesso in simbiosi economia regolare e informale, sommersa ed irregolare, la recessione, in assenza di politiche congiunturali di sostegno a famiglie e imprese rischia di determinare un calo delle entrate non solo congiunturale (qual è il caso dell'IVA), ma strutturale, attraverso la compressione duratura delle basi imponibili.

Questo fenomeno riguarda soprattutto quelle attività relative alla zona grigia a cavallo tra economia informale e irregolare che vive in simbiosi con quella regolare: la riduzione dell'attività economica e il peso eccessivo della fiscalità rischia di farle scomparire, e quindi di indebolire ulteriormente il nostro sistema produttivo.

Una tendenza che non deve essere considerata ineluttabile, ma che va contrastata con un indirizzo complessivo di ricomposizione unitaria del sistema tributario, finalizzato a consolidare, nell'arco di qualche anno un modello di imposizione reddituale, compatibile con i livelli di reddito e con il diritto ad un più rapido sviluppo dei segmenti più vulnerabili della nostra società, a partire dal Mezzogiorno.

Senza lasciarsi sedurre dal mito della fiscalità di vantaggio o di compensazione per le aree più deboli che ha come unico sbocco realistico la continuità di una fiscalità di svantaggio per tutti. Obiettivi per i quali il diritto tributario e ancor più il diritto finanziario assumono un ruolo centrale.

In conclusione ritengo che dalla crisi debba venire la spinta per una riconsiderazione dei fondamenti giuridici dell'ordinamento tributario che ponga come obiettivo prioritario la trasformazione del sistema di imposte sui redditi personali e societari; e leghi insieme le misure congiunturali di sostegno all'economia, in un disegno più complessivo di politica

economica attento alle peculiarità dell'industria manifatturiera, con le linee di un sistema tributario profondamente diverso, costruito a misura delle possibilità delle aree economicamente più deboli, nelle quali l'economia irregolare non è, come qualcuno potrebbe essere indotto a credere, un ammortizzatore sociale anomalo, ma solo un temporaneo strumento di sopravvivenza, che induce a rinviare le scelte e fa lievitare il rapporto tra debito pubblico e PIL.

Un sistema tributario al cui riequilibrio la cultura giuridica non può più guardare con indifferenza, come se fosse una questione estranea, che non appartenga al proprio orizzonte di interessi.

Il tema, sia chiaro, non si riferisce soltanto al progressivo smarrimento di qualsiasi profilo sistematico dell'ordinamento tributario o a scelte in conflitto con i principi che caratterizzano singole fattispecie impositive.

Basta guardare all'evoluzione, ma forse si dovrebbe parlare con più pertinenza di involuzione, della giurisprudenza di legittimità o alla latitanza della Corte Costituzionale, di cui la vicenda dell'IRAP rappresenta un esempio emblematico, per rendersi conto che il riequilibrio del sistema tributario, anche per via del futuro federalismo fiscale, sia ormai una grande questione nazionale prima ancora di essere giuridica e istituzionale, che non può fare a meno del contributo determinante del diritto, per ritrovare un ordito che appare ormai smarrito.

Avendo come sfondo il disegno di un sistema tributario che consideri prioritario il rilancio della competitività del nostro sistema produttivo, e sia al tempo stesso strumentale rispetto all'obiettivo di costruire anche in Italia, secondo Costituzione, una democrazia liberale di stampo europeo, capace di rimettere l'Italia in cammino, lungo un percorso segnato da obiettivi comuni.

Invertendo la tendenza in atto da almeno un quindicennio all'aumento delle diseguaglianze non solo territoriali, e alla riduzione delle opportunità in ogni segmento sociale per una parte sempre più consistente della nostra Comunità Nazionale: una tendenza che alimenta il ripiegamento nell'individualismo e cerca un rifugio in un localismo senza qualità, che si alimenta di paure e allontana la speranza.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE:

- ANTONINI , *"La sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia"*, Milano, 2005, p. 25;
- BALDINI-BOSI, *"L'equità in tre riforme"*, in www.lavoce.info;
- BERNASCONI M.-LA PECORELLA F., *"I condoni nel sistema tributario italiano"*, in *"La Finanza Pubblica Italiana Rapporto 2006"* a cura di M.C. Guerra e A. Zanardi, Il Mulino 2006, p.377;
- BOERI T. - GARIBALDI P., *"Le conseguenze dell'immobilismo"* in www.lavoce.info;
- BOERI T. - GUISO L., *"Ma è possibile tagliare le tasse?"*, in www.lavoce.info;
- BOERI T. - PANUNZI F., *"Il tempo della svolte"*, in www.lavoce.info;
- BOVI M., *"Evasione e Sommerso nella contabilità nazionale"*, in *"La Finanza Pubblica Italiana Rapporto 2006"*, Il Mulino 2006, p.241;
- BOVI M., *"La pressione fiscale a carico degli "onesti""*, in www.lavoce.info;
- BOVI M., *"Quelle tasse occulte che favoriscono l'evasione"*, in www.lavoce.info;
- DAVERI F., *"L'ECONOMIA ITALIANA DOPO Lehman Brothers"*, maggio 2009, www.lavoce.info
- DERLICH C.- POLIN V., *"Individuo e famiglia: quale fisco?"*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 2/2007, p. 149 ss.;
- DE VINCENTI C.- PALADINI R., *"Quel singolare quoziente di famiglia"*, in www.lavoce.info;
- DEL BOCA D., *"Perchè il figlio resta unico"*, in www.lavoce.info;
- DEL BOCA D., *"Un anno di governo: politiche per le famiglie"*, maggio 2009, www.lavoce.info;
- ECONOMIA REALE, *"Crisi finanziaria e crisi reale: quanto costa, quanto dura, come uscirne"*, nota di aggiornamento 11 dicembre 2008 in www.economiareale.it;
- FASSINA S., *"Decreto: norme che non servono e qualcuna che fa danno"*, in www.nens.it;
- FASSINA S., *"Il decreto Berlusconi taglia le tasse ad alcune categorie"*, in *Financial Times*, 18 dicembre 2008;
- GALLO F., *"Le ragioni del fisco"*, Il mulino 2007;
- GIANNINI S. - GUERRA M.C., *"Un anno di Governo: fisco"*, in www.lavoce.info;
- GILARDI B., *"L'evasione fiscale e i patti sull'imposta"*, in www.ssef.it;
- LUPI R., *"Una distorsione evidente con troppe scusanti"*, in *Il Sole 24 ORE*, 10 marzo 2008;
- LUPI R., *"Evasione fiscale e diversa rilevabilità della capacità economica"*, in *Rassegna Tributaria*, n. 6/2007, p. 1649;
- MARCHESE C., *"Una scommessa contro l'evasione"*, in www.lavoce.info;
- MIZIANI A. *".....inefficienze e contraddizioni delle politiche sociali del Governo"*, in www.nens.it;
- MAZZILLO L., *"Vincoli e modelli europei nell'azione di contrasto all'evasione dell'IVA"*, in *"La Finanza Pubblica Italiana Rapporto 2006"*, p.321;
- M.E.F., *Publicazione mensile di statistiche tributarie*, in www.finanze.gov.it;
- NENS, *"Le 55 iniziative del governo Prodi per combattere l'evasione e l'elusione fiscale e far emergere il vero reddito imponibile"* (Dossier), Novembre 2007, in www.nens.it;
- PALUMBO G., *"L'elusione fiscale e il concetto di abuso di diritto"*, in www.ssef.it;
- PERRONE CAPANO R. *"L'andamento del gettito delle imposte evidenzia il ruolo centrale della politica tributaria nell'emergenza economica, non solo in funzione anticiclica"*, in

- Innovazione e Diritto rivista on-line, in www.innovazionediritto.unina.it, 5/2008;*
- PERRONE CAPANO R., *"Il falso mito del contrasto all'evasione come obiettivo di politica tributaria, tra vincoli strutturali dell'ordinamento, riflessi economici delle imposte ed affievolimento dei principi giuridici"*, in *Innovazione e Diritto*, 2/2008;
- PERRONE CAPANO R., *"Illusionismo finanziario e crisi della democrazia parlamentare tra aumento della spesa pubblica, crescita dissimulata delle imposte e relativi tesoretti virtuali"*, in *Innovazione e Diritto*, 6/2007;
- PERRONE CAPANO R., *"L'evoluzione della finanza pubblica tra ciclo post-elettorale, limiti del modello di decentramento e declino del diritto tributario"*, in *Innovazione e Diritto*, 6/2006;
- PERRONE CAPANO R., *"I limiti della politica tributaria tra crescita del disavanzo pubblico e crisi del processo riformatore"*, in *Innovazione e Diritto*, n.3/2006;
- PERRONE CAPANO R., *"Una bussola nel labirinto dell'IRAP, tra pregiudiziali politiche, limiti giuridici e vincoli di finanza pubblica"*, in *Rassegna tributaria*, 4/2006, pagg. 1231 e ss.;
- PESOLE D., *"Fisco soft sui salari: spinta al PIL"*, in *Il Sole 24 ORE*, 6 gennaio 2008;
- PISAURO G., *"Verso un nuovo processo di bilancio"*, in www.lavoce.info;
- PISCINO E., *"Il decreto legge e l'esenzione ICI per l'abitazione principale"*, in www.ssef.it;
- SANTORO A., *"Evasione e studi di settore. Quali risultati? Quali prospettive?"*, in *"La Finanza Pubblica Italiana 2006"* a cura di M.C. Guerra e A. Zanardi, Il Mulino 2006, p.297;
- SVIMEZ, *"Previsioni per le regioni italiane nel 2008-2009. Valutazione dell'impatto dell'abolizione dell'ICI"*, Dicembre 2008;
- TREMONTI G., *"La paura e la speranza"*, Mondadori 2007;
- TREMONTI G., *"La fiera delle tasse"*, Il Mulino 1991, p. 159.

L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della cassazione: da nomofilachia a nomogenesi

di Stefano Fiorentino, Oriana Lombardi

SOMMARIO: 1) L'evoluzione del pensiero della Corte di Cassazione fino alla tesi del fondamento costituzionale del principio dell'abuso del diritto – 2) L'estensione del principio dell'abuso del diritto al settore dell'Iva – 3) Da nomofilachia a nomogenesi: la Corte di Cassazione estende il principio alle imposte dirette – 4) Valutazioni conclusive de iure condito e de iure condendo

1) L'evoluzione del pensiero della Corte di Cassazione fino alla tesi del fondamento costituzionale del principio dell'abuso del diritto

La tormentata vicenda dell'applicazione dell'abuso del diritto, ma soprattutto la questione del suo fondamento, pare essere giunta ad un punto di svolta con le pronunce di dicembre 2008 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ in tema di *dividend washing* e *dividend stripping*.

In realtà, precedentemente (nel 2005) la Corte di Cassazione², nel pronunciarsi proprio in materia di *dividend washing* e *dividend stripping*, aveva ritenuto di contrastare le operazioni poste in essere in apparente assenza di "valide" ragioni economiche, con il ricorso a strumenti mutuati dal diritto civile, quali la nullità per difetto di causa³.

La "stagione", però, caratterizzata dall'applicazione delle categorie civilistiche si è rivelata, come è noto, breve: la Corte di Cassazione, infatti, abbandona ben presto gli strumenti del diritto civile per accogliere il principio comunitario dell'abuso del diritto.

L'inesco è fornito dalla Corte di Giustizia che, il 21 febbraio 2006, ha emesso tre

¹ Il riferimento è alle sentenze della Corte di Cassazione, Sez. un., sent. n. 30055 e n. 30057 del 23 dicembre 2008. Per un commento, si vedano, A. AMATUCCI, *Elusione fiscale e capacità contributiva*, in *Il fisco* n. 2 del 2009, fascicolo n. 2, 277 ss.; B. SANTACRICE, *L'antielusione allarga i confini*, in *Il Sole-24 Ore* del 30 dicembre 2008; E. DE MITA, *L'anti-elusione trova una base in Costituzione*, in *Il Sole-24 Ore* del 2 gennaio 2009; M. MANCA, *Abuso del diritto e principi costituzionali*, in *Il fisco* n. 3, 2009, 366 ss.

² Cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 20398 del 2005 con nota di D. STEVANATO, *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. Trib.*, n. 1, 2006, 309; sent. n. 22932 del 2005, in *Riv. giur. Trib.*, 2006, 213, ss., con nota di M. BEGHIN, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria, e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*.

³ La tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione nelle sentenze n. 20398 e n. 22932 del 2005 si basa sull'assunto per cui, mancando una valida ragione economica che sia diversa dal mero risparmio fiscale e che giustifichi l'esistenza di due contratti tipici collegati, di acquisto e successiva rivendita dei titoli in un caso (*dividend washing*) e di costituzione del diritto di usufrutto sui titoli (*dividend stripping*), nell'altro, ne deriverebbe la nullità assoluta dei negozi collegati per difetto di causa, ai sensi del disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c. Nei casi sottoposti all'attenzione della Corte di Cassazione, dunque, le attribuzioni patrimoniali derivanti dalla concatenazione negoziale realizzata sarebbero prive di una apprezzabile ragione economica diversa dal mero risparmio fiscale (le parti conoscono e vogliono esattamente gli effetti giuridici della vendita e per questo scambiano i titoli verso un prezzo, trasferendo così la titolarità delle azioni da un soggetto all'altro, poco prima dell'imputazione dei dividendi; la successiva retrocessione dei titoli consente la realizzazione di una minusvalenza deducibile). La motivazione puramente fiscale dei due negozi collegati ha indotto i giudici a concludere per la mancanza di una apprezzabile ragione economica (e, quindi, per la mancanza della causa), sostenendo che "attraverso i due contratti, prevedenti un acquisto e un trasferimento di azioni pressoché contestuali e previamente programmati, nessuna delle parti conseguiva alcun vantaggio economico".

importanti sentenze (sentenze *Halifax*, *University of Huddersfield*, e *Bupa Hospitals*⁴) con le quali ha esteso il principio dell'abuso del diritto alla materia dell'iva, sottolineando come la VI Direttiva⁵ non consenta al soggetto passivo di detrarre l'imposta assolta a monte, allorché le operazioni che fondano tale diritto integrino un comportamento abusivo⁶.

La Corte di Cassazione, in una controversia in materia di Iva discussa lo stesso giorno in cui venivano emesse tali sentenze, ha immediatamente applicato i principi enunciati dalla Corte di Giustizia⁷.

Ben presto, però, i giudici nazionali si sono spinti ben aldilà di quanto espresso dalla Corte di Giustizia nel caso *Halifax*, enunciando la piena operatività del principio dell'abuso del diritto in tutti i settori dell'imposizione fiscale, e quindi anche nel comparto dell'imposizione sui redditi⁸. Nella sentenza n. 21221 del 2006, infatti, i giudici di legittimità, dopo aver ribadito che "*non sono opponibili all'amministrazione Finanziaria gli atti che costituiscono abuso di diritto*", hanno assegnato a tale principio portata generale, reputandolo applicabile in tutti i settori dell'ordinamento tributario, e, quindi, sia nell'ambito delle imposte dirette che indirette⁹.

Più precisamente, secondo la Corte di Cassazione¹⁰, la clausola antiabuso, ha assunto il ruolo di "*Generalklausel antielusiva o di General Anti-Avoidance Rule nell'ordinamento tributario*"¹¹. Rinviando al prosieguo ogni commento in proposito, preme ora e ai fini che qui interessano sottolineare come i giudici nazionali precisavano soprattutto che, pur non esistendo un tale principio nelle fonti normative nazionali, "*la sua applicazione, [...] s'impone per essere la stessa di formazione comunitaria*" e proprio da tale origine comunitaria del principio antiabuso traevano la conseguenza (alquanto discutibile, come si vedrà) che la

⁴ Corte di Giustizia, causa C-255/02 del 21.02.2006, *Halifax et alii*; causa C-223/03, del 21.02.2006, *University of Huddersfield Higher Education Corporation vs. Commissioners of Customs & Excise*; causa C-419/02, del 21.02.2006, *Bupa Hospitals*. Sul tema si veda: M. BASILAVECCHIA, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili iva*, in *Corr. Trib.*, n. 19 del 2006, 1935 ss.

⁵ Direttiva n. 77/388/CEE del 17 maggio 1977. Tale direttiva ha sostituito la seconda ed ha un ruolo fondamentale in quanto detta regole uniformi per la determinazione della base imponibile. Sul tema si veda: A.E. GRANELLI, *L'attuazione in Italia della VI direttiva CEE*, in *dir. prat. trib.*, 1979, I, 301 ss.; F. BOSELLO, *L'attuazione delle direttive comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto: l'esperienza italiana*, in *riv. Dir. trib.*, 1997, I, 705 ss.

⁶ Con tali pronunce, in particolare, i giudici comunitari hanno definito i presupposti che in materia d'iva integrano un comportamento abusivo, ritenendo che la lotta contro ogni possibile frode, evasione ed abuso sia un obiettivo promosso e riconosciuto dalla VI Direttiva.

⁷ Corte di Cass., Sez. trib., sent. n. 10353 del 21 febbraio 2006, (*dep. il 5 maggio 2006*), in "il fisco" n. 21/2006, fascicolo n. 1, 3299 ss. I giudici nazionali, infatti, enunciano che "*[...] nell'ordinamento comunitario e, quindi, anche in quello interno deve considerarsi vigente il principio di indetraibilità dell'Iva (art. 17 della citata Direttiva n. 77/388/CEE) assolta in corrispondenza di comportamenti abusivi, volti cioè a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni economiche che, perciò, risultano eseguite in forma solo apparentemente corretta ma, in realtà, sostanzialmente elusiva*". La giurisprudenza comunitaria, in questo modo, detta, per una materia di competenza comunitaria e quindi in modo legittimo, principi in grado di surrogare per l'Iva una norma antielusiva come quella di cui al citato art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

⁸ Corte di Cass., Sez. trib., sent. n. 21221 del 29 marzo 2006 (*dep. il 29 settembre 2006*), sent. n. 8772 del 4 aprile 2008.

⁹ In proposito: G. ZIZZO, *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'imposta e collegamento negoziale*, in *Rass. Trib.*, n. 3, 2008, 873-874.

¹⁰ Cfr. punto 3.5 della sent. 21221 del 2006, cit.: "*[...] Pur riguardando la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo un campo impositivo di competenza comunitaria (l'i.v.a.), questa Corte ritiene che, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza comunitaria, anche nell'imposizione fiscale diretta, pur essendo questa attribuita alla competenza degli Stati membri, gli stessi devono esercitare tale competenza nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel Trattato CE. Tale principio, affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 14 febbraio 1995, C - 279/93, F.K.A. c. R.S., è stato confermato dalla successiva giurisprudenza della Corte (sentenze 13 luglio 1993, C - 330/91, C.; 12 aprile 1994, C - 1/9, H.S.; 15 maggio 1997, C - 250/95, F.P.) [...]*".

¹¹ Corte di Cass., sent. n. 25374 del 17 ottobre 2008, dove, pronunciandosi in merito ad operazioni di *leasing* artificialmente frazionate per ridurre la base imponibile ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, aveva ancora una volta ribadito come la clausola antiabuso, pur avendo fatto la sua apparizione nel contesto delle libertà di prestazione di servizi e di stabilimento, ha assunto il ruolo di "*Generalklausel antielusiva o di General Anti-Avoidance Rule nell'ordinamento tributario*".

clausola opera anche al di fuori dei tributi armonizzati, poiché gli Stati europei sono comunque vincolati al rispetto dei diritti e principi fondamentali dell'ordinamento comunitario¹².

Rispetto a tali conclusioni, con le sentenze di dicembre 2008¹³ cui sopra si accennava, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pur ribadendo l'esistenza nell'ordinamento tributario di un generale principio antielusivo, seguono un diverso percorso argomentativo: la fonte di tale principio, infatti, *"in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, non va rinvenuto nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario"*¹⁴.

I giudici nazionali, più precisamente oltre a negare, in tali sentenze, una derivazione comunitaria al divieto dell'abuso del diritto in materia di imposte non armonizzate, negano anche la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (richiesto nel caso di specie dal contribuente) *«avente a oggetto la compatibilità con il diritto comunitario del trattamento fiscale riservato dall'ordinamento tributario, perché trattasi di imposte dirette e cioè di tributi non armonizzati; sicché resta esclusa qualsiasi rilevanza della normativa comunitaria nel trattamento fiscale di uno Stato membro»*.

La giurisprudenza nazionale, dunque, che finora - come si è visto - sembrava aver trovato una origine comunitaria al divieto di abuso del diritto sia per i tributi armonizzati che per quelli non armonizzati, assume ora, limitatamente a quest'ultimi, una posizione diversa, allontanando ogni riferimento al diritto comunitario.

Per le imposte dirette, infatti, secondo i Giudici nazionali, la fonte del principio in parola è da rinvenirsi nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività (articolo 53, primo e secondo comma¹⁵), in quanto *«I principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla piena attuazione di quei principi. Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale»*¹⁶.

Con il divieto di abuso del diritto così inteso, aggiunge la Cassazione, non contrasta la

¹² M. MANCA, *Abuso del diritto e principi costituzionali*, cit., 366 ss.

¹³ Le sentenze delle Sezioni Unite del dicembre 2008 scaturiscono da due distinti ricorsi proposti all'Amministrazione in tema, di *dividend washing* (sent. n. 30055) e *dividend stripping* (sent. n. 30057). La prima questione scaturiva da un avviso di accertamento che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 del Tuir e 37, comma 3, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, disconosceva la deducibilità di minusvalenze conseguenti ad operazioni di acquisto e rivendita di titoli dopo la riscossione di dividendi in quanto *"poste in essere a soli fini di elusione fiscale"*; nel secondo caso, l'Amministrazione finanziaria contestava la simulazione di un contratto di cessione di usufrutto di azioni (si trattava della partecipazione di controllo di una società residente in Italia) posto in essere tra un cedente non residente (in particolare, una società americana priva di stabile organizzazione in Italia) ed un cessionario residente. Il corrispettivo della cessione era costituito da un pagamento anticipato pari al totale dei dividendi che le parti concordemente presumevano che la società avrebbe distribuito nel periodo di vigenza del contratto. La contestazione dell'Amministrazione comportava il disconoscimento sia della deducibilità della quota di ammortamento del costo di acquisto dell'usufrutto che della spettanza del credito d'imposta per i dividendi incassati.

¹⁴ Per fugare il campo da eventuali equivoci, si sottolinea come, nonostante queste sentenze riguardino fatti verificatisi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 37-bis, tale precisazione non vale assolutamente ad inficiare il discorso portato avanti in questa sede, dato che dal chiaro tenore delle pronunce si deduce che la Corte di Cassazione ha voluto enunciare principi di portata generale e quindi valevoli ben al di là del caso di specie.

¹⁵ Sull'art. 53 della Cost. si veda GIARDINA E., *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961, MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965; GAFFURI G.F., *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969; MAFFEZZONI F., *La capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, MOSCHETTI-LORENZON-SCHIAVOLIN-TOSI, *La capacità contributiva*, Padova, 1993; BATISTONI FERRARA F., *Capacità contributiva*, in *Enc. Dir.*, Agg., III, Milano, 1999, 345.

¹⁶ E. DE MITA, *L'anti-elusione trova una base in Costituzione*, cit.

sopravvenuta introduzione nell'ordinamento tributario di specifiche norme antielusive che appaiono, anzi, un sintomo dell'esistenza della regola generale¹⁷.

L'art. 53 della Costituzione, legando l'imposizione fiscale alla capacità economica del contribuente, non può che esprimere la volontà di colpire una effettiva e vera "forza economica", non potendo questa essere mascherata da schemi formali che nascondono tale realtà economica con il fine di ridurre o addirittura annullare ogni obbligazione tributaria.

I Supremi Giudici nazionali, dunque, ribadiscono un principio incontrovertito del nostro ordinamento secondo il quale è la capacità contributiva reale a dover essere posta a fondamento dell'imposizione fiscale, a prescindere dalle singole leggi impositive che tale "capacità" vanno a tassare.

Il principio dell'abuso del diritto così inteso, inoltre, seguendo l'orientamento dei giudici nazionali, non sarebbe in alcun modo "contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali"¹⁸.

È interessante notare come il ragionamento della Corte di Cassazione che fa leva sull'art. 53, rispecchia questioni già nate anni fa nella prospettiva di scorgere una connessione tra abuso del diritto, frode alla legge (art. 1344 c.c.) e normativa costituzionale¹⁹. L'orientamento al quale si fa riferimento²⁰ individuava quale premessa logica, la natura concettuale e precettiva dell'art. 53 "non solo come limite vincolante per il legislatore ordinario, ma anche come norma imperativa che importi un limite rilevante per la libera esplicazione dell'autonomia privata". Tale dottrina, dunque, già quattro lustri orsono, ipotizzava un'integrazione della valenza precettiva della singola norma tributaria che, con il filtro della citata disposizione costituzionale, risultava idonea alla definizione di un risultato vietato concretamente perseguibile e consistente "nel danno sociale connesso alla elusione fraudolenta della norma tributaria"²¹. A tale impostazione è stato obiettato come un'interpretazione dell'art. 53 mirante alla enucleazione di un generico divieto di eludere le norme tributarie e sanzionabile con l'applicazione dell'art. 1344 c.c. fosse assolutamente impraticabile, considerando l'insanabile contrasto che ne sarebbe derivato con altrettanto importanti principi della Costituzione: si è sottolineato, infatti come una tale ipotesi avrebbe comportato un grave pericolo per la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici privati, determinando una illegittima compressione dell'articolo 41 della Costituzione²²; dall'impostazione criticata, inoltre, poteva derivare una violazione dell'art. 23 della Costituzione, dal momento che l'imprevedibile individuazione concreta "del danno sociale connesso all'elusione fraudolenta della norma tributaria" avrebbe determinato una grande incertezza sugli elementi fondamentali delle scelte impositive²³.

In primo luogo è bene chiarire che le obiezioni allora formulate al più risalente orientamento dottrinario testé esposto, si ritengono tuttora valide. In particolare appare

¹⁷ Corte di Cass., Sez.Un., Sent. n. 30055/2008, cit., punto 2.3.

¹⁸ Corte di Cass., Sez.Un., Sent. n. 30055/2008, cit., punto 2.3.

¹⁹ SANTONASTASO, *I negozi in frode alla legge fiscale*, in *dir. prat. trib.*, I, 1970, 505 ss.; GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. Trib.*, 1989, I, 11 ss.

²⁰ Per approfondimenti su tale orientamento, si rinvia a S. FIORENTINO, *L'elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, Napoli, 1996, 165 ss. e 178-179.

²¹ Così, GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge*, cit., 18 ss. che richiama quanto statuito in Corte di Cass., sent. n. 5 del 1985 in foro it, 1985, I, 704 e in Corte di Cass., Sez. Un., sent. n. 6445 del 1985 in *Giust. Civ.*, 1986, I, 21.

²² In tal senso si vedano le critiche di TABELLINI, *L'elusione fiscale*, Milano, 1982, 142; VERDE, *Frode alla legge e fisco: uno spunto da una recente sentenza delle sez. un. della Cassazione in tema di applicabilità dell'art. 1344 c.c.*, in *Dir. prat. trib.*, 1990, II, 83 ss.; CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale (Il problema dell'elusione tributaria)*, Pavia, 1990, 158.

²³ S. FIORENTINO, *L'elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, cit. 179.

ancora oggi contestabile la considerazione che dall'art. 53, così come dal complesso di valori recato dalle norme Costituzionali, si possano direttamente enucleare regole formali certe in materia impositiva, di cui l'atto elusivo rappresenti l'abuso.

E' d'uopo, in proposito, precisare che tali obiezioni appaiono decisive per confutare l'opinione dottrina più risalente²⁴, anche in considerazione dell' "abnormità" delle conseguenze allora paventate per il comportamento antielusivo, riconducibile cioè ad una condotta "fraudolenta" implicante la nullità del contratto in concreto posto in essere.

Diverse sono, invece, le conseguenze riconducibili al recente orientamento della Cassazione in relazione ad un paventato comportamento "fiscale" che viola il principio generale di abuso *ex art.* 53.

La Corte, infatti, almeno nei percorsi motivazionali più recenti, ha di fatto confermato il radicamento sistematico di una reazione ai comportamenti fiscalmente elusivi nel senso della inopponibilità; di fronte ad una condotta fiscalmente "abusiva" ai sensi dell'art. 53, quindi, l'ordinamento reagisce sancendo l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria degli atti o negozi "coinvolti", non inficiando per converso la validità civilistica dell'operazione.

Ferma la maggiore conformità delle conseguenze enucleate dalla Corte per le condotte antielusive ed una sostanziale omogeneità al percorso argomentativo oggi vigente nell'art. 37 *bis* DPR n. 600/1973, si ribadiscono le obiezioni allora formulate²⁵. Obiezioni che solo un intervento legislativo che generalizzi la norma contenuta nell'art. 37-*bis* citato potrà mettere definitivamente a tacere.

Rinviando al prosieguo del lavoro alcuni cenni in merito a tale auspicabile soluzione legislativa, preme sottolineare sin da ora come dall'assenza allo stato dell'arte di una disposizione antielusiva di carattere generale, non possa che derivare l'inapplicabilità del principio dell'abuso del diritto (sia di origine civilistica *ex art.* 1344 c.c., che di matrice comunitaria), dato che, al di fuori della previsione di una specifica disposizione tributaria, la pretesa di ricondurre un atto formalmente permesso nell'ambito di quelli vietati fuoriesce chiaramente dall'operatività di una regola formale data, implicando, per converso, la creazione di una nuova e diversa regola formale²⁶.

In conclusione, sebbene debba riconoscersi, si ritiene, al recentissimo orientamento dei giudici di Cassazione (dicembre 2008), rispetto a quanto espresso in precedenti sentenze, il merito di una lettura del principio antiabuso più conforme al nostro sistema tributario, la verità è che l'enucleazione in via ermeneutica di una norma antielusiva generale sembra incompatibile con un sistema tributario che dal punto di vista della definizione dei presupposti tassabili in tema di reddito è ancora legato al metodo casistico²⁷.

Il ragionamento svolto dalla Corte di Cassazione, infatti, indurrebbe a ritenere che la seconda parte dell'articolo 37-*bis* è solo esemplificativa o praticamente soppressa, ma comunque non tassativa, al contrario di ciò che eravamo abituati a credere seguendo il processo storico che aveva formalmente introdotto nell'ordinamento norme antielusive particolari²⁸.

Ai fini di completezza, si sottolinea come anche successivamente²⁹ la Corte di Cassazione ha avuto modo di ribadire quanto affermato nelle sentenze di dicembre 2008, sottolineando che "*Il principio costituzionale della capacità contributiva (art. 53 Cost.), canone informatore dell'ordinamento tributario, costituisce causa ostativa al conseguimento di risparmi di imposta o vantaggi fiscali attraverso l'esercizio dell'autonomia privata laddove non siano riscontrabili*

²⁴ Così, GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge*, cit., 18 ss.

²⁵ Mancanza di una regola formale certa, che discenda direttamente dall'art. 53 e la cui violazione rappresenti un "abuso" *ex se* censurabile nell'ordinamento tributario.

²⁶ S. FIORENTINO, *L'elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, cit. 169-170.

²⁷ E. DE MITA, *L'anti-elusione trova una base in Costituzione*, cit..

²⁸ E. DE MITA, *L'anti-elusione trova una base in Costituzione*, cit..

²⁹ Corte Cass., Sez. tributaria, sent. n. 1465 del 21 gennaio 2009.

*obiettive ragioni economiche a giustificazione del ricorso agli strumenti negoziali utilizzati dal contribuente nell'ambito della libera iniziativa imprenditoriale*³⁰.

2) L'estensione del principio dell'abuso del diritto al settore dell'Iva

Si è già accennato come, prima di tali interventi della giurisprudenza nazionale che hanno individuato una base costituzionale al principio dell'abuso del diritto, la Corte di Giustizia (sentenze *Halifax*, *University of Huddersfield*, e *Bupa Hospitals*³¹), seguita dalla Corte di Cassazione³², aveva esteso il principio dell'abuso del diritto alla materia dell'Iva, definendo i presupposti che in tale ambito integrano un comportamento abusivo e ritenendo che la lotta contro ogni possibile frode, evasione ed abuso sia un obiettivo promosso e riconosciuto dalla VI Direttiva.

In realtà, dalla mancanza sia in ambito comunitario che in ambito nazionale di una disposizione che in materia tributaria espressamente sancisca il divieto di abuso del diritto così come enucleato dalla giurisprudenza comunitaria, discende la delicata problematica della diretta applicabilità del principio nel nostro ordinamento³³.

Con riguardo proprio a tale questione e ai fini di una corretta impostazione del discorso, è necessario distinguere nettamente il settore delle imposte sui redditi da quello dell'Iva.

L'analisi prenderà le mosse proprio da quest'ultimo comparto, per il quale, già si enuncia, si ritiene che non si frappongono ostacoli alla diretta valenza nell'ordinamento interno dei principi tracciati dai giudici europei.

Ratione materiae, infatti, solo nei settori fiscali disciplinati dal diritto comunitario - cioè, solo per le imposte armonizzate - può legittimamente ipotizzarsi una diretta efficacia del principio in parola. E' noto, in proposito, come l'Iva³⁴ sia stata ideata proprio in sede comunitaria per armonizzare le legislazioni fiscali nazionali sugli scambi: il Trattato Ce, all'art. 93³⁵, infatti, riconosce al Consiglio il potere di armonizzare le legislazioni degli Stati membri in materia di imposte indirette, nella misura in cui ciò è necessario ai fini della realizzazione di un mercato unico e della instaurazione di un regime di libera concorrenza, non alterato da distorsioni fiscali.

Da ciò si evince che la Comunità europea ha una competenza limitata in materia fiscale: non può influire in modo illimitato sui sistemi fiscali nazionali, essendo la sua competenza

³⁰ In tale ultima occasione, in particolare, i giudici nazionali con riguardo all'onere della prova hanno sottolineato: "Questa Corte ha già avuto modo di precisare che l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti di una pratica elusiva - avvalendosi anche dei meccanismi presuntivi di cui la legislazione tributaria fa largo uso - grava sull'Amministrazione che intenda procedere alle conseguenti rettifiche (ex multis Cass. 25.3.2003 n. 4317)". Compete, dunque, all'Amministrazione finanziaria allegare i fatti e gli elementi costitutivi della pretesa tributaria e, nella specie, le circostanze a dimostrazione dell'oggettiva natura elusiva delle operazioni poste in essere dal contribuente; parimenti, quest'ultimo è chiamato ad assolvere l'onere di illustrare e giustificare le motivazioni di carattere economico - concrete, effettive ed essenziali - poste a fondamento delle scelte operate nell'esercizio dell'attività d'impresa

³¹ In proposito si rinvia alla nota n. 4.

³² Corte di Cass., Sez. trib., sent. n. 10353 del 21 febbraio 2006, (dep. il 5 maggio 2006), cit. In proposito si rinvia alla nota n. 7.

³³ Sul tema: POGGIOLI M., *La Corte di giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, n. 5, 135 ss.; M. PISANI, *Abuso del diritto ed elusione nell'Iva*, in *Il fisco*, 2007, n. 38, 5617 ss.

³⁴ R. PERRONE CAPANO, *L'imposta sul valore aggiunto*, Napoli, 1977; A. COMELLI, *Iva comunitaria e Iva nazionale. Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000; Aa. Vv., *L'imposta sul valore aggiunto. Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesaro, Torino, 2001.

³⁵ L'art 93 del Trattato Ce enuncia che "il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative all'imposta sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte dirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno entro il termine previsto dall'art. 14."

circoscritta ad alcuni settori impositivi specifici (imposta sulla cifra d'affari, imposta sui consumi, altre imposte indirette); inoltre, essa può intervenire, "armonizzando", solo "nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno".

Con riguardo, invece, alle imposte dirette, nel Trattato non è espressamente sancita l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, ma si riconosce comunque alla Comunità la possibilità di intervenire in tale settore, in virtù della portata generale della norma in materia di ravvicinamento delle legislazioni contenuta nell'art. 94 del Trattato³⁶.

La Corte di Giustizia, dunque, ha dettato, ed in modo legittimo, trattandosi, come si è visto, di materia di competenza comunitaria, principi in grado di surrogare per l'Iva una norma antielusiva come quella di cui al citato art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973. Di conseguenza, attualmente, nel sistema tributario si può giungere ad una valutazione di elusività del comportamento dei soggetti passivi Iva, pur non potendosi applicare la norma di cui all'art. 37-*bis*, sulla base di un principio enucleato in via suppletiva dalla Corte di Giustizia³⁷.

All'interno dello spazio giuridico europeo, invece, come è noto, gli Stati membri godono di autonomia normativa nel settore delle imposte sui redditi³⁸.

L'unico vincolo indiretto, come si è accennato, deriva dalla necessaria osservanza dei principi fondamentali dell'Unione, nella prospettiva del funzionamento del mercato interno senza barriere per la circolazione transfrontaliera dei capitali e delle persone fisiche e giuridiche.

Nel comparto dell'imposizione sul reddito, i parlamenti nazionali sono, dunque, liberi di determinare e modificare le basi imponibili e di agire sulle aliquote d'imposta, fermo restando l'intervento dell'Unione qualora le norme tributarie esponano a rischio il funzionamento del mercato interno o minaccino le libertà fondamentali dei singoli, come nel caso di indebite discriminazioni o compressioni delle libertà di circolazione e stabilimento.

Ne deriva una primissima conclusione - cioè l'efficacia in ambito nazionale del principio limitatamente alla materia dell'Iva - che è suffragata, si ritiene, oltre che dalla competenza comunitaria in materia, dalle seguenti considerazioni.

In primis, la Corte di Giustizia, nel contesto di controversie afferenti proprio all'Iva, ha delineato in modo sufficientemente definito i connotati dell'istituto dell'abuso del diritto in tale materia ed è proprio tale definizione piuttosto puntuale che ne rende possibile l'impiego nel diritto interno che - come è noto - non conosce né una definizione, né un apparato antagonista, riferibili all'elusione in materia di Iva.

Inoltre, se si evidenziano i punti delle decisioni della Corte di Giustizia, nei quali si definisce l'abuso, non si può non cogliere la sostanziale identità definitoria tra la disciplina antielusiva contenuta nell'art. 37-*bis* citato (non applicabile all'Iva) e la nozione di abuso delineata dalla Corte di Giustizia con riguardo alla materia dell'Iva: "*l'inopponibilità delle operazioni "elusive", delineata in generale dal comma 1 dell'art. 37-bis, richiede la sussistenza di due requisiti: (1) l'aggiramento di una fattispecie imponibile legalmente precostituita e (2) l'assenza di valide ragioni economiche"*³⁹.

Senza voler in questa sede insistere ulteriormente su tale aspetto, è sufficiente

³⁶ L'art. 94 dispone che: "*Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune.*" Per un approfondimento sull'armonizzazione delle imposte indirette e sul ravvicinamento delle imposte dirette, si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte speciale, Utet, 2008, 341 ss.; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Parte speciale, Cedam, 2008, 899 ss.

³⁷ M. BASILAVECCHIA, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili Iva*, in *Corr. Trib.*, n. 19 /2006, 1466 ss.

³⁸ Si veda: C. ATTARDI, *Il divieto di abuso del diritto nel settore delle imposte dirette*, in *il fisco*, n. 37, 2008, fascicolo n. 1, 6661 ss.

³⁹ Cfr. S. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'Ires*, 2007, Cedam, 272 ss.

richiamare il seguente passaggio fondamentale della sentenza *Halifax*⁴⁰ laddove si enuncia che: “[...] perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della VI Direttiva e dalla legislazione nazionale che la traspone, portare ad un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale [...]”, per scorgere significative somiglianze con l'art. 37-bis laddove, al primo comma, è stabilito che “Sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti [...]”.

Le analogie, dunque, sono evidenti⁴¹. Sulla scorta, pertanto, di quanto enunciato dalla Corte di Giustizia, pur non potendosi applicare direttamente l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 nel settore dell'iva, oggi è comunque possibile una valutazione di elusività anche in questo ambito, proprio in virtù di una clausola antielusiva non scritta e analoga a quella presente nel nostro art. 37-bis citato⁴².

Ora, proprio questo parallelismo tra i requisiti necessari per considerare una condotta elusiva in materia di imposte dirette in virtù di una espressa legge nazionale e i requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo all'Iva, rendono, si ritiene, l'applicazione interna del principio dell'abuso del diritto delineato dalla Corte di Giustizia in sintonia rispetto al sistema tributario nazionale.

Aldilà, però di questa similitudine che potremmo definire “sostanziale”, molti sono gli spunti di riflessione che il ragionamento offre.

Si pensi, ad esempio, al profilo procedimentale connesso all'applicazione dell'abuso del diritto in materia di Iva: l'applicazione di tale principio così come delineato in sede comunitaria consente di “scavalcare” tutte quelle garanzie relative al contraddittorio ed alla riscossione che, come è noto, il legislatore ha riconosciuto, a garanzia del contribuente, nell'art. 37-bis⁴³.

Si pensi, poi, al delicato problema della sanzionabilità delle condotte elusive:

⁴⁰ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*, cit., paragrafo 86.

⁴¹ M. BASILAVECCHA, *Norma antielusione e “relatività” delle operazioni imponibili iva*, cit., 1466 ss.: l'Autore sottolinea l'analogia, mette in evidenza come da un lato gli atti e comportamenti sono definiti come funzionali alla fruizione di un vantaggio fiscale non consentito dai principi e dalle norme dell'ordinamento, e avulsi dalla compresenza di ulteriori ragioni economiche non fiscali, dall'altro la loro sterilizzazione nei confronti del Fisco è praticata mediante una sorta di inopponibilità, che consente di procedere ad una nuova rideterminazione del tributo sulla base della stessa situazione che si sarebbe verificata se quegli atti o comportamenti non fossero venuti ad esistenza. *Contra*, G. ZIZZO, *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'imposta e collegamento negoziale*, cit., 874-875: “Non concordo pertanto con la Cassazione, laddove generalizza il principio comunitario dell'abuso del diritto. Questo principio non dovrebbe infatti filtrare nell'area delle imposte sui redditi, né direttamente, appunto, né indirettamente, quale criterio interpretativo della clausola antielusione di cui all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 [...] Per la giurisprudenza comunitaria, dunque, nella verifica intorno all'esistenza della pratica abusiva l'indagine si muove su un piano solo quello dell'interesse al risparmio d'imposta, il quale, da un insieme di elementi obiettivi, deve risultare essenziale nella decisione di realizzare la manovra. L'interesse al risparmio d'imposta deve pertanto manifestarsi indispensabile, nel senso che la decisione non sarebbe stata assunta senza i vantaggi tributari che la accompagnano. La presenza di concorrenti interessi extrafiscali importa solo nella misura in cui consente di individuare un autonomo percorso alla giustificazione dell'operazione. Di affermare, cioè, che la stessa sarebbe stata realizzata anche senza i connessi vantaggi tributari. Per l'art. 37-bis, invece, il giudizio sugli interessi extrafiscali, sulle valide ragioni economiche, è chiaramente autonomo, e parallelo, rispetto a quello che riguarda l'interesse al risparmio d'imposta, declinato nell'esigenza che la manovra sia diretta ad ottenere un risparmio d'imposta. Con la conseguenza che, ancorché quest'ultimo si concluda con esito positivo (nel senso, cioè, della sussistenza del prescritto interesse al risparmio d'imposta), l'enucleazione di valide - cioè serie, apprezzabili, significative - ragioni economiche impedisce di affermare l'inopponibilità dell'operazione. Questo duplice livello di analisi differenzia l'accertamento, richiesto dalla clausola di cui all'art. 37-bis, da quello delineato dalla giurisprudenza comunitaria, per la quale la valutazione è unitaria, e si sviluppa essenzialmente sul piano soggettivo, riguardando la concreta ricorrenza del predetto scopo essenziale, ancorché desunta “da un insieme di elementi obiettivi”.

⁴² M. BASILAVECCHA, *Norma antielusione e “relatività” delle operazioni imponibili iva*, cit., 1466 ss.

⁴³ L. SALVINI, *L'elusione iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, cit., 3097 ss.

sanzionabilità, enunciata attualmente dalla legislazione interna, e espressamente negata dalla Corte di Giustizia⁴⁴, la quale ha avuto modo di sottolineare (ed in modo condivisibile) come la irrogabilità della sanzione presuppone la violazione diretta e frontale di un precetto la cui portata è del tutto chiara così nella definizione del comportamento richiesto come in quella della conseguenza della violazione⁴⁵ (per un tentativo di soluzione di tali questioni si rinvia al paragrafo 4).

3) *Da nomofilachia a nomogenesi: la Corte di Cassazione estende il principio alle imposte dirette*

Passando ad analizzare la possibilità di applicare il principio in parola alla materia delle imposte dirette, si sottolinea, da subito, come la sentenza "*Halifax*" si riferisce all'Iva e non si rinviengono in questa come nelle altre sentenze della stessa data elementi che consentano di affermare l'esistenza di un canone ermeneutico antiabuso generale e quindi applicabile anche alle imposte dirette⁴⁶.

E' noto, inoltre, come per le imposte sui redditi il legislatore nazionale per contrastare le condotte elusive ha ritenuto di adottare una ben precisa tecnica consistente nell'enunciazione di norme *ad hoc*: si pensi, in proposito, all'art. 37-*bis* citato che, sebbene sia una previsione a carattere ampio, ha comunque un'applicazione circoscritta a fattispecie analiticamente individuate; si pensi, poi, alla molteplicità di disposizioni specifiche tra le quali, a mero titolo esemplificativo, si ricorda la previsione di cui all'art. 118, comma 2, del Tuir, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, in materia di utilizzo delle perdite fiscali nell'ambito del consolidato nazionale.

Questa, così come altre disposizioni del nostro ordinamento aventi la medesima finalità antielusiva, costituisce prova della modalità con la quale il legislatore nazionale ha deciso di contrastare le condotte elusive in materia di imposte sui redditi e, di conseguenza, in un sistema rigido come il nostro, si ritiene non sia possibile reprimere i comportamenti elusivi in casi diversi da quelli contemplati da specifiche disposizioni antielusive, facendo leva sull'interpretazione estensiva delle norme esistenti.

Già la sola esistenza, nel nostro ordinamento, di tali specifiche disposizioni potrebbe costituire una conferma dell'inesistenza di una generale regola di divieto di comportamenti abusivi. Questi ultimi, infatti, sono colpiti dalle norme a ciò specificamente destinate, e non appare coerente con un approccio sistematico al comparto in esame la possibilità di invocare un principio di portata così ampia ogni qualvolta le norme antielusive non siano in grado di operare.

Sicuramente, come si è accennato poco sopra, la terminologia impiegata dalla giurisprudenza comunitaria rende manifesti molteplici aspetti di analogia tra il principio comunitario e la parte generale dell'art. 37-*bis*, tali da legittimare una lettura che intravede nei due assunti un medesimo principio.

Nonostante l'analogia tra la nozione di elusione fiscale *ex art. 37-bis* e quella di abuso del diritto di matrice comunitaria sia a nostro parere evidente, non è comunque possibile la trasposizione nel comparto delle imposte dirette del principio comunitario sulla base di un percorso ermeneutico che faccia leva proprio sull'art. 37-*bis*. Tale via, infatti, si rivela

⁴⁴ Chiarissimo in proposito è il par. 93 della decisione C-255/02, "*Halifax*", cit.

⁴⁵ L. SALVINI, *L'elusione iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, cit., 3097: "Si deve infine rilevare che, nel caso di applicazione nel nostro ordinamento dei principi antiabuso affermati nella sentenza, non sembra potersi prescindere dal loro integrale recepimento, con alcuni rilevanti corollari. Primi fra tutti, quelli relativi alla necessità che il fine elusivo sia esclusivo, alla necessità che gli effetti fiscali della fattispecie siano interamente ricostruiti (ove possibile) "nel bene e nel male", alla non irrogabilità delle sanzioni."

⁴⁶ L. SALVINI, *L'elusione iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, cit., 3097 ss.

assolutamente non praticabile per le valutazioni che seguono.

Innanzitutto, anche dopo l'introduzione nel nostro ordinamento di tale specifica disposizione antielusiva continua a mancare una enunciazione del tipo di quella sancita nell'art. 42 della legge generale fiscale tedesca del 1977, secondo cui *"la legge fiscale non può essere elusa attraverso abuso di forme giuridiche ammesse. Se ricorre un abuso, la pretesa fiscale sussiste come se fosse presente una forma giuridica adeguata ai fenomeni economici"*.

L'art. 37-bis, infatti, resta una norma settoriale, essendo collocata all'interno di un testo normativo che racchiude *"disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi"* (D.P.R. 600/1973), dal qual dato si evince un campo di riferimento limitato alle sole imposte dirette e contenendo, al comma 3, un'elencazione tassativa delle ipotesi a cui si applica.

Aldilà degli ostacoli - che si ritiene siano insormontabili - che si frappongono alla diretta traslazione del principio nell'ordinamento nazionale, si sottolinea come la conclusione appena enunciata sia in linea con quanto affermato dai giudici comunitari nella sentenza *Kofoed*⁴⁷. In tale occasione, infatti, sottolineando come l'abuso del diritto nel settore delle imposte dirette può essere contrastato o attraverso norme interne espressamente antiabuso, oppure interpretando le disposizioni nazionali, laddove possibile, in conformità con le regole comunitarie, la Corte di Giustizia ha implicitamente confermato l'inesistenza di una clausola generale antiabuso, negando, così, la possibilità di un'applicazione generalizzata anche al comparto dell'imposizione diretta⁴⁸.

Tale orientamento è profondamente diverso rispetto a quello sposato dalla nostra Corte di Cassazione, la quale, come si è accennato, ha esteso il principio in parola anche alle imposte dirette, rinvenendo, almeno inizialmente, il fondamento di una generale clausola antielusiva nella giurisprudenza comunitaria e assumendo così una posizione che provocatoriamente potremmo definire nomogenetica piuttosto che nomofilattica⁴⁹; successivamente, come si è visto, ha riconosciuto una base costituzionale al principio in parola con un ragionamento che, pur approdando sempre alla stessa conclusione (l'esistenza, nell'ordinamento nazionale, di una clausola generale non scritta) si rivela sicuramente meno criticabile rispetto al precedente. Anche tale ultimo arresto della giurisprudenza nazionale, peraltro, lascia perplessi per le ragioni già esposte nel paragrafo introduttivo, nonché perché "tace" su profili di preminente importanza: gli aspetti sanzionatori e la tutela del contribuente nel procedimento di accertamento delle condotte elusive, aspetto quest'ultimo che, invece, il

⁴⁷ Corte Giust., sent. 5 luglio 2007, causa C-321/05, caso *Kofoed*, in *il fisco*, n. 36, 2007, fascicolo n. 2, 5078 ss. e in *Rass. Trib.*, n. 1, 2008, 261

⁴⁸ In dottrina ha recentemente affermato la correttezza dell'interpretazione della Corte di Cassazione e, quindi, la condivisibilità della tesi che predica l'estensione del principio antiabuso anche nel settore delle imposte sui redditi: E. FORTUNA, *L'evoluzione dell'abuso di diritto quale principio antielusione dall'ordinamento comunitario a quello nazionale*, cit., 5251. *Contra* M. BEGHIN, *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e "abuso del diritto"*, in *Corr. Trib.*, 2008, 1777, secondo il quale *"il divieto di abuso non può prescindere dall'innesto, nel percorso negoziale, di disposizioni comunitarie"*. In particolare, vi sarebbe *"una differenza abissale tra le questioni che possono emergere con riferimento ai tributi armonizzati e le questioni che, al contrario, riguardano i tributi esclusi dalla citata armonizzazione"*. Quindi, secondo l'Autore, nel caso in cui si discuta circa la deducibilità di una minusvalenza patrimoniale, la disciplina interna non ha nulla a che vedere con il diritto sopranazionale e, in definitiva, *"la linea argomentativa impiegata dalla Cassazione, dunque, non è armonica rispetto alle conclusioni raggiunte nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE, laddove ritiene applicabile il suddetto principio (di divieto di abuso del diritto) anche a situazioni prive di qualsiasi punto di contatto con la disciplina comunitaria"*.

⁴⁹ Cass., Sez. trib., 5 maggio 2006, n. 10352, ove si afferma che *"... nella disciplina anteriore all'entrata in vigore dell'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall'art. 7 del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, pur non esistendo nell'ordinamento fiscale italiano una clausola generale antielusiva, non può negarsi l'emergenza di un principio tendenziale, desumibile dalle fonti comunitarie e dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale ..."*; ma anche la recente sent. n. 8772 del 4 aprile 2008. In tale occasione la Corte di Cassazione, infatti, ha finito per applicare il principio comunitario dell'abuso del diritto ad un'ipotesi di *dividend washing*.

legislatore nell'art. 37-*bis* ha tenuto in debita considerazione.

4) *Valutazioni conclusive de iure condito e de iure condendo*

Volendo ora trarre le fila del discorso fin qui compiuto, dobbiamo concludere per la sicura applicabilità nel nostro ordinamento del principio in parola, in ambito Iva. Tale conclusione, però, sebbene appare, a nostro avviso, come la più coerente rispetto al sistema non è indenne da questioni problematiche.

Contrastando, infatti, i fenomeni elusivi in materia d'Iva attraverso l'utilizzo del divieto di abuso, si delineerebbero, in ambito domestico, come si accennava, due diversi percorsi di contrasto alla costruzione di scappatoie giuridiche. In particolare, per le imposte sul reddito avremmo un procedimento particolarmente garantista per il contribuente, precontenzioso, caratterizzato dal contraddittorio; per l'Iva, invece, un *iter* "deformalizzato" e "semplificato", privo di tutte quelle garanzie relative al contraddittorio e alla riscossione che pure il legislatore ha ritenuto di accordare a garanzia del contribuente nell'art. 37-*bis*. Per l'Iva, insomma, il disconoscimento del diritto alla detrazione, non essendo dominato da un modello legale, sarebbe in concreto affidato alle valutazioni dei soggetti tenuti alla formazione dell'avviso di accertamento, assumendo così un peso determinante, per la qualificazione della fattispecie come "abusiva", la preparazione del funzionario, laddove, invece, per le imposte sui redditi prevarrebbero le scelte "oggettive", cristallizzate nel testo legislativo ed esplicitatesi in un elenco tassativo di ipotesi.

In realtà, riteniamo che la soluzione a tale inaccettabile divaricazione di procedimenti in relazione a condotte tutte elusive non possa che provenire dal legislatore.

E' quanto mai necessaria, infatti, una regolamentazione *ex lege* del tema dell'abuso del diritto con conseguente rivisitazione di quelle norme a funzione antielusiva presenti nell'attuale ordinamento tributario.

Più precisamente, la clausola di cui all'art. 37-*bis*, si ritiene, possa essere elevata al rango di clausola generale dell'ordinamento tributario, disancorandosi da uno specifico settore, e da applicazioni circoscritte ad ipotesi tassative, così estendendo le cautele procedurali ivi previste e soprattutto escludendo l'irrogabilità di sanzioni (sia amministrative che penali). Oltretutto, come si è visto, l'attuale formulazione dell'art. 37-*bis* è abbastanza omogenea, sia con l'elaborazione giurisprudenziale recente della Corte di Giustizia⁵⁰, sia con le clausole adottate dagli altri sistemi fiscali europei.

L'auspicata generalizzazione, inoltre, soprattutto se la Corte di Cassazione dovesse insistere nell'applicazione del principio comunitario al campo delle imposte sui redditi, avrebbe una modesta ricaduta sull'estensione della sfera delle condotte da qualificare come inopponibili all'Amministrazione, ma: consentirebbe di uniformare le condizioni per qualificare le condotte come elusive, assicurando una maggiore coerenza e trasparenza nell'accertamento della ricorrenza del fenomeno; offrirebbe maggiori e più uniformi garanzie procedurali; e, soprattutto, contribuirebbe non poco alla certezza del diritto, principio di civiltà giuridica.

La strada, dunque, intrapresa nel 1990 non va abbandonata, bensì proseguita: il progressivo ampliarsi delle ipotesi alle quali l'art. 37-*bis* può applicarsi ha di fatto "scolorito" il carattere di tassatività della stessa, rendendo ormai maturi i tempi per l'introduzione di una clausola generale.

Ciò nella convinzione che una clausola antielusiva limita i fenomeni più distorsivi di pianificazione fiscale, senza incidere sulla certezza giuridica e sull'affidamento⁵¹ cosa che, al contrario avverrebbe se il contrasto all'elusione passasse attraverso clausole generali non

⁵⁰ M. BASILAVECCHA, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili iva*, cit., 1935 ss.

⁵¹ M. BASILAVECCHA, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili iva*, cit., 1935 ss.

scritte (e, prima di ciò, attraverso declaratorie di nullità o di simulazione dei contratti).

In un certo senso il percorso a cui abbiamo assistito con riguardo al principio dell'abuso del diritto e che in questo lavoro si è tentato di sintetizzare è opposto rispetto a quello a cui siamo adusi. Di solito si comincia con una legge, per poi passare alle applicazioni giurisprudenziali; in questo caso, al contrario, l'*input* è stato fornito dalla giurisprudenza comunitaria, per poi proseguire con la giurisprudenza nazionale, i cui interventi, ora quasi nomogenetici (si pensi alle sentenze con le quali la Cassazione ha esteso il principio alle imposte dirette) ora più vicini ad un'"interpretazione evolutiva" (si pensi alle recenti sentenze di dicembre 2008), hanno avuto comunque il merito di sottolineare l'indifferibilità di un intervento legislativo.

Il conferimento e lo scambio di partecipazioni societarie tra soggetti interni: quando il principio di derivazione determina ipotesi di discriminazione.

di Antonio Visconti

SOMMARIO: 1) Premessa - 2. Lo scambio di partecipazioni tra soggetti interni - 2.1) Il conferimento di partecipazioni, ex art. 175 del tuir - 2.1.1) Il conferimento di partecipazioni dotate dei requisiti Pex - 3) Lo scambio di partecipazioni, ex art. 177 del tuir - 3.1) Lo scambio di partecipazioni mediante permuta - 3.2) Lo scambio di partecipazioni mediante conferimento - 4) Profili di criticità del modello di tassazione a "realizzo contabile", ex art. 175 e 177, co. 2 del tuir - 5) Conclusioni.

1) *Premessa*

La disciplina delle operazioni straordinarie di impresa rappresenta uno dei settori dell'imposizione diretta più articolati e affascinanti. Lo studio della stessa, infatti, coinvolge molteplici ambiti che vanno dal diritto comunitario (Direttiva 90/434/CE e nella successiva Direttiva 2005/19/CE) al diritto commerciale e contabile. Nelle pagine seguenti si è cercato di ricostruire con una certa analiticità, anche tenendo conto dei più recenti pronunciamenti della giurisprudenza, della dottrina e della prassi amministrativa, il regime attualmente vigente nell'ambito dell'imposizione fiscale delle operazioni di conferimento e di scambio di partecipazioni societarie.

Tale analisi, finalizzata ad una ricognizione dei predetti istituti, offre lo spunto per porre l'attenzione su talune distorsioni che, a causa del principio generale di derivazione e di quello speciale del realizzo contabile, si determinano in tale settore. Come di seguito si vedrà, non si comprendono le motivazioni per cui, in dispregio del dettato comunitario a cui la norma interna rinvia e degli stessi principi generali di valutazione contenuti nel tuir, il Legislatore resista in tale ambito con il mantenimento di un criterio di tassazione collegato alle iscrizioni contabili, laddove è evidente che tale situazione determina forti discriminazioni, con la conseguenza di disincentivare la realizzazione di siffatte iniziative.

In particolare, ci soffermeremo sulle disposizioni regolanti il conferimento e lo scambio di partecipazioni tra soggetti interni, contenute rispettivamente negli artt. 175 e 177 del d.p.r. 917/86 (tuir), cercando di coglierne i profili di specificità, anche al fine di comprendere la scelta legislativa di inserire in due distinti articoli di legge la regolamentazione di fattispecie così simili.

Una volta analizzata la materia, si cercherà di mettere in evidenza le opportunità derivanti dall'attuazione di tali istituti, nonché le possibili criticità che tale disciplina determina rispetto all'insieme delle disposizioni in materia di redazione del bilancio e ai principi comunitari.

2) *Il Conferimento di partecipazioni, ex art. 175 del tuir.*

L'art. 175 del tuir, dopo le modifiche apportate dall'art. 1, comma 46, della legge finanziaria 2008, disciplina esclusivamente le operazioni di conferimento di partecipazioni di controllo e di collegamento effettuate tra soggetti residenti, nell'esercizio di imprese commerciali.

La norma prevede, sotto il profilo della territorialità, il requisito della residenza in Italia (come individuato dagli artt. 5 e 73 del tuir) solo per i soggetti che pongono in essere l'operazione, a nulla rilevando la residenza della società le cui partecipazioni sono oggetto del conferimento; per quanto attiene gli ambiti oggettivi e soggettivi di applicazione, la stessa opera nella sola ipotesi in cui il conferimento riguardi una partecipazione di controllo (ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1 e n. 2, del codice civile), ovvero di collegamento (ai sensi dell'art. 2359, comma 3, del codice civile) detenuta in una società di persone o di capitali, a nulla rilevando il periodo di detenzione della partecipazione stessa, possedute da parte di persone giuridiche o persone fisiche, operanti o meno in regime di impresa.

Il comma 1 stabilisce - ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 86 (tassazione delle plusvalenze), fatti salvi i casi di esenzione di cui all'art. 87 (particolari tipologie di partecipazioni che godono dell'esenzione sulle relative plusvalenze, cd. PEX), per i conferimenti di partecipazioni di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 del c.c. (controllo e/o collegamento), effettuati tra soggetti residenti in Italia nell'esercizio di imprese commerciali - , che "si considera valore di realizzo quello attribuito alle partecipazioni, ricevute in cambio dell'oggetto conferito, nelle scritture contabili del soggetto conferente ovvero, se superiore, quello attribuito alle partecipazioni conferite nelle scritture contabili del soggetto conferitario". Ex art. 175 del tuir, rappresenta, dunque, valore di realizzo delle partecipazioni, il valore contabile attribuito dal conferente alle partecipazioni ricevute in cambio di quelle conferite o, il valore attribuito dal conferitario alle partecipazioni ricevute nelle proprie scritture contabili.

Il co. 2 del medesimo articolo stabilisce che il regime di cui al comma precedente non potrà trovare applicazione nel caso in cui le partecipazioni conferite non possiedano i requisiti per l'esenzione delle plusvalenze realizzate sulle stesse, di cui all'art. 87 del tuir (fatta eccezione per il requisito del periodo minimo di possesso, c.d. Holding period), ed a condizione che le partecipazioni ricevute in cambio non siano anch'esse prive dei requisiti di cui all'art. 87 del tuir. Non sarà, dunque, applicabile il regime di cui al co. 1 appena analizzato, qualora - a fronte del

conferimento di partecipazioni prive dei requisiti per l'esenzione delle plusvalenze, come stabiliti dalle lett. b), c) e d) del comma 1 dell'art. 87 del tuir -, si ottengano partecipazioni in possesso di tali requisiti . Pertanto, ai sensi del co. 2 dell'art. 175, nell'ipotesi di conferimento di partecipazioni in cui tale circostanza si realizzi, ai fini del calcolo della plusvalenza, assumerà rilievo il valore normale di queste partecipazioni, determinato secondo la definizione fornita dall'art. 9 del tuir.

Ciò detto, occorre comprendere le motivazioni che sottendono tale scelta legislativa di non applicabilità del regime di neutralità in siffatta ipotesi e la conseguente congruità di tale disposizione con la disciplina generale di riferimento.

2.1) Il conferimento di partecipazioni dotate dei requisiti Pex.

Per quanto attiene il conferimento di una partecipazione non ricadente nel regime di esenzione, ex art. 87 del tuir, rispetto al quale il soggetto conferente (impresa commerciale) riceve una partecipazione in possesso dei requisiti per cui la plusvalenza derivante dalla relativa cessione risulta essere esente, si ha, ai sensi del co. 2 dell'art. 175 del tuir, che l'eventuale maggiore valore attribuito alla partecipazione ricevuta sarà sottoposto a tassazione, assumendo quale valore di trasferimento il valore "normale" di mercato della stessa, ex art. 9 del tuir. Ciò accade non perché si origini un incremento patrimoniale suscettibile di misurare una manifestazione di capacità contributiva in capo al conferente, né perché si interrompe il collegamento tra conferente e bene conferito, posto che l'operazione in discorso non integra alcun distacco del bene dalla sfera giuridica del proprietario, né tantomeno un'espulsione dello stesso dal regime giuridico dei beni d'impresa. Tale disposizione appare finalizzata a definire il passaggio da un regime tributario ad un altro, con la conseguenza di dover considerare il carico fiscale implicito di cui è portatrice la partecipazione conferita, stante l'impossibilità di trasferire sulle partecipazioni ricevute un valore fiscalmente rilevante che, dato il particolare regime a cui questa è sottoposta (esenzione), non può esprimere .

Viene a mancare, dunque, il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti nella sfera del conferente, in quanto questi riceverà partecipazioni che non genereranno plusvalenze nell'ipotesi di successiva cessione.

Pertanto, viene a mancare anche il presupposto essenziale per improntare il sistema impositivo della neutralità al criterio dei valori contabili.

Tale risultato si giustifica, simmetricamente, considerando che, in correlazione all'emergere di un valore di realizzo nella sfera del conferente, si registra l'ingresso di maggiori valori fiscali nella sfera della conferitaria.

In teoria, a fronte della irrilevanza reddituale delle "partecipazioni ricevute", l'ordinamento avrebbe potuto consentire la continuità dei valori fiscali relativamente alla (sola) partecipazione conferita, così da garantire quel bilanciamento di valori indispensabile a non consentire salti d'imposta.

In tal modo, l'uscita dalla sfera dell'imponibilità che si registra dal lato del conferente avrebbe potuto essere compensata dalla non assunzione di maggiori valori fiscali da parte della conferitaria, la quale avrebbe potuto succedere al conferente, nei medesimi valori fiscalmente riconosciuti: in tal modo sarebbe derivato una sorta di regime di neutralità unilaterale, operante, cioè, nella sola direzione del soggetto che si poneva in senso inverso rispetto al regime di esenzione.

La giustificazione di tale impostazione dovrebbe risiedere nell'esigenza di prevenire possibili abusi, concretizzabili sotto forma di manovre tese a "trasformare" plusvalenze imponibili in plusvalenze esenti, ossia, aventi quale obiettivo quello di convertire il regime di circolazione dei titoli sulla base di scelte di convenienza fiscale. Occorre, dunque, cercare di comprendere le motivazioni per le quali ai sensi dell'art. 176, co. 3, del tuir, nell'ipotesi di conferimento d'azienda in regime di neutralità d'imposta e successiva cessione delle partecipazioni in possesso dei requisiti dell'esenzione, tale fattispecie sia perfettamente attuabile, per espressa previsione di legge, senza poter essere riqualificabile come elusiva.

Appare ipotizzabile che il Legislatore abbia accordato l'agevolazione di cui all'art. 176, co. 3 al fine di garantire la neutralità fiscale nell'ipotesi di circolazione di partecipazioni a fronte del conferimento diretto di beni cd. di "primo grado" (cespiti, aziende, etc.) e le cui plusvalenze latenti siano tassate nella fase del successivo realizzo; nell'ipotesi di conferimento di partecipazioni ha invece escluso tale possibilità qualora l'effettiva finalità appaia di natura meramente speculativa e non economica. Resta, in ogni caso, la differenza di trattamento tra due fattispecie se non analoghe, almeno assimilabili.

3) *Lo scambio di partecipazioni, ex art. 177 del tuir*

L'art. 177 ha un ambito di applicazione più ristretto rispetto all'art. 175, in quanto disciplina lo scambio di partecipazioni, solo tra soggetti di cui all'art. 73, co. 1 lett. a) e b) del tuir (società di capitali ed altri enti commerciali con personalità giuridica), ma a condizione che detto scambio integri in capo alla conferitaria, una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, co. 1, n. 1), del c.c., ovvero incrementi, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo in un altro soggetto individuato dall'art. 73, attribuendo ai soci di quest'ultimo proprie azioni. I commi 1 e 2 di tale articolo regolano rispettivamente lo scambio di partecipazioni tramite permuta e quello che si realizza tramite conferimento: occorre soffermarsi a tracciare i profili specifici delle due fattispecie.

3.1) *Lo scambio di partecipazioni mediante permuta.*

Il co. 1 dell'art. 177 tuir, come detto, tratta dello scambio di partecipazioni mediante permuta; la norma fa riferimento all'ipotesi in cui uno dei soggetti indicati nell'articolo 73 T.U.I.R., comma 1, lettere a) e b) (scambiante) acquisti o integri una

partecipazione di controllo ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1 del codice civile in altro soggetto indicato nelle medesime lettere a) e b) dell'articolo 73, comma 1 (scambiato).

Tale norma, dunque, trova applicazione quando:

- a) i soggetti permutanti sono entrambi residenti nel territorio dello Stato;
- b) la partecipazione che viene acquistata con la permuta consenta l'acquisizione di una posizione di controllo. (Si fa a tal riguardo presente che, anche a seguito delle novità introdotte dalla direttiva n. 2005/19/CE, il conferimento non deve avere ad oggetto una partecipazione che sia di per sé di controllo, ma può riguardare anche il conferimento di una partecipazione di per sé non di controllo che, unitamente a quella già posseduta, consenta al soggetto acquirente di avere una partecipazione di controllo);
- c) ai soci del soggetto scambiato (ossia il soggetto di cui si intende acquisire il controllo) vengano attribuite azioni del soggetto scambiante (ossia di quello che intende acquisire il controllo) .

Ai fini dell'applicazione della suddetta norma, è ininfluenza il fatto che il soggetto scambiante sia o meno imprenditore. A seguito della modifica apportata dall'articolo 12, comma 4, lett. a), del D.Lgs. 247 del 2005 all'originaria formulazione dell'articolo in esame (eliminazione delle parole "o quote"), appare evidente che l'ambito applicativo di tale articolo è limitato alle sole società per azioni ed in accomandita per azioni.

L'analisi degli aspetti operativi della disposizione in commento rileva che, stante l'attuale formulazione normativa, la realizzazione di tale operazioni non dà luogo a componenti positivi o negativi del reddito imponibile, a condizione che il costo delle azioni o quote date in permuta sia attribuito alle azioni o quote ricevute in cambio. Stante l'apparente formulazione letterale delle disposizioni contenute nel co. 1 dell'art 177 che, differentemente dagli art. 175 e co. 2 del art. 177, non fa nessun esplicito riferimento ai valori "contabili" attribuiti alle partecipazioni scambiate, bensì disponendo solo in riferimento al "costo" delle partecipazioni, rappresenterebbe, a prima vista, l'unica ipotesi nell'ambito di tale disciplina in cui non assumono rilievo ai fini impositivi le risultanze contabili derivanti dalla concreta attuazione del negozio . In altri termini, a differenza di quanto visto nel co. 1 dell'art. 175, e da quanto si vedrà nel co. 2 dell'art. 177, tale ipotesi rappresenta l'unico caso in cui, mancando qualsivoglia riferimento al comportamento contabile adottato dalle parti, lo spirito della neutralità impositiva, che dovrebbe sottendere all'intero impianto normativo delle operazioni straordinarie, troverebbe concreta attuazione.

A sostegno di tale interpretazione, come in parte chiarito anche dalla dottrina , vi sarebbe - in primis - il riferimento lessicale al termine "costo" generalmente accolto nell'accezione di "costo fiscale" e la differenziazione, come innanzi accennato, rispetto alle altre norme di tale particolare ambito, ove, appunto, il riferimento alla valutazione contabile è esplicitamente indicato.

Inoltre, si consideri che la scelta di voler vincolare l'applicabilità di siffatto

regime fiscale all'adozione di un particolare comportamento contabile dei soggetti coinvolti nell'operazione sarebbe incompatibile con la possibilità, come innanzi vista, che il socio della società scambiata sia una persona fisica non titolare di reddito d'impresa, e dunque non obbligato alla tenuta delle scritture contabili.

Tuttavia, occorre rilevare che a tale lettura, e dunque a favore della rilevanza delle scelte contabili ai fini degli effetti impositivi dello scambio, potrebbe essere opposta una certa asistematicità di tale disposizione rispetto allo specifico contesto di riferimento, generalmente orientato al principio del realizzo contabile, oltre che l'opinione in tal senso resa dall'Amministrazione finanziaria che, sebbene riferita alle disposizioni contenute nel precedente testo di legge regolante tale materia e sebbene adottati una terminologia che attualmente ha subito delle evoluzioni in senso opposto, assimilando il concetto di "valore fiscale" a quello di "valore contabile", giunge tuttavia alla conclusione della rilevanza fiscale dei maggiori valori iscritti .

Infine, in presenza di un eventuale conguaglio in danaro pattuito tra le parti, l'ultima parte del comma 1 stabilisce che lo stesso concorre a formare la plusvalenza o la minusvalenza fiscalmente rilevante. La somma oggetto di conguaglio è parte integrante di un componente reddituale che concorre a formare il reddito di impresa in base al principio di competenza: assumerà, dunque, rilievo fiscale per il permutante, nel periodo in cui si perfeziona il trasferimento della partecipazione, indipendentemente dal momento dell'effettivo pagamento.

3.2) *Lo scambio di partecipazioni mediante conferimento.*

Il comma 2 della norma contiene la disciplina impositiva regolante lo scambio di partecipazioni mediante conferimento; in particolare, dispone che qualora lo scambio di partecipazioni si venga a realizzare per effetto di un conferimento in società - mediante il quale la società conferitaria acquisisce il controllo di diritto di un'altra società, ex art. 2359, co. 1, n. 1 del c.c., ovvero, incrementa in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario la percentuale di controllo sull'altra società -, l'eventuale plusvalenza realizzata dal soggetto conferente, deve essere determinata attribuendo alle sue azioni o quote una valutazione in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento .

Una delle principali differenze tra i comma 1 e 2 era in precedenza rappresentata dal fatto che, mentre la disciplina dello scambio di partecipazioni mediante permuta si attuava anche nelle ipotesi in cui il soggetto permutante si trovava già in possesso di una partecipazione di controllo nelle società scambiata, nel caso di scambio tramite conferimento, la disciplina del comma 2 disciplinava l'applicabilità dello specifico regime ai soli casi di acquisto del controllo ex novo nella società scambiata. Con l'emanazione del D. Lgs. n. 199/2007 è stata prevista, al comma 2, una seconda ipotesi di integrazione della partecipazione, che si aggiunge a

quella del solo acquisto finalizzato al controllo. Si tratta della possibilità di godere dell'applicazione del comma 2 anche nell'ipotesi di integrazione del controllo in adempimento di un obbligo legale o statutario.

Secondo una lettura più restrittiva del concetto di integrazione, il significato di "integrazione", si sarebbe potuto limitare ai soli scambi domestici alle operazioni in cui la conferitaria, già in possesso di una partecipazione non di controllo, acquisisce una ulteriore partecipazione in grado di determinare il superamento della soglia del controllo societario, ovvero, in definitiva, la sua integrazione. Ciò premesso, appare inapplicabile la suddetta disposizione alle operazioni finalizzate a consentire alla conferitaria di acquisire il controllo, partendo da una partecipazione non di controllo già posseduta. Una volta ammesse al regime de quo anche le operazioni di conferimento che incrementano una partecipazione di controllo già posseduta, deve, a maggior ragione, esservi ammesso il conferimento di una partecipazione che, aggiungendosi a quella posseduta, consenta alla conferitaria di assumere la veste di controllante della società conferita. Parimenti, non appare essere in alcun modo di ostacolo all'operare del regime in esame, l'eventuale preesistenza di un rapporto partecipativo tra i soggetti conferenti e la società conferitaria.

Oltre ciò, si evidenzia il mancato richiamo ai rapporti partecipativi o di gruppo tra conferente e conferitaria, essendo solo richiesto che l'operazione consenta l'acquisizione di una posizione di controllo della conferitaria, o di incremento di detta posizione, in relazione alla società conferita.

Le modifiche apportate dal D.Lgs. 18 novembre 2005 n. 247 (c.d. correttivo IRES al D. Lgs. n. 344 del 2003), hanno concesso la possibilità di porre in essere tali scambi di partecipazione mediante conferimento anche nell'ipotesi di partecipazioni possedute da persone fisiche non imprenditori.

Relativamente ai profili oggettivi, la disposizione di cui al comma 2 afferma che le partecipazioni scambiate nell'ambito delle disposizioni sopra viste: "sono valutate, ai fini della determinazione del reddito del conferente, sulla base della corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento".

Sulla base di quanto testé analizzato, si intuisce che il comma 2 dell'art. 177, considera gli scambi mediante conferimento come atto realizzativi; nell'ipotesi di conferimento di partecipazioni attraverso lo scambio delle stesse, ex art. 177, co.2, per la determinazione della plusvalenza da tassare, occorre far riferimento all'iscrizione in contabilità delle partecipazioni ricevute presso l'impresa conferente (quota delle voci di patrimonio netto), facendo dunque dipendere la stessa dall'effettiva iscrizione nel patrimonio netto della conferitaria, di un maggior valore rispetto all'ultimo costo delle partecipazioni oggetto del conferimento. Tale particolare modalità di valutazione delle partecipazioni conferite e i conseguenti aspetti impositivi che da questo derivano, pare garantire ai soggetti che pongono in essere operazioni attribuibili entro tale ambito, la possibilità di beneficiare di un regime fiscale in grado di realizzare, in assenza di divergenze contabili, la neutralità impositiva dell'operazione.

La fattispecie astratta delineata dal comma 2 in esame, consente - ferma restando l'attuazione di un particolare comportamento contabile (mantenimento, nel patrimonio netto della conferitaria, dei precedenti valori delle partecipazioni come definiti in capo al conferente) - la possibilità di beneficiare di un regime fiscale orientato alla neutralità impositiva ; tale interpretazione è avvalorata anche dalla Risoluzione Ministeriale n. 57/E/2007.

Tale disposizione, però, non reca alcune carattere agevolatorio, nella misura in cui le regole contabili adottate dalla parte conferitarie siano orientate al cd. metodo del patrimonio netto; in altri termini, qualora l'impresa conferitaria adotti, ai fini della valutazione delle immobilizzazioni finanziarie, le disposizioni recate dall'art. 2426, co. 4, del c.c., occorrerà la necessaria valorizzazione delle partecipazioni conferite "per un importo pari alla corrispondente frazione del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio delle imprese medesime..".

Tale ipotizzato regime di neutralità a vantaggio delle operazioni ex art. 177, co. 2, non può essere applicato quando le regole contabili obbligano la parte conferitaria a porre in essere un determinato comportamento. L'effetto agevolativo di tale disposizione finisce quindi per avere natura eventuale e residuale, posto che, come affermato da autorevole dottrina, in tale ambito: "i valori contabili attribuiti dalla conferitaria ai beni ricevuti, rappresentando i nuovi valori fiscalmente riconosciuti, dettano le conseguenze della vicenda sul soggetto conferente".

4) *Profili di criticità del modello di tassazione a "realizzo contabile", ex art. 175 e 177, co. 2 del tuir.*

L'interpretazione degli artt. 175 e 177, co. 2 nella formulazione del D. Lgs. 544/92 e nelle sue successive modifiche, hanno di solito evidenziato la natura agevolativa di tale norma rispetto a quella ordinariamente applicabile ai conferimenti di beni in società; infatti, mentre il co. 2, dell'art. 9 del tuir, dispone che: "in caso di conferimenti o apporti in società, si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti", le disposizioni in commento consentono l'attuazione del principio di neutralità nella misura in cui siano riscontrabili alcuni particolari comportamenti contabili.

Una lettura più approfondita del co. 1 dell'art. 175 e del co. 2 dell'art 177 evidenzia, però, che tali norme garantiscano l'irrilevanza fiscale solo in seguito all'adozione di determinati comportamenti, mentre, in linea generale, e anche in maniera involontaria rispetto alle scelte delle parti, si genererebbe comunque l'emersione di materia imponibile. Nella realtà, la stessa non avrebbe una portata agevolatoria, se non in alcuni casi: in tal modo si generano delle discriminazioni a carico di quei soggetti che, pur realizzando lo scambio o il conferimento in assenza di realizzo monetario e con la volontà di mantenere inalterati i valori fiscali dei beni coinvolti, si trovano a dover essere tassati in ragione dell'esigenza di provvedere alla

corretta applicazione delle norme contabili.

Tale situazione risulta essere maggiormente necessitata alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla L. 244/2007 (co. 33 e Finanziaria 2008), che sia ai fini IRES (per il meccanismo di indeducibilità degli interessi passivi e l'abolizione del meccanismo delle deduzioni extracontabili), che in linea generale ai fini IRAP, legano la correttezza della determinazione della base imponibile fiscale, alla corretta e consueta applicazione dei principi contabili.

Tale situazione risulta ancor più esasperata nell'ipotesi di adozione dei principi contabili internazionali (IAS); alla luce del novellato principio della c.d. "derivazione rafforzata", l'applicazione del principio contabile assurge a vero e proprio elemento avente forza legislativa ai fini della individuazione e determinazione del presupposto reddituale posto a base dell'applicazione dell'imposta a carico delle società .

Il soggetto obbligato per vari motivi all'adozione di un determinato comportamento contabile, si trova, alla luce del principio del "realizzo contabile", a dover essere necessariamente sottoposto a tassazione, differentemente da un altro che, alle medesime condizioni contrattuali e monetarie, potrà adottare un differente comportamento contabile che lo sottrarrà dalla tassazione.

Occorre analizzare le ipotesi in cui la neutralità fiscale del conferimento è garantita e quelle in cui la stessa è forzosamente inattuabile. Nell'ipotesi di conferimento o scambio di partecipazioni, la corretta applicazione dei principi contabili, così come i criteri di valutazione contenuti nell'art. 2426 del c.c., impone che la valutazione delle partecipazioni ricevute sia fatta o al costo (metodo del costo - comma 1), o ad un valore pari alla quota di patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio delle imprese medesime, detratti i dividendi ed operate le rettifiche richieste dai principi di redazione del bilancio consolidato e di quello ordinario (metodo del patrimonio netto - comma 4) . Qualora le parti decidano di adottare il primo dei metodi considerati, ossia, quello della valutazione al costo, nell'ipotesi di assenza di conguagli di danaro e/o di qualsiasi altra forma realizzativa, anche non monetaria, indipendentemente dal valore effettivo della società le cui partecipazioni sono scambiate, il solo fatto della non alterazione dei valori contabili delle partecipazioni trasferite, determina l'assoluta neutralità fiscale dell'operazione posta in essere. Al contrario, qualora si scelga (anche per coerenza rispetto ai comportamenti sino a quel momento adottati) il criterio di valutazione delle partecipazioni, ex co. 4 dell'art. 2426 c.c., e dunque con il cd. metodo del patrimonio netto, considerando quanto chiarito dal Principio contabile n. 21 diramato dall'O.I.C., già al momento della prima iscrizione delle partecipazioni nel bilancio della conferitaria, occorrerà rilevare la differenza di valore tra quanto pagato (valore della partecipazione scambiata, in assenza di alcun elemento realizzativo, come nel caso precedente) e il nuovo valore assunto dalla partecipazione ricevuta, alla luce delle variazioni nel patrimonio registrate dalla società partecipata, dal momento del suo acquisto a quello della definizione del relativo bilancio.

In altri termini, anche qualora si decida di conferire o scambiare le

partecipazioni in assenza di alcuna ulteriore prestazione monetaria o in natura, nell'ipotesi di appostazione in bilancio da parte della conferitaria delle partecipazioni ricevute col metodo del patrimonio netto, la particolare tecnica impositiva prevista dal Legislatore in tale ambito, ossia, quella del "realizzo contabile", imporrà l'inevitabile emersione di materia imponibile e la conseguente tassazione in capo al soggetto conferente. L'unica possibilità di realizzo di tale operazione in regime di neutralità sarebbe quella, solo teorica, di invarianza del patrimonio netto della società scambiata. Tra l'altro, l'abolizione del co. 4 dell'art. 109 del tuir, oltre che l'introduzione in ambito sia IRES che IRAP di norme che fanno assurgere ai principi contabili valore normativo in sede di rettifica, impongono un sempre maggiore collegamento tra la corretta applicazione dei principi contabili e le valutazioni di carattere fiscale; pertanto, qualora si sia deciso di aderire al criterio del patrimonio netto nella valutazione delle partecipazioni, l'obbligo di attuare precipuamente i contenuti della disposizione contabile, imporrà l'inevitabile emersione di materia imponibile in capo al conferente. Appare dunque chiaro che l'attuale formulazione delle disposizioni in materia di scambio di partecipazioni attraverso il conferimento di queste, garantisce ben poche possibilità di realizzazione del negozio in neutralità impositiva.

Pertanto, *ceteris paribus*, stante quanto innanzi visto, l'attuale formulazione normativa prevede trattamenti differenziati per i soggetti che pur realizzando la medesima operazione, decidano (o siano tenuti) ad adottare differenziate tecniche di contabilizzazione.

Alle medesime conclusioni si arriva, purtroppo, anche analizzando gli effetti che si verificano in capo ai soggetti tenuti all'adozione dei principi contabili internazionali. In particolare, secondo quanto disposto dall'Ifrs 3, che ha sostituito lo las 22 nella regolamentazione delle operazioni di Business combination, ossia, per tutte le operazioni di aggregazioni di aziende quali acquisizioni, fusioni e conferimenti, è previsto quale esclusivo metodo di contabilizzazione quello del valore d'acquisto (c.d.: purchase method), con la conseguente rideterminazione di tutti gli elementi coinvolti al valore di mercato (fair value). Tale obbligo contabile, sulla scorta delle valutazioni sopra riportate in merito al principio della c.d. derivazione rafforzata dell'imponibile fiscale dalle risultanze contabili, a cui soggiacciono tutti i soggetti che applicano i principi contabili internazionali, determinando variazioni nelle iscrizioni contabili dei valori coinvolti, determinerà l'inevitabile ripresa a tassazione di tali maggiori valori iscritti.

5) Conclusioni

Sulla base di quanto analizzato, il vigente regime normativo regolante la tassazione dei conferimenti e degli scambi di partecipazione, fatta eccezione per lo specifico ambito dello scambio mediante permuta ex art. 175, co.1 del tuir, essendo

incentrato sulla tecnica impositiva del "realizzo contabile", determina a livello interno ipotesi discriminatorie a seconda dell'adozione da parte degli operatori di un regime contabile, piuttosto che di un altro.

Tale contesto appare ulteriormente ingiustificato se lo si mette a confronto con il regime fiscale previsto per le medesime operazioni qualora, però, poste in essere tra un soggetto interno ed uno comunitario. Infatti, sulla scorta di quanto regolato dal combinato disposto degli artt. 178 e 179 del tuir, recanti la disciplina in materia di tassazione delle operazioni straordinarie poste in essere tra soggetti residenti in stati membri diversi, la realizzazione di un siffatto negozio, in costanza di valori fiscali dei beni coinvolti, non determinerà mai l'emersione di materia imponibile indipendentemente dalle scelte contabili adottate dagli operatori.

In altri termini, al fine di garantire il corretto recepimento della Direttiva Comunitaria 90/434/Ce recante la disciplina fiscale delle operazioni comunitarie in subjecta materia (art. 8, co. 5), il Legislatore nazionale ha garantito la piena neutralità fiscale delle suddette operazioni, ammettendo, di conseguenza, la possibilità dell'instaurazione di un doppio binario tra valori fiscali e valori civili.

Pertanto, accanto alla discriminazione sopra analizzata, da questo rapido confronto tra la disciplina regolante i rapporti interni e quella regolanti i rapporti transnazionali, si evince che la disciplina interna oltre a dar luogo alle discriminazioni innanzi viste, possa generare una discriminazione c.d. a "rovescio", ossia dar luogo, per i soggetti interni, ad un trattamento meno vantaggioso di quello previsto per i soggetti transnazionali.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'unico strumento utilizzabile per evitare il verificarsi di fenomeni di discriminazione rispetto alle operazioni interne sembra quello di eliminare la tecnica impositiva del realizzo contabile e, contestualmente, prevedere l'adozione di un doppio binario di valori, tale da garantire la neutralità fiscale delle operazioni e la corretta adozione dei principi contabili.

A tali conclusioni potrebbe essere opposta l'attuale tendenza del Legislatore che, nell'ambito dell'imposizione diretta, si sta dirigendo in direzioni opposte. In particolare, verso la reintroduzione, quale principio generale della tassazione delle imprese, della derivazione dell'imponibile fiscale dalle risultanze contabili: la recente abolizione del co. 4 dell'art. 109 del tuir, in materia di deduzioni extracontabili ne è certamente una conferma. Pertanto, il doppio binario garantito per le operazioni transazionali in virtù dell'obbligo di recepimento della direttiva, data la pregnanza del principio generale, non sarebbe, invece, giustificabile rispetto alle operazioni che abbiano un esclusivo impatto a livello interno.

Al fine di superare tale apparente divieto circa l'adozione di un doppio binario di valori civilistici e fiscali, utile al fine di garantire la neutralità di tali operazioni e il conseguente incentivo alla realizzazione delle stesse, vengono in soccorso le stesse disposizioni dettate dal tuir in materia di criteri generali di valutazione, oltre che una serie di misure, anche recentissime, impiegate sull'attuabilità di tale meccanismo. Un esempio, è fornito dall'art. 110, co. 1, lett. d) del tuir, rubricato "norme generali sulle

valutazioni”, secondo cui: “il costo delle azioni, delle quote e degli strumenti finanziari simili alle azioni si intende non comprensivo dei maggiori o minori valori iscritti i quali conseguentemente non concorrono alla formazione del reddito, né alla determinazione del valore fiscalmente riconosciuto delle rimanenze di tali azioni, quote o strumenti”.

Da quanto riportato si evince che a livello interno, data la particolare natura di tali poste, gli stessi principi generali di valutazione del testo unico consentono la possibilità di divergenze tra le valutazioni civilistiche e quelle fiscali.

Molteplici sono i contesti in cui la disciplina fiscale ammette la creazione di un doppio binario di valori. Si pensi, ad esempio, a quanto disposto dall'art. 103 del tuir, in materia di ammortamento dei beni immateriali, ove è previsto, sia per i soggetti che adottano i principi contabili nazionali che per quelli che adottano quelli internazionali, un regime di imputabilità/deducibilità fiscale di tali poste differenziato da quello contabile; oppure, si guardi l'art.16, co. 16 e ss, del D.L. 185/2008, in materia di rivalutazione degli immobili posseduti dalle imprese, con particolare riferimento alla possibilità di operare rivalutazioni ad efficacia esclusivamente civilistica ; o, ancora, anche al doppio binario nella valutazione dei crediti e dei debiti in valuta, ex art. 110, co. 3 del tuir.

L'ingiustificabilità del sistema del “realizzo contabile” adottato dal Legislatore per tali operazioni, appare manifesta anche alla luce dei principi, ex art. 86 e 101 del tuir, che in materia di rilevanza impositiva generale delle plusvalenze e delle minusvalenze, attribuiscono rilievo esclusivamente all'elemento realizzativo/monetario, lasciando prive di effetti tutte le attività di natura valutativa/estimatoria.

Per concludere, ad avviso di chi scrive, molteplici appaiono essere le condizioni per effetto delle quali sarebbe possibile orientare tale ambito normativo al completo riconoscimento della neutralità fiscale delle operazioni ivi regolamentate, con la conseguenza che le evidenziate discriminazioni derivanti dall'applicazione del regime del “realizzo contabile” potrebbero essere eliminate.

In primis, infatti, come ampiamente visto, il sistema fiscale interno ammette diverse deroghe al principio di derivazione, consentendo la gestione di “doppi binari” di valutazione al fine di evitare che in particolari casi i criteri scelti per la redazione del bilancio d'esercizio possano essere dettati esclusivamente sulla base di scelte imposte dalla norma fiscale (principio del disinquinamento fiscale del bilancio, ex art. 2426 del c.c.).

A ciò si aggiunga che l'esigenza della neutralità fiscale di tali operazioni appare necessitata anche in virtù della matrice comunitaria del tessuto normativo regolante i rapporti interni nelle specifiche questioni esaminate , e del conseguente obbligo di importare a livello interno i principi in quest'ultima contenuti.

Infine, accanto alle motivazioni di ordine giuridico, appare prevalente su tutte l'esigenza, ovviamente nel pieno rispetto dei principi di legalità e capacità contributiva, di garantire tutti gli strumenti che siano di stimolo alla realizzazione di quei negozi che contribuiscano alla creazione e alla circolazione della ricchezza in un paese.

Negoziazione di prodotti finanziari e regole di efficienza e trasparenza dei mercati a tutela degli investitori

di Luigi Scipione *

SOMMARIO: 1) Considerazioni preliminari. – 2) L'attuazione dell'art. 205 del Tuf alla luce delle novità in materia di mercati introdotte dal regime delle *Trading venues*. Profili sistematici. – 3) Le ragioni (vecchie e nuove) dell'esenzione dall'applicazione della disciplina dell'appello al pubblico risparmio. – 4) L'estensione del regime di esenzione attraverso il ricorso alla disciplina secondaria. – 5) Conclusioni.

1) Considerazioni preliminari.

L'art. 205 del d.lgs. n. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza – di seguito "Tuf") contiene una specifica "limitazione" dell'applicazione della disciplina delle offerte pubbliche di acquisto e di vendita¹. Le fattispecie richiamate nel testo da ultimo modificato con il d.lgs. n. 164/2007 non sono infatti soggette alla disciplina del prospetto, bensì agli obblighi previsti in capo agli intermediari nell'ambito dello svolgimento del servizio di negoziazione. Più precisamente, a norma del nuovo testo dell'art. 205 del Tuf non costituiscono offerta al pubblico di prodotti finanziari² né offerta pubblica di acquisto e scambio³ – e non sono, pertanto, soggette alla relativa disciplina - le offerte di acquisto e vendita di prodotti finanziari effettuate in mercati regolamentati e, se ricorrono le condizioni indicate dalla Consob con regolamento, quelle effettuate nei sistemi multilaterali di negoziazione o da internalizzatori sistematici di cui rispettivamente agli artt. 77-*bis* e 79 del Tuf.

* *Dottore di ricerca in "Diritto della banca e del mercato finanziario". Cattedre di Diritto bancario e di Diritto del mercato finanziario. Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Napoli "Federico II".*

¹ La disciplina dell'appello al pubblico risparmio è contenuta nel titolo II della parte IV del Tuf concernente l'appello al pubblico risparmio, il quale si suddivide nei seguenti due capi: capo primo («offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita»; artt. da 93-*bis* a 101-*ter* Tuf) e capo secondo («offerte pubbliche di acquisto e di scambio»; artt. da 102 a 112 Tuf).

² La nozione di "offerta al pubblico" è data espressamente dall'art. 1, co. 1, lett. *Δ*, Tuf: si tratta di «ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati».

³ Ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *ν*, Tuf per "offerta pubblica di acquisto e scambio" si intende «ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma effettuati, finalizzati all'acquisto o allo scambio di prodotti finanziari e rivolti a un numero di soggetti e di ammontare complessivo superiori a quelli indicati nel regolamento previsto dall'articolo 100, comma 1, lettere b) e c); non costituiscono offerta pubblica di acquisto o di scambio quella avente a oggetto titoli emessi dalle banche centrali degli Stati comunitari».

I precedenti normativi dell'art. 205 Tuf risalgono per un verso all'art. 1/18-*ter*, comma 1, l. n. 216/1974, introdotto dall'art. 12, comma 1, l. n. 77/1983 che, con lessico poco chiaro, elencati i casi di sollecitazione al pubblico risparmio ai fini dell'applicazione dell'art. 18, poneva eccezione "per quelli quotati presso le borse valori"; per altro verso all'art. 20, comma 10, della l. n. 1/1991 a norma del quale "*Le offerte di acquisto e di vendita di valori mobiliari effettuate dalle società di intermediazione mobiliare e dagli altri soggetti autorizzati ai sensi della presente legge su mercati organizzati nazionali e regolamentati ai sensi del presente articolo e dell'art. 23 e su mercati esteri operanti in Italia e riconosciuti ai sensi del comma 8 del presente articolo non costituiscono offerta al pubblico ai sensi dell'art. 18 del citato decreto legge n. 95 del 1974, convertito, con modificazioni, dalla citata legge n. 216 del 1974, e successive modificazioni e integrazioni*".

Nel tentativo di inquadrare la portata dell'art. 205, si aprono all'interprete numerose scelte, il che è in particolare dovuto alle novità introdotte dalla disciplina secondaria, e alla difficoltà, sotto taluni aspetti, di garantirne la compatibilità con la disciplina comunitaria di riferimento.

2. *L'attuazione dell'art. 205 del Tuf alla luce delle novità in materia di mercati introdotte dal regime delle Trading venues. Profili sistematici.*

Rispetto al passato, la nuova formulazione dell'art. 205 Tuf prende atto della sostituzione dei sistemi di scambi organizzati⁴ con le nuove sedi di negoziazione, alternative ai mercati regolamentati. Come è noto, la *ISD* (dir. n. 93/22/CEE, *Investment Services Directive*), aveva consentito alle autorità nazionali di prescrivere che gli ordini degli investitori venissero eseguiti esclusivamente sui mercati regolamentati (la cosiddetta "regola di concentrazione") e fuori da tali mercati solo al rispetto di determinate condizioni. Tale opzione non era stata esercitata da tutti i Paesi membri determinando in tal modo una diversificazione dei metodi di esecuzione degli ordini dei clienti. Proprio la volontà di creare le basi per un'infrastruttura di negoziazione integrata e competitiva ha determinato il mancato rinnovo in sede comunitaria della facoltà di applicare la regola di concentrazione degli scambi, creando le condizioni per il libero esplicarsi della concorrenza fra infrastrutture di mercato e, quindi, per

⁴ Trattasi dei cosiddetti *Alternative Trading Systems - ATS*, o, per usare una categoria nota al Tuf, i Sistemi di Scambi Organizzati – *SSO*, alternativi ai *mercati regolamentati* e disciplinati dal vecchio art. 78 Tuf. Essi sono caratterizzati: a) da un'attività, consistente nella raccolta e nella diffusione delle proposte di negoziazione di strumenti finanziari e nell'esecuzione di dette proposte con le modalità previste dal sistema; b) da un'organizzazione, cioè da un insieme di regole e strutture, anche automatizzate, operanti in via continuativa o periodica. In considerazione dell'esigenza di estendere anche ai "mercati non regolamentati" la vigilanza delle autorità di controllo, la Consob poteva richiedere informazioni sugli scambi organizzati di strumenti finanziari ed intervenire con strumenti inibitori nel caso in cui tali forme di scambio arrecassero grave pregiudizio alla tutela degli investitori. Nel regime previgente, il problema era sensibilmente avvertito soprattutto con riguardo alle transazioni che avvenivano nei sistemi di scambi organizzati. In particolare, si poneva il quesito se le negoziazioni finalizzate alla sottoscrizione e vendita di strumenti finanziari rappresentativi dell'intero capitale o della partecipazione di controllo fossero da considerarsi anch'esse assoggettate al vincolo della "concentrazione degli scambi".

la libera scelta degli intermediari e degli investitori in merito al “luogo” di esecuzione degli ordini⁵.

L’aggregato cui fa riferimento l’art. 205 Tuf è, infatti, quello delle *Trading venues* che, come conseguenza dell’abolizione dell’obbligo di concentrazione sui mercati regolamentati, si è ampliato fino a comprendere non solo le *Multilateral Trading Facilities* (“*Mtf*”), ma anche tutte le imprese di investimento che intendono qualificarsi come *Internalizzatori Sistemati* (“*Is*”)⁶.

La Mifid ha previsto che i *Mtf* abbiano le medesime caratteristiche strutturali dei mercati regolamentati⁷, nell’ambito di una piena parificazione tra le due forme di mercato per ciò che concerne la struttura multilaterale, le condizioni di trasparenza *pre* e *post trade*, le caratteristiche delle regole di funzionamento e le modalità di comportamento dei partecipanti agli scambi. Allo stesso modo dei mercati regolamentati, anche le regole dei *Mtf* devono garantire un processo di negoziazione equo e ordinato (art. 14, par. 2, primo cpv.)⁸.

Gli elementi di diversità fra le *trading venues* vengono riconosciuti attraverso la predisposizione di regimi regolamentari diversi senza portare ad una sottovalutazione dei rischi di arbitraggi regolamentari e di disomogeneità di trattamento⁹.

Tale cornice costituisce il presupposto logico-giuridico delle scelte effettuate dal legislatore nazionale in sede di recepimento della direttiva. Segnatamente, dunque, il nuovo art. 1 del Tuf vede l’introduzione delle definizioni di “mercato regolamentato” (comma 1, lett. *w-ter*) e, compresa fra le attività di investimento, quella di “sistema multilaterale di negoziazione” (comma 5-*ter*) e viene prevista la possibilità per le società di gestione di svolgere la nuova attività di gestione di un *Mtf*. Viene, inoltre, introdotta la definizione di

⁵ La concorrenza fra diverse piattaforme di negoziazione è vista quale elemento capace di apportare sostanziali benefici al funzionamento dei mercati finanziari. La Mifid con specifico riferimento all’area “mercati”:

1) definisce un regime organico per l’esecuzione delle operazioni su strumenti finanziari, indipendentemente dai metodi di negoziazione utilizzati dagli investitori, col fine di garantire un’elevata qualità nell’esecuzione delle operazioni nonché l’integrità dei mercati;

2) si caratterizza per il maggior dettaglio non solo nelle materie già a suo tempo affrontate dalla direttiva 93/22/CE ma anche nelle aree soggette per la prima volta a regolamentazione comunitaria. Tale maggiore complessità e dettaglio delle disposizioni appare evidente dal dettato della direttiva stessa e dalle misure di esecuzione (livello 2 della procedura Lamfalussy) che, con particolare riguardo alla disciplina dei mercati, hanno assunto la forma di un regolamento della Commissione Europea (n. 1287/2006), direttamente applicabile negli Stati membri e concernente gli aspetti essenziali della materia (*transaction reporting*, regime di trasparenza *pre* e *post*-negoziazione e ammissione degli strumenti finanziari alle negoziazioni nei mercati regolamentati);

3) in luogo di una visione nazionalistica e di armonizzazione minima, la Mifid si connota per un approccio europeo e di armonizzazione massima.

⁶ In tal senso v. L. CARDIA, *L’attuazione della direttiva Mifid in Italia nella regolamentazione secondaria*, III Incontro Compliance Dexia Crediop - AICOM “*Strategies, governance, compliance: le sfide della direttiva Mifid e l’integrazione del mercato finanziario europeo*”, Roma, 21 settembre 2007, p. 10 s., disponibile su www.consob.it.

⁷ Ai sensi della Mifid, (i) il “mercato regolamentato” (art. 4, par. 14) è un sistema multilaterale, amministrato e/o gestito dal gestore del mercato, che consente o facilita l’incontro – al suo interno ed in base alle sue regole non discrezionali – di interesse multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi, e che è autorizzato e funziona regolarmente ai sensi delle disposizioni del titolo III; (ii) il “sistema multilaterale di negoziazione” (art. 4, par. 15) è un sistema multilaterale gestito da un’impresa di investimento o da un gestore del mercato che consente l’incontro – al suo interno ed in base a regole non discrezionali – di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti; (iii) l’ “internalizzatore sistematico” (art. 4, par. 7) è un’impresa di investimento che in modo organizzato, frequente e sistematico negozia per conto proprio eseguendo gli ordini del cliente al di fuori di un mercato regolamentato o di un sistema multilaterale di negoziazione;

⁸ Cfr. S. MICOSI, *La direttiva Mifid e la nuova struttura dei mercati regolamentati*, in *Bancaria*, 1/2009, p. 79 ss.

⁹ A tal proposito cfr. A. NIGRO, *La nuova regolamentazione dei mercati finanziari: i principi di fondo delle direttive e del regolamento MIFID*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1/2008, I, p. 5 s.

“internalizzatore sistematico” (comma 5-*octies*) quale impresa di investimento che in modo organizzato, frequente e sistematico negozia per conto proprio eseguendo gli ordini del cliente al di fuori di un mercato regolamentato o di un sistema multilaterale di negoziazione¹⁰.

Si rileva in particolare come, con riguardo a tali specifiche sedi di esecuzione degli scambi, proprio in ragione della maggiore complessità e dettaglio della direttiva in parola e delle relative disposizioni di attuazione, il legislatore abbia avvertito l'esigenza di individuare comunque dei percorsi normativi (a livello di regolamentazione secondaria) utili ad assicurare equipollenza di tutela per gli investitori rispetto a quella riveniente dalle norme in tema di appello al pubblico risparmio di cui alla parte IV, tit. II, del Tuf¹¹.

3. Le ragioni (vecchie e nuove) dell'esenzione dall'applicazione della disciplina dell'appello al pubblico risparmio.

L'abrogazione del regime di concentrazione e la parificazione fra le varie possibili sedi di esecuzione degli ordini, ripropongono inevitabilmente problemi di trasparenza e di informativa, relativamente alle condizioni alle quali è possibile negoziare sulle diverse *trading venues* gli strumenti finanziari. Nel regime previgente, il problema era sensibilmente avvertito soprattutto con riguardo alle transazioni che avvenivano nei sistemi di scambi organizzati. In particolare, si poneva il quesito se le negoziazioni finalizzate alla sottoscrizione e vendita di strumenti finanziari rappresentativi dell'intero capitale o della partecipazione di controllo fossero da considerarsi anch'esse assoggettate al vincolo della “concentrazione degli scambi”¹².

Fatta questa necessaria premessa, viene allora da chiedersi quali siano le condizioni che hanno portato il legislatore italiano ad escludere con l'articolo 205 del Tuf che le offerte di acquisto e di vendita di prodotti finanziari effettuate in mercati regolamentati possano costituire offerta al pubblico. Occorre, in altri termini, chiarire il senso della differente disciplina posta per le due fattispecie in esame.

Uno degli elementi su cui fonda la distinzione tra le fattispecie sollecitatorie e di offerta, da un lato, e la negoziazione sui mercati, dall'altro, sembra desumibile dalla considerazione delle modalità con cui i contratti giungono a formale conclusione e sembra

¹⁰ Sull'argomento si rinvia a G. GOBBO, *Internalizzazione sistematica: problemi e risposte nella disciplina MiFID*, in *Banca impresa e società*, 1/2008, p. 141 ss. L'internalizzazione a sua volta può avvenire secondo due modalità: 1) mediante incrocio da parte dell'intermediario di ordini provenienti dalla clientela compatibili per condizioni di esecuzione; 1) oppure mediante negoziazione in contropartita diretta degli ordini della clientela. Aspetto essenziale dell'internalizzazione è dunque l'esecuzione di ordini della clientela, da parte degli intermediari finanziari che li ricevono, senza la loro esposizione in un mercato centrale. L'internalizzazione può, inoltre, essere: a) diretta, ovvero essere realizzata dallo stesso intermediario che riceve l'ordine; b) indiretta, quando l'intermediario che riceve l'ordine lo indirizza per l'esecuzione di norma ad un altro intermediario (e non al mercato) collegato da vincoli di gruppo o a seguito di accordi di *preferencing*.

¹¹ Cfr. C. MOTTI, *Commento sub art. 205*, in G. ALPA e F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, t. III, p. 1832. Secondo l'A., «non costituendo l'offerta nell'ambito dei sistemi di negoziazione menzionati una sollecitazione all'investimento, non dovrebbe parimenti trovare applicazione l'art. 101 Tuf in materia di annunci pubblicitari, tecnica promozionale che peraltro non si addice alle contrattazioni svolte in forma organizzata». In merito cfr. pure L. PICARDI, *Commento sub art. 205*, in *Commentario al Tuf*, diretto da G.F. CAMPOBASSO, Utet, Torino, 2002, t. III, p. 1583.

¹² Cfr. A.A. RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Le Società*, n. 1/2008, p. 14 s.

rinvenibile proprio nel principio di parità di trattamento, che opera nell'un caso e non nell'altro¹³.

È possibile ritenere che il legislatore abbia escluso che offerte di acquisto e di vendita, quando effettuate in mercati regolamentati o nelle altre sedi alternative di scambio, possano costituire offerte al pubblico in ragione della struttura multilaterale ad asta competitiva dei mercati regolamentati, delle condizioni di trasparenza *pre* e *post trade*, nonché delle regole predeterminate, oggettive, trasparenti e perciò conosciute *ex-ante* dai partecipanti medesimi (e, potenzialmente, dalla totalità degli investitori) che, più in generale, governano lo svolgimento degli scambi e assicurano la regolarità delle contrattazioni nell'ambito delle *Trading venues*¹⁴.

L'interazione dinamica e competitiva tra le varie proposte di acquisto e di vendita, nel rispetto delle suddette regole, rappresenta una condizione strutturale che impedisce di conseguenza la configurazione di condotte sollecitatorie¹⁵.

Le negoziazioni, sia che si effettuino ad asta di apertura, sia che si eseguano durante la negoziazione continua, si concludono abbinando automaticamente, secondo priorità di prezzo e di tempo, proposte di segno opposto. Merita rimarcare, inoltre, che ai fini di quanto sopra indicato, ciascun investitore, attraverso l'immissione di proposte di acquisto o vendita, è in grado di concorrere a determinare l'esito delle negoziazioni.

Per contro, nelle procedure di offerta al pubblico di prodotti finanziari e di offerta pubblica di acquisto e scambio, l'unità temporale delle relative proposte è dilatata, risultando determinata con riguardo al periodo utile per l'adesione. Sarebbe stata dunque scelta impropria quella di vincolare l'investitore sino al termine della procedura, senza riconoscere a chi abbia impegnato le proprie risorse finanziarie, ovvero a chi abbia disposto per la dismissione della propria partecipazione azionaria, il diritto di concorrere in via paritaria con gli altri destinatari dell'offerta al pubblico al riparto degli strumenti finanziari offerti in vendita ovvero di cui si è richiesto l'acquisto (o lo scambio).

Tipicamente, infatti, le regole dei mercati regolamentati e delle altre piattaforme riconosciute dal legislatore individuano i soggetti che possono partecipare agli scambi e le regole di comportamento che i partecipanti stessi devono osservare.

È verosimile sostenere che la diversità dell'esperienza delle negoziazioni effettuate sui mercati, che il legislatore riflette in punto di qualificazione delle medesime, trovi conferma, oltre che nella particolare qualificazione dei soggetti ammessi alle negoziazioni, specialmente

¹³ Nel regime previgente, il problema era sensibilmente avvertito soprattutto con riguardo alle transazioni che avvenivano nei sistemi di scambi organizzati¹³. In particolare, si poneva il quesito se le negoziazioni finalizzate alla sottoscrizione e vendita di strumenti finanziari rappresentativi dell'intero capitale o della partecipazione di controllo fossero da considerarsi anch'esse assoggettate al vincolo della "concentrazione degli scambi".

¹⁴ La disciplina dei contratti ammessi e delle modalità di negoziazione sul mercato è assai complessa; tra l'altro essa varia per ciascuno dei mercati regolamentati e dei relativi segmenti. In proposito cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 301 s. e p. 304.

¹⁵ Ad avviso di C. MOTTI, *Commento sub art. 205*, cit., p. 1835, cui addè L. PICARDI, *Commento sub art. 205*, cit., p. 1581 s., «...quali che siano le modalità di conclusione degli affari, tutte le volte che sia configurabile una sollecitazione all'investimento o al disinvestimento, riceverà applicazione la norma eccettuativa». L'opinione espressa sembra sottesa a stabilire l'equiparazione, ai fini dell'applicazione della norma eccettuativa, tra mercati di *dealer*, nei quali vi è per l'appunto la quotazione di prezzi di acquisto e/o di vendita, e mercati di *broker*, basati sull'incrocio degli ordini secondo meccanismi d'asta.

nel meccanismo di conclusione dei contratti e di formazione dei prezzi, cui per contro risulta estraneo il principio di parità di trattamento previsto dall'art. 95, comma 1, lett. d), Tuf.

In aggiunta alle ipotesi già disciplinate dalla legge, sia nei mercati regolamentati che nei *Mtf* potrebbe teoricamente ravvisarsi un'offerta al pubblico solo qualora, dall'esame di tutte le circostanze concrete, l'attività posta in essere da un partecipante alle negoziazioni rientri in uno schema di azione fraudolenta più ampio e finalizzato a realizzare un risultato riconducibile nella sostanza ad un'operazione di collocamento.

Queste considerazioni sullo schema di azione fraudolenta valgono anche per gli *Is*, che sono contraddistinti da una modalità di negoziazione di tipo "bilaterale". Occorre peraltro evidenziare che nei confronti degli stessi, la valutazione delle circostanze in concreto non potrà beneficiare delle garanzie strutturali comuni a mercati regolamentati e *Mtf*, a causa dell'assenza di una struttura multilaterale e di meccanismi ad asta competitiva.

4. *L'estensione del regime di esenzione attraverso il ricorso alla disciplina secondaria.*

Come si è detto, oltre che con riferimento ai mercati regolamentati, le "deroghe" riguardano anche le negoziazioni che avvengano nei *Mtf* o che siano effettuate da *Is*, a condizione però che ricorrano i requisiti indicati dalla Consob con regolamento.

Al fine di dare attuazione alla nuova previsione di cui all'art. 205 Tuf, la Consob ha pertanto provveduto con delibera n. 16709 del 27 novembre 2008 a modificare l'articolo 2 del regolamento emittenti con l'inserimento dei commi da 3 a 7. La riflessione verte pertanto su un'analisi particolareggiata del contenuto delle nuove disposizioni.

Nell'ottica di favorire lo sviluppo di piattaforme di negoziazione alternative ai mercati regolamentati, la Consob specifica alcune condizioni in base alle quali la quotazione di prezzi su tali piattaforme non costituisce offerta al pubblico ed è quindi esente dall'obbligo di pubblicare il prospetto *ex art. 94*, comma 1, Tuf ovvero il documento d'offerta ai sensi dell'art. 102, comma 3, Tuf¹⁶. Sommarariamente le nuove disposizioni prevedono:

- 1) alcune deroghe per le negoziazioni che avvengono sui *Mtf* o che siano effettuate da *Is*.
- 2) una specifica deroga, limitatamente ai *Mtf*, nel caso in cui siano negoziati strumenti finanziari che non siano già quotati su mercati regolamentati¹⁷;
- 3) l'estensione della medesima deroga alle negoziazioni che vengano effettuate anche dagli *Is*.

¹⁶ Si evidenzia in proposito che nella nuova formulazione dell'art 2 del reg. emittenti il riferimento ai "*prodotti finanziari*" è stato sostituito con quello agli "*strumenti finanziari*", potendo soltanto questi ultimi essere trattati nei *Mtf*, in base alla definizione ad essi data dall'art. 1, comma 5-*octies*, del Tuf, anche se, si ritiene utile precisare, l'art. 205 del Tuf utilizza la locuzione "*prodotti finanziari*".

¹⁷ Allo stesso modo dei mercati regolamentati, anche le regole dei *Mtf* devono garantire un processo di negoziazione equo e ordinato. Con riguardo al profilo dell'informazione – su cui si basano molti dei criteri introdotti dall'articolo 2 del reg. emittenti – la Mifid richiede ai *Mtf* solo e unicamente di fornire o rendere accessibili al pubblico informazioni sufficienti per permettere ai suoi utenti di emettere un giudizio in materia di investimenti (v. art. 14, parr. 1 e 2, secondo cpv.), riservando all'autonomia privata degli stessi l'individuazione delle modalità di adempimento di questo requisito. Pertanto, non sembrano ravvisarsi elementi sufficienti per discriminare l'operatività dei partecipanti agli scambi nei *Mtf* rispetto a quella dei partecipanti agli scambi nei mercati regolamentati.

All'interno del nuovo quadro regolamentare, il comma 3 dell'articolo 2 assume una valenza generale e riconosce, in sostanza, l'inapplicabilità della disciplina dell'offerta al pubblico e dell'offerta pubblica di acquisto o di scambio alle quotazioni di prezzi immesse nei *Mtf* che risultano assistite da particolari presidi informativi (un documento di ammissione alle negoziazioni¹⁸ e obblighi di informativa continua) che permettano all'investitore di compiere "scelte di investimento consapevoli"¹⁹.

Al riguardo sembra possibile sollevare alcune critiche in ordine almeno a due aspetti della disposizione citata.

In primo luogo, non sembra superfluo segnalare che il documento informativo dovrebbe essere elaborato secondo le pratiche in uso sulle piattaforme dei principali paesi, evitando di replicare documenti simili, per contenuto e dimensione, ai prospetti.

In secondo luogo, rileva la constatazione secondo cui il documento preliminare di ammissione alle negoziazioni, di cui alla lett. a), comma 3 dell'art. 2 del reg. emittenti deve essere predisposto dal gestore del *Mtf*. La disposizione in oggetto pare, infatti, di difficile realizzazione, posto che gli obblighi informativi possono essere previsti solo per gli emittenti che abbiano chiesto di essere negoziati sui *Mtf* e non anche per quelli che passivamente lo sono. Ne consegue che il *Mtf* non potrà imporre all'emittente obblighi informativi equivalenti ad esempio a quelli previsti per gli emittenti strumenti finanziari diffusi, fatta salva l'ipotesi ulteriore in cui l'emittente sia collegato con la società che gestisce il *Mtf*. Rispetto al precedente comma 2, punto 5, nella nuova formulazione non è più richiesto ai *Mtf* di prevedere obblighi informativi equivalenti a quelli previsti per gli emittenti strumenti finanziari diffusi, bensì "*obblighi finalizzati a rendere accessibili al pubblico informazioni sufficienti a permettere agli investitori di pervenire a un giudizio sull'investimento*". Il portato del nuovo testo tiene conto, infatti, delle osservazioni al riguardo pervenute dai partecipanti alla consultazione che non hanno condiviso l'equiparazione all'informativa prevista per gli emittenti diffusi (artt. 114, eccetto il comma 7, e 115 Tuf), e della necessità di conformarsi a quanto previsto dalla Mifid²⁰. A ragion del vero, una simile equiparazione avrebbe reso gli emittenti soggetti a tutti gli obblighi di informativa continua e a quella periodica e straordinaria anche quando gli stessi non avessero raggiunto un grado di diffusione minimale verso gli investitori (non essendo ancora emittenti diffusi), creando, quindi, uno svantaggio competitivo rispetto a piattaforme di negoziazione disciplinate da regole straniere, ove tale requisito non è richiesto.

Sempre nell'ottica di consentire comunque all'investitore di operare scelte di investimento consapevoli, in base al comma 4 il documento di ammissione alle negoziazioni non è necessario nel caso in cui per gli strumenti oggetto dell'offerta sia stato già pubblicato un prospetto di offerta o un documento d'offerta negli ultimi dodici mesi²¹. In tale fattispecie,

¹⁸ In particolare, al fine di poter beneficiare della deroga, i *Mtf* devono prevedere un "documento preliminare di ammissione alle negoziazioni", nel quale vi sia "avvertenza che ...non è stato esaminato né approvato dalla Consob".

¹⁹ Sulla necessità di assicurare in ogni circostanza la tutela degli investitori mediante l'obbligo di pubblicazione di informazioni affidabili cfr. direttiva n. 2003/71/CE, considerando n. 27.

²⁰ Cfr. art. 14, par. 2, sec. cpv, della Mifid, ove si prevede che "*Gli Stati membri prescrivono che, se del caso, le imprese di investimento o i gestori del mercato che gestiscono un sistema multilaterale di negoziazione forniscano o si accertino che siano accessibili al pubblico informazioni sufficienti per permettere ai suoi utenti di emettere un giudizio in materia di investimenti, tenuto conto sia della natura degli utenti che dei tipi di strumenti negoziati*".

²¹ Da più parti si è osservato che la limitazione a 12 mesi risulta alquanto restrittiva, ben potendoci essere casi in cui i titoli oggetto di offerta al pubblico siano quotati in *Mtf* o in *Is* oltre i 12 mesi, ad esempio nel caso di avvio di un

le negoziazioni costituiscono un'offerta al pubblico solo qualora tramite le stesse vengano rivenduti a investitori non qualificati prodotti finanziari che abbiano costituito oggetto in Italia o all'estero di un collocamento riservato a investitori qualificati, sempre che tale rivendita sia "sistematica" e avvenga nei dodici mesi successivi al collocamento istituzionale²². Pare dunque di poter desumere che la Consob attribuisca all' "offerta pubblica di vendita" (per la quale non esiste una definizione esplicita!), effettuata nei *Mtf* o da *Is*, la presunzione della ricorrenza del carattere di "sistematica rivendita" che è condizione di applicabilità dell'art. 100-*bis*, comma 2, Tuf²³.

Nel comma 5, il regime di esenzioni introdotto al comma terzo per le offerte di vendita effettuate anche *Mtf* (con l'espresso richiamo all'art. 100 del Tuf ed alle relative norme di attuazione del reg. emittenti) viene esteso, nelle parti compatibili, anche alle quotazioni di prezzi di acquisto immesse nei *Mtf* "riservati ai soli investitori qualificati, ovvero aventi ad oggetto gli strumenti finanziari di cui all'articolo 100, comma 1, lettere d), e) e g), nonché gli strumenti finanziari di valore nominale unitario minimo di almeno 50.000 euro o gli OICR aperti il cui ammontare minimo di sottoscrizione sia pari ad almeno 250.000 euro".

Il comma 6, oltre a prevedere una nuova ipotesi di esenzione riguardante le quotazioni di prezzo relative ai titoli emessi da Stati aderenti all'Ocse, delinea specifiche fattispecie di quotazioni di prezzi immesse nei *Mtf* e da *Is* che non costituiscono offerta al pubblico, in quanto aventi ad oggetto strumenti per i quali è già a disposizione del pubblico un set di informazioni sufficiente a permettere all'investitore una scelta di investimento consapevole²⁴. La disposizione regolamentare riflette la scelta della Consob di condizionare la negoziabilità sui *Mtf* di strumenti esteri non quotati in mercati regolamentati italiani od europei alla circostanza che tali strumenti siano già negoziati in un altro *Mtf* di un paese dell'UE in cui l'emittente sia soggetto ad obblighi informativi equivalenti a quelli previsti per gli emittenti strumenti finanziari diffusi. Si tralascia, tuttavia, di considerare che la disciplina dei titoli diffusi potrebbe non essere presente negli altri paesi comunitari. Da qui l'opportunità, non colta dal regolatore, di indicare perlomeno quali siano gli Stati che prevedono obblighi informativi equivalenti a quelli prescritti per gli emittenti strumenti finanziari diffusi.

nuovo *Mtf* o *Is*. Sul punto cfr. F. BOCHICCHIO, *La nuova norma sui titoli in «selling restriction»: effettività e limiti*, in *Contr. e Impr.*, 2008, p. 528 ss.

²² Cfr. direttiva n. 2003/71/CE, considerando n. 16.

²³ I nuovi commi 3 e 4 assorbono quanto previsto, nella bozza di articolato sottoposta alla consultazione, dal comma 2, punti 4 e 5. Rispetto al precedente comma 2, punto 4, è stato previsto che il prospetto di offerta, in presenza del quale non è richiesto il documento di ammissione alle negoziazioni, deve essere redatto conformemente alle disposizioni comunitarie, eliminando il riferimento agli articoli del Tuf che disciplinano le diverse ipotesi di prospetti utilizzabili per l'offerta in Italia; la modifica apportata rende quindi utilizzabile un prospetto anche non riconosciuto in Italia, purché redatto sulla base della normativa comunitaria.

²⁴ Nel nuovo comma 6 sono state delineate specifiche fattispecie di quotazioni di prezzi immesse in *Mtf* o effettuate da *Is* che non costituiscono offerta al pubblico di strumenti finanziari né offerta pubblica di acquisto e scambio e che erano già state individuate nella bozza dell'art. 2, comma 2, sottoposta alla consultazione. Nello specifico le quotazioni dei prezzi hanno ad oggetto: (i) gli strumenti finanziari indicati nell'art. 100-*bis*, comma 4, del Tuf ["titoli di debito emessi da Stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) con classamento creditizio di qualità bancaria (rating investment grade) assegnato da almeno due primarie agenzie internazionali di classamento creditizio (rating)"], del Tuf nonché gli strumenti finanziari, emessi da soggetti italiani o esteri (ii) "ammessi alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di un altro paese dell'Unione Europea"; ovvero (iii) "già diffusi tra il pubblico in Italia ai sensi dell'articolo 2-*bis* del reg. emittenti o già distribuiti presso il pubblico in un paese dell'Unione Europea a condizione che, in questo secondo caso, l'emittente o l'eventuale garante o la società controllante abbia strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati dell'Unione Europea e comunque fornisca informativa periodica".

Infine, il comma 7 specifica che alle offerte di vendita “diverse” da quelle individuate nei commi 3, 4 e 6, n. 1, si applica l'art. 100-*bis*, commi 2 e 3, del Tuf²⁵. Il richiamo alle disposizioni precedenti evidenzia che la rivendita attraverso *Mtf* o *Is* di strumenti oggetto di offerta riservata ad investitori qualificati più di dodici mesi prima non costituisce offerta al pubblico e pertanto non è soggetta alla disciplina del prospetto, bensì agli obblighi previsti in capo agli intermediari nell'ambito dello svolgimento del servizio di negoziazione²⁶. Le negoziazioni effettuate nei primi dodici mesi successivi all'offerta restano invece subordinate al rispetto delle condizioni indicate nel comma 3 dell'articolo 100-*bis* del Tuf.

Il confronto dei requisiti di cui ai commi 6 e 7 porta, tuttavia, a risultati contraddittori. Basti pensare che il comma 7 richiama solo il punto 1 del comma 6; conseguentemente, alle quotazioni di prezzi immesse nei *Mtf* o effettuate da *Is* aventi ad oggetto strumenti finanziari già diffusi tra il pubblico in Italia ai sensi dell'art. 2-*bis* del reg. emittenti (*Definizione di emittenti strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in misura rilevante*) o già distribuiti presso il pubblico in un paese dell'Unione Europea, si applica l'art. 100-*bis* del Tuf, dal momento che la diffusione in Italia di tali strumenti, ai sensi dell'art. 2-*bis*, comma 2, del reg. emittenti e la distribuzione degli stessi in un altro paese UE potrebbero essersi realizzate attraverso collocamenti rivolti ai soli investitori qualificati. Pertanto, in virtù del requisito di cui al comma 7, sarebbe possibile negoziare, dopo un anno, qualsiasi strumento finanziario non quotato italiano inizialmente collocato solo presso investitori istituzionali. Per contro, la stessa cosa non sarebbe possibile, ai sensi del requisito *ex* comma 6, per gli strumenti finanziari esteri non quotati e inizialmente oggetto di offerta al pubblico in altro paese UE.

²⁵ Per comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre il sistema di tutele per l'investitore retail di cui all'art. 100-*bis* tuf, cfr., *ex multis*, V. SANGIOVANNI, *Circolazione di prodotti finanziari e responsabilità degli investitori professionali: il nuovo art. 100-bis Tuf*, in *Le Società*, 11/2006, p. 1355 ss.; Id., *Circolazione dei prodotti finanziari e offerta al pubblico nell'art. 100-bis Tuf*, in *Giur. It.*, 12/2008, p. 1355 ss.; R. VIGLIONE, *Circolazione di prodotti finanziari privi di prospetto: nuove forme di tutela del risparmio*, in *Leggi civ. comm.*, 2008, p. 43 ss.; Id., *Nullità e risarcimento del danno nell'art. 100 bis Tuf: quale tutela per l'investitore non professionale?*, in *Contr. e Impr.*, 2008, p. 55 ss.

L'art. 15, co. 2, del d.lgs. n. 164 del 2007 introduce una nuova formulazione dell'art. 100-*bis* del Tuf, a sua volta inserito dall'art. 11 della legge n. 262 del 2005, in materia di circolazione dei prodotti finanziari originariamente privi di “prospetto” in quanto destinati ai soli “investitori qualificati”. Nel dettaglio, l'art. 100-*bis*, comma 1, Tuf prevede che «*la successiva rivendita di prodotti finanziari che hanno costituito oggetto di un'offerta al pubblico esente dall'obbligo di pubblicare un prospetto costituisce ad ogni effetto una distinta e autonoma offerta al pubblico nel caso in cui ricorrano le condizioni indicate nella definizione prevista all'articolo 1, comma 1, lett. 1), e non ricorra alcuno dei casi di inapplicabilità previsti dall'articolo 100*». La legge continua stabilendo che «*si realizza una offerta al pubblico anche qualora i prodotti finanziari che abbiano costituito oggetto in Italia o all'estero di un collocamento riservato a investitori qualificati siano, nei dodici mesi successivi, sistematicamente rivenduti a soggetti diversi da investitori qualificati e tale rivendita non ricada in alcuno dei casi di inapplicabilità previsti dall'articolo 100*» (art. 100-*bis*, comma 2, Tuf). Il legislatore sancisce poi che «*nell'ipotesi di cui al comma 2, qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto e i soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita dei prodotti finanziari rispondono del danno arrecato*» (art. 100-*bis*, comma 3, Tuf).

²⁶ In tal senso v. G. FALCONE, *La disciplina generale delle offerte pubbliche di acquisto, con particolare riferimento all'obbligo di comunicazione preventiva e alla c.d. passivity rule*, in M. RISPOLI e G. ROTONDO (a cura di), *Il mercato finanziario*, Milano, 2005, p. 258, secondo cui l'art. 205 Tuf «risolve (negativamente) il problema della applicabilità della disciplina delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio quando effettuate da parte di investitori istituzionali. Nulla invece viene stabilito laddove l'offerta pubblica di acquisto o di scambio venga effettuata *avendo come destinatari* tali soggetti».

5. Conclusioni.

I requisiti proposti nell'articolo 2 del reg. emittenti non riguardano le caratteristiche che l'operatività dei partecipanti alle negoziazioni in *Mtf* o effettuate da *Is* devono assumere per qualificare la condotta stessa come sollecitatoria e, di conseguenza, come offerta al pubblico.

I requisiti proposti, invece, insistono solo su elementi diversi, quali le caratteristiche dei titoli (quotati o non quotati in mercati regolamentati), l'esistenza di un prospetto ancora valido, la sussistenza di obblighi informativi in capo all'emittente, l'esistenza di un rapporto diretto tra un *Mtf* e l'emittente e l'imposizione da parte del *Mtf* di obblighi informativi all'emittente medesimo. I requisiti previsti riguardano il piano di cosa un *Mtf* o un *Is* può negoziare, che è materia riguardante l'organizzazione e la gestione delle *Trading venues* e che, pertanto, – perlomeno da un punto di vista sistematico – non dovrebbe trovare la sua naturale sede di trattazione nel reg. emittenti o, comunque, nella disciplina riguardante l'offerta al pubblico.

In particolare, a livello nazionale non possono essere ravvisate né circostanze eccezionali, né rischi specifici per la tutela degli investitori e l'integrità del mercato che possano giustificare restrizioni all'operatività delle sole *Trading venues* italiane, posto che la stessa Mifid non impone in linea di principio alcuna restrizione di negoziabilità a *Mtf* e *Is*²⁷.

Per giunta, una lettura più attenta della disciplina prevista dalla direttiva "Prospetto" (2003/71/CE)²⁸ avrebbe dovuto condurre il regolatore a tener conto delle condizioni che in concreto debbono ricorrere affinché un'attività di immissione di proposte di acquisto o di vendita effettuate in *Mtf* o da *Is* costituisca nella sostanza un'attività di offerta al pubblico²⁹.

²⁷ Sulle principali implicazioni che in concreto caratterizzano il funzionamento delle *Execution venues* v. pure M. ANOLLI - G. PETRELLA - C. FAISSOLA - G. CAMMARANO, *L'impatto della direttiva Mifid sui mercati*, Interventi tenuti nell'ambito del seminario su: "Nuove prospettive per l'intermediazione finanziaria nell'evoluzione del contesto economico", Perugia, 23 marzo 2007; M. MACCARONE - C. SALINI, *Audizione sullo Schema di decreto legislativo recante «Recepimento della direttiva 2004/39/CE»*, Camera dei Deputati, VI Commissione Finanze, Roma, 24 luglio 2007, p. 3, disponibile sul sito www.consob.it. Il *Mtf* è gestito da un'impresa di investimento o da un gestore di mercato. Vi si incrociano interessi multipli di acquisto e di vendita di strumenti finanziari, dando luogo a contratti. L'operatività avviene secondo regole non discrezionali e nel rispetto delle disposizioni applicabili alle imprese di investimento nello svolgimento dei servizi di investimento. Le regole del sistema prevedono, inoltre, quali strumenti finanziari possono essere negoziati. L'*Is*, per contro, è un'impresa di investimento che esegue sistematicamente ordini in conto proprio fuori da un mercato regolamentato o da un *Mtf*. Tuttavia, la sua struttura e la sua operatività non sono conformi a tutte le disposizioni dettate da un mercato regolamentato o da un *Mtf*. La negoziazione è, come si è già precisato, di tipo bilaterale ed ha ad oggetto titoli azionari liquidi.

²⁸ Il recepimento di questa direttiva in Italia ha avuto una lunga gestazione. Nell'aprile 2004 è stato inoltre adottato il regolamento 809/2004/CE recante modalità di esecuzione della direttiva "Prospetto" per quanto riguarda le informazioni contenute nei prospetti, il modello dei prospetti, l'inclusione delle informazioni mediante riferimento, la pubblicazione dei prospetti e la diffusione di messaggi pubblicitari. A causa del ritardo del legislatore nazionale nel procedere al recepimento della direttiva "Prospetto", e al fine di non porre l'Italia in una posizione di svantaggio competitivo rispetto agli altri Stati membri che avevano già proceduto al recepimento della direttiva, nell'agosto 2005 Consob, facendo leva sul carattere direttamente applicabile del regolamento 809/2004/CE, ritenne alcune delle previsioni dello stesso (nella specie, quelle previsioni che non sembravano necessitare di un atto di recepimento da parte del legislatore nazionale) direttamente applicabili - tra queste, ad esempio, gli allegati al regolamento che contenevano i nuovi schemi di prospetto. Nel marzo 2007, la direttiva è stata recepita dal legislatore nazionale tramite il d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51 che ha modificato numerose previsioni del Tuf, delegando tuttavia al potere regolamentare della Consob l'emanazione di norme di dettaglio su alcune tematiche specifiche.

²⁹ Cfr., in particolare, artt. 3 e 4 della direttiva 2003/71/CE, in cui vengono rispettivamente individuate le condizioni al ricorrere delle quali sorge l'obbligo di pubblicare il prospetto e i casi in cui, viceversa, è prevista l'esenzione da tale obbligo.

Più di un dubbio sembra infatti lecito formulare sulla valenza che possono avere nella qualificazione di una condotta sollecitatoria o di offerta al pubblico i requisiti proposti nell'articolo 2, che nulla hanno a che fare con la condotta di chi partecipa agli scambi in *Mtf* e */s* e, pertanto, con l'eventuale offerta al pubblico posta in essere secondo tali modalità. L'impostazione della disciplina comunitaria porta ad escludere che si possano individuare a livello legislativo condizioni tali da non richiedere la verifica in concreto della condotta dei soggetti partecipanti agli scambi e che permettano, pertanto, di qualificare *ipso iure* l'operatività degli stessi come un'offerta al pubblico. Ne consegue che l'obbligo di prospetto debba cadere sull'operazione oggetto di offerta, e non solo sul titolo e sull'emittente il titolo, qualora l'offerente sia diverso da esso. Per giunta, la disciplina comunitaria considera una successiva rivendita (cd. *secondary offering*) come un'offerta separata che, qualora meritevole di essere qualificata come offerta al pubblico, richiede anch'essa l'adempimento della pubblicazione di un (altro) prospetto.

Alla luce delle considerazioni sopra formulate si ritiene utile, in ultima analisi, suggerire al legislatore l'adozione di una prospettiva diversa, che demandi gli ulteriori spazi normativi, lasciati liberi dalla cornice di riferimento di cui all'art. 205 Tuf, all'autoregolamentazione delle singole piattaforme di mercato. Solo attraverso una simile soluzione si potrebbe, per un verso, favorire il soddisfacimento delle diversificate esigenze di ciascuna microstruttura di mercato e, per altro verso, attraverso il libero esplicarsi della concorrenza dei mercati, ridurre, a tutela degli investitori, le inevitabili asimmetrie di informazione e trasparenza.

La tutela dei dati personali e il diritto alla *privacy* nella legislazione nazionale

di Wanda D'Avanzo

SOMMARIO: 1) Introduzione. – 2) La nozione di dato personale. – 3) Il titolare del trattamento. – 4) I diritti dell'interessato. – 5) L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali. – 6) Obblighi di sicurezza. – 7) Il trattamento dei dati in ambito pubblico. – 8) Il trattamento dei dati in ambito giudiziario. – 9) Il sistema sanzionatorio del codice della *privacy*. – 10) Conclusioni.

1) *Introduzione*

L'art. 1 del Codice in materia di protezione dei dati personali, D.Lgs. del 30 giugno 2003, n. 196 (*G.U.* n. 174 del 29 luglio 2003), così dispone: "Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano".

Finalità del codice, prosegue l'art. 2, comma 1, è quella di garantire che il trattamento dei dati personali "si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali".

Il diritto alla protezione dei dati personali viene riconosciuto qui come un autonomo diritto positivo, rispetto al passato in cui era considerato solo come un'accezione più evoluta del concetto di diritto alla riservatezza. L'art. 2, comma 2, introduce, poi, il principio della semplificazione nell'elevata tutela, con cui il legislatore ha voluto bilanciare, da un lato, la garanzia di un elevato livello di tutela di diritti di rango costituzionale e, dall'altro, l'esigenza di assicurare "procedure snelle ed efficaci per l'esercizio dei diritti degli interessati per l'adempimento da parte dei titolari".¹

Il diritto alla protezione dei dati personali è, dunque, riconosciuto dal D.Lgs. 196/2003 come un diritto fondamentale della persona accanto al diritto alla riservatezza ed all'identità personale, che si iscrive nell'elenco dei diritti della personalità, che già la giurisprudenza ed ulteriori leggi speciali avevano ampliato ben oltre le ipotesi contenute nell'art. 5 cod. civ.²

Secondo la giurisprudenza, il diritto alla riservatezza, in particolare, consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari che, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile,

¹ P. VICENZOTTO, *La riservatezza e la sicurezza del sistema informativo negli uffici giudiziari*, in G. RIEM, A. SIROTTI GAUDENZI, *La giustizia telematica e la procedura informatizzata*, Maggioli, Rimini, 2005, p. 121, spec. nota 8

² S. SICA, *Tutela dei dati personali*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, ESI, Napoli, 2004, p. 195.

contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti. Esso non può essere, inoltre, negato ad alcune categorie di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione od altre esigenze pubbliche lo esigano. Tale diritto non solo trova implicito fondamento nel sistema, ma trova una serie di espliciti riferimenti alle norme costituzionali e ordinarie e in molteplici deliberazioni di carattere internazionale.³

L'interesse della persona, fisica o giuridica, a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di insieme di valori rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione, nonché correlativamente, ad insorgere contro comportamenti altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l'onore o la reputazione, ovvero ledere il nome o l'immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo, alla stregua dei principi fissati dall'art. 2 della Costituzione in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti, ed inoltre tutelabile in applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 7 cod. civ. con riguardo al diritto al nome, con la conseguente esperibilità, contro i suddetti comportamenti, di azione inibitoria e di risarcimento del danno, nonché della pubblicazione della sentenza che accolga la domanda.⁴

La vera essenza del diritto alla *privacy* sta, quindi, nel suo carattere di diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo, che consente l'esercizio di altri diritti che sono legati alla possibilità di evitare inopportuni giudizi altrui, con riferimento a scelte di per sé insindacabili. La lesione della riservatezza si riverbera anche sulla sfera psichica del soggetto che vede violato un suo diritto di rango costituzionale, che dovrebbe cedere solo dinanzi a casi concreti di particolare gravità ed in seguito all'affermazione di un'operazione di bilanciamento fra interessi in conflitto.⁵

Oggi, la notevole evoluzione del progresso tecnologico consente l'elaborazione e la conservazione di quantità di dati prima impensabili. Ciò che rileva nell'attuale società dell'informazione è il dato, in tutte le sue molteplici sfaccettature. Per questo motivo le legislazioni moderne stanno cercando di stabilire un equilibrio tra il libero flusso delle informazioni e dei dati e la tutela della riservatezza e della vita privata di ogni individuo.

Si è, dunque, oltre l'originaria definizione di *privacy* come semplice "diritto ad essere lasciato solo", così come originariamente teorizzata da Warren e Brandeis alla fine dell'Ottocento.⁶

Nata come diritto dell'individuo borghese ad escludere gli altri da ogni forma di invasione della propria sfera privata, riproducendo lo schema tipico del diritto di proprietà, la tutela della *privacy*, anche a seguito della rivoluzione informatica e telematica, finisce con il simboleggiare l'insieme delle libertà implicate dal trattamento dei dati personali, il diritto al mantenimento del controllo sui propri dati.⁷

³ Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in L. CIANFARDINI, F. IZZO, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Simone, Napoli, 2006, p. 80.

⁴ Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *ivi*, p. 80.

⁵ G. FIORILLO, *Temî di informatica giuridica*, Aracne editrice, Roma, 2004, p. 197.

⁶ S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193.

⁷ S. RODOTA, *Tecnopolitica*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 166 e p. 168.

2) La nozione di dato personale

L'Italia si è dotata di una normativa organica sul trattamento dei dati personali, inizialmente, con la L. del 21 febbraio 1989, n. 98 (*G.U.* n. 66 del 20 marzo 1989), di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108, sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981; e successivamente, con la L. del 31 dicembre 1996, n. 675 (*G.U.* n. 5 del 8 gennaio 1997, suppl. ord. n. 3), che ha dato attuazione alla Direttiva 1995/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 (*G.U.CE* n. L 281 del 23 novembre 1995).⁸

L'entrata in vigore del codice in materia di protezione di dati personali, nel 2003, rappresenta l'ultimo fondamentale intervento normativo, che ha raccolto tutte le disposizioni vigenti nel nostro ordinamento relative alla tutela dei dati personali, provvedendo contestualmente all'abrogazione dei provvedimenti nei quali erano originariamente contenute.⁹

Il codice è stato aggiornato, più di recente, con il D.Lgs. del 30 maggio 2008, n. 109 (*G.U.* n. 141 del 18 giugno 2008), che ha dato attuazione della Direttiva 2006/24/CE (*G.U.CE* n. L 105 del 13 aprile 2006), riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. Ancora, è intervenuta a modificare le disposizioni del codice, la L. del 27 febbraio 2009, n. 14 (*G.U.* n. 49 del 28 febbraio 2009, suppl. ord. n. 28), di conversione del Decreto Legge del 30 dicembre 2008, n. 207, recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti.

Il codice è suddiviso in tre parti. La prima detta i principi generali in materia di protezione dei dati personali ed è applicabile alla generalità dei soggetti; la seconda contiene le disposizioni che regolano il trattamento dei dati personali¹⁰ in relazione a specifici settori di appartenenza; mentre, la terza parte raccoglie tutte le disposizioni relative alla tutela dell'interessato ed alle sanzioni previste in caso di violazione della normativa in materia.

Nell'ambito dei principi generali che regolano la materia, l'art. 3 introduce il principio di necessità nel trattamento dei dati personali e prescrive che i sistemi informativi e i programmi informatici siano configurati in modo tale da ridurre al minimo l'utilizzazione di dati

⁸ La Direttiva 1995/46/CE ha introdotto una disciplina quadro del trattamento dei dati personali, incentrata, prevalentemente, sulla garanzia della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali con riguardo al trattamento dei dati personali. Ha attribuito speciale risalto al diritto alla vita privata, richiamando con ciò una figura prevista a livello normativo dagli accordi internazionali sui diritti dell'uomo e in particolare, in ambito comunitario, dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. La direttiva del 1995 è stata soltanto il primo tassello del sistema del trattamento dei dati personali, implementato progressivamente dalle Direttive 1997/66/CE (*G.U.CE* n. L 024 del 30 gennaio 1998), sulla riservatezza nelle telecomunicazioni, e 2002/58/CE (*G.U.CE* n. L 201 del 31 luglio 2002), sulla riservatezza delle comunicazioni elettroniche. Si veda, sul punto, S. SICA, cit., p. 194.

⁹ G. SCORZA, *Elementi di diritto dell'informatica*, Simone, Napoli, 2004, p. 77.

¹⁰ Rientra nella nozione di "trattamento" qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati (art. 4, comma 1, lett. a).

personali e di dati identificativi, fino ad escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possano essere realizzate mediante dati anonimi o opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità.

Il dato è anonimo quando, già in origine o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile (art. 4, comma 1, lett. n).

Secondo l'art. 4 del codice della *privacy*, per dato personale si intende qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, compreso un numero di identificazione personale.

Nell'ambito della categoria dei dati personali il legislatore ha, poi, distinto i dati sensibili che sono quei dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni o organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale; e i dati giudiziari definiti come quei dati personali idonei a rivelare provvedimenti in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato.

Diversamente, i cosiddetti dati semisensibili, cui si riferisce l'articolo 17 del codice, sono dati diversi da quelli sensibili e giudiziari il cui trattamento presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare.

3) *Il titolare del trattamento*

Oggetto del codice è la disciplina del trattamento dei dati personali, anche detenuti all'estero, effettuato da chiunque sia stabilito nel territorio dello Stato, o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato. Esso trova applicazione anche nel caso di trattamento di dati personali effettuato da chiunque sia stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione europea che impieghi, per il trattamento stesso, strumenti situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell'Unione europea. Il codice si applica, infine, al trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali, ma solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione (art. 5, D.Lgs. 196/2003).

Titolare del trattamento è la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza (art. 4, comma 1, lett. f). Quando il trattamento è effettuato da una persona giuridica, da una pubblica amministrazione o da un qualsiasi altro ente, associazione od organismo, titolare del trattamento è l'entità nel suo complesso o l'unità od organismo periferico che esercita un potere decisionale del tutto autonomo sulle finalità e sulle modalità del trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza (art. 28, comma 1).

Il titolare, a sua volta, ha la facoltà di nominare un responsabile, definito dall'art. 4, comma 1, lett. g) del codice come la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali. Se designato, il responsabile è individuato tra soggetti che, per esperienza, capacità ed affidabilità, forniscano idonea garanzia del pieno rispetto delle vigenti disposizioni in materia di trattamento, ivi compreso il profilo relativo alla sicurezza. Ove necessario per esigenze organizzative, possono essere designati, in qualità di responsabili, più soggetti. I compiti affidati al responsabile sono analiticamente specificati per iscritto dal titolare. Il responsabile effettua il trattamento attenendosi alle istruzioni impartite dal titolare il quale, anche tramite verifiche periodiche, vigila sulla puntuale osservanza delle disposizioni di legge e delle proprie istruzioni (art. 29).

Gli incaricati, invece, sono quelle persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento (art. 4, comma 1, lett. h), che operano sotto la diretta autorità del titolare o del responsabile. La designazione è effettuata per iscritto e individua, puntualmente, l'ambito del trattamento consentito (art. 30).

Nel caso in cui i dati che si intende trattare riguardino dati genetici, biometrici o dati che indicano la posizione geografica di persone od oggetti mediante una rete di comunicazione elettronica; dati sensibili, trattati a fini di procreazione assistita, prestazione di servizi sanitari per via telematica relativi a banche di dati o alla fornitura di beni, rilevazione di malattie mentali, infettive e diffuse, trapianto di organi e tessuti; dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato, o ad analizzare abitudini o scelte di consumo; dati sensibili registrati in banche di dati a fini di selezione del personale per conto terzi, nonché dati sensibili utilizzati per sondaggi di opinione, ricerche di mercato e altre ricerche campionarie; dati registrati in apposite banche di dati gestite con strumenti elettronici e relative al rischio sulla solvibilità economica, alla situazione patrimoniale, al corretto adempimento di obbligazioni, a comportamenti illeciti o fraudolenti, il titolare deve provvedere a notificare all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali il trattamento cui intende procedere (art. 37, comma 1).

La notificazione deve essere trasmessa, attraverso il sito del Garante, prima dell'inizio del trattamento ed è effettuata con unico atto anche quando il trattamento comporta il trasferimento all'estero dei dati.

4) *I diritti dell'interessato*

L'interessato al trattamento, che è la persona fisica, la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferiscono i dati personali (art. 4, comma 1, lett. i), ha il diritto di ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la loro comunicazione in forma intelligibile (art. 7, comma 1).

L'interessato ha diritto di ottenere l'indicazione dell'origine dei dati personali, delle finalità e modalità del trattamento, della logica applicata in caso di trattamento effettuato con l'ausilio di strumenti elettronici, degli estremi identificativi del titolare, dei responsabili e del rappresentante designato ai sensi dell'articolo 5, comma 2, dei soggetti o delle categorie di

soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di rappresentante designato nel territorio dello Stato, di responsabili o incaricati (art. 7, comma 2).

L'interessato ha diritto di ottenere l'aggiornamento, la rettificazione ovvero, quando vi ha interesse, l'integrazione dei dati, la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati, l'attestazione che le operazioni di aggiornamento, rettificazione, integrazione, cancellazione e trasformazione in forma anonima sono state portate a conoscenza di coloro ai quali i dati sono stati comunicati o diffusi, eccettuato il caso in cui tale adempimento si rivela impossibile o comporta un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato rispetto al diritto tutelato (art. 7, comma 3).

L'interessato ha diritto di opporsi, in tutto o in parte, per motivi legittimi, al trattamento dei dati personali che lo riguardano. Inoltre, può opporsi al trattamento di dati utilizzato a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale (art. 7, comma 4).

I diritti di cui all'articolo 7 sono esercitati con richiesta rivolta senza formalità¹¹ al titolare o al responsabile, anche per il tramite di un incaricato, alla quale è fornito idoneo riscontro senza ritardo (art. 8, comma 1).

Per garantire all'interessato l'effettivo esercizio dei suoi diritti, il titolare del trattamento è tenuto ad adottare idonee misure volte, in particolare, ad agevolare l'accesso ai dati personali, anche attraverso l'impiego di appositi programmi per elaboratore finalizzati ad un'accurata selezione dei dati che riguardano singoli interessati identificati o identificabili, nonché a semplificare le modalità e a ridurre i tempi per il riscontro al richiedente, anche nell'ambito di uffici o servizi preposti alle relazioni con il pubblico (art. 10, comma 1).

I dati sono estratti a cura del responsabile o degli incaricati e possono essere comunicati al richiedente anche oralmente, ovvero offerti in visione mediante strumenti elettronici, sempre che, in tali casi, ne sia agevole la comprensione, considerata anche la qualità e la quantità delle informazioni. Se vi è richiesta, si provvede alla trasposizione dei dati su supporto cartaceo o informatico, ovvero alla loro trasmissione per via telematica (art. 10, comma 2).

Salvo che la richiesta sia riferita ad un particolare trattamento o a specifici dati personali o categorie di dati personali, il riscontro all'interessato comprende tutti i dati personali che lo riguardano comunque trattati dal titolare (art. 10, comma 3).

Quando l'estrazione dei dati risulta particolarmente difficoltosa il riscontro alla richiesta può avvenire anche attraverso l'esibizione o la consegna in copia di atti e documenti contenenti i dati personali richiesti (art. 10, comma 4).

¹¹ La richiesta rivolta al titolare o al responsabile può essere trasmessa mediante lettera raccomandata, telefax o posta elettronica. Il Garante può individuare altro idoneo sistema in riferimento a nuove soluzioni tecnologiche. Quando riguarda l'esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, commi 1 e 2, la richiesta può essere formulata anche oralmente e, in tal caso, è annotata sinteticamente a cura dell'incaricato o del responsabile (art. 9, comma 1).

La richiesta di cui all'articolo 7, commi 1 e 2, è formulata liberamente e senza costrizioni e può essere rinnovata, salva l'esistenza di giustificati motivi, con intervallo non minore di novanta giorni (art. 9, comma 5).

5) *L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali*

I dati personali oggetto di trattamento devono essere trattati in modo lecito e secondo correttezza; raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; devono, poi, essere esatti e, se necessario, aggiornati; pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati (art. 11).

I dati personali trattati in violazione della disciplina in materia non possono essere utilizzati.

L'interessato deve essere previamente informato, oralmente o per iscritto, delle finalità e delle modalità del trattamento cui sono destinati i dati; della natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; delle conseguenze di un eventuale rifiuto a rispondere; dei soggetti o delle categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, e dell'ambito di diffusione dei dati medesimi; dei diritti di cui all'articolo 7 del codice; degli estremi identificativi del titolare e, se designati, del rappresentante nel territorio dello Stato e del responsabile (art. 13, comma 1).

In caso, poi, di cessazione, per qualsiasi causa, di un trattamento, l'art. 16 stabilisce che i dati vengano distrutti, oppure ceduti ad altro titolare se destinati ad un trattamento in termini compatibili agli scopi per i quali i dati sono raccolti; conservati per fini esclusivamente personali e non destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione; conservati o ceduti ad altro titolare, per scopi storici, statistici o scientifici, in conformità alla legge, ai regolamenti, alla normativa comunitaria e ai codici di deontologia e di buona condotta.

Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato, che può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso. Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente ed in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se è stata resa all'interessato l'informativa (art. 23).¹²

I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto (art. 23, comma 4) dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal codice, nonché dalla legge e dai regolamenti (art. 26, comma 1).

Il trattamento di dati giudiziari da parte di privati o di enti pubblici economici è consentito soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specifichino le rilevanti finalità di interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e di operazioni eseguibili (art. 27).

¹² In alcuni casi, il consenso non è richiesto, ad esempio quando il trattamento è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria; o è necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato; o, ancora, quando riguarda dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati.

6) *Obblighi di sicurezza*

Per quanto riguarda la sicurezza del trattamento dei dati il codice individua due tipologie di misure di sicurezza, le misure idonee e le misure minime.

L'art. 31 del codice, trattando delle misure idonee, dispone che i dati personali oggetto di trattamento devono essere custoditi e controllati, anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati e alle specifiche caratteristiche del trattamento, in modo da ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta.

Alle misure minime è, invece, dedicato il successivo art. 33.

Nel quadro dei più generali obblighi di sicurezza di cui all'articolo 31, o previsti da speciali disposizioni, i titolari del trattamento sono comunque tenuti ad adottare le misure minime, volte ad assicurare un livello minimo di protezione dei dati personali.

Invero le misure minime rappresentano, *ex art. 4, comma 3, lett. a)*, il complesso delle misure tecniche, informatiche, organizzative, logistiche e procedurali di sicurezza che configurano il livello minimo di protezione richiesto in relazione ai rischi previsti nell'articolo 31.

Nel caso di trattamento dei dati personali effettuato con strumenti elettronici, devono essere adottate secondo il comma 1, dell'art. 34, alcune misure minime specificamente individuate, tra cui l'autenticazione informatica; l'adozione di procedure di gestione delle credenziali di autenticazione; l'utilizzazione di un sistema di autorizzazione; l'aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati e addetti alla gestione o alla manutenzione degli strumenti elettronici; la protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici; l'adozione di procedure per la custodia di copie di sicurezza ed il ripristino della disponibilità dei dati e dei sistemi; la tenuta di un aggiornato documento programmatico sulla sicurezza; l'adozione di tecniche di cifratura o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale effettuati da organismi sanitari.¹³

Il trattamento di dati personali effettuato, invece, senza l'ausilio di strumenti elettronici è consentito solo se sono adottate misure minime di aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati o alle unità organizzative; di previsione di procedure per un'idonea custodia di atti e documenti affidati agli incaricati per lo svolgimento dei relativi compiti; di previsione di procedure per la conservazione di determinati atti in archivi ad accesso selezionato e disciplina delle modalità di accesso finalizzata all'identificazione degli incaricati (art. 35).

¹³ Il nuovo comma 1-bis dell'art. 34 sancisce che, per i soggetti che trattano soltanto dati personali non sensibili e che trattano come unici dati sensibili quelli costituiti dallo stato di salute o malattia dei propri dipendenti e collaboratori anche a progetto, senza indicazione della relativa diagnosi, ovvero dall'adesione ad organizzazioni sindacali o a carattere sindacale, la tenuta di un aggiornato documento programmatico sulla sicurezza è sostituita dall'obbligo per il titolare del trattamento di autocertificare che tali dati siano trattati solo in osservanza delle altre misure di sicurezza prescritte.

La mancata adozione, da parte del titolare, delle misure minime di sicurezza al trattamento dei dati personali, previste dall'art. 33, comporta l'applicazione di sanzioni di carattere penale, secondo la previsione dell'art. 169 del codice.

7) *Il trattamento dei dati in ambito pubblico*

Qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali. Nel trattare i dati il soggetto pubblico è tenuto ad osservare i presupposti e i limiti stabiliti dal codice, anche in relazione alla diversa natura dei dati, nonché dalla legge e dai regolamenti.

I soggetti pubblici non devono richiedere il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali che lo riguardano (art. 18).

Il trattamento dei dati sensibili, invece, da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. Il trattamento di dati giudiziari da parte di soggetti pubblici può essere autorizzato, oltre che da espressa disposizione di legge, anche da un provvedimento del Garante che specifichi le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e di operazioni eseguibili (artt. 20 e 21).

Il trattamento dei dati sensibili e giudiziari da parte di soggetti pubblici deve, comunque, essere effettuato secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato (art. 22, comma 1). E, in ogni caso, i soggetti pubblici possono trattare solo i dati sensibili e giudiziari indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa (art. 22, comma 3).

I dati sensibili e giudiziari contenuti in elenchi, registri o banche di dati, tenuti con l'ausilio di strumenti elettronici, sono trattati con tecniche di cifratura o mediante l'utilizzazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendono temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità (art. 22, comma 6).

I dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale sono conservati separatamente da altri dati personali trattati per finalità che non richiedono il loro utilizzo (art. 22, comma 7).

I dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi (art. 22, comma 8).¹⁴

¹⁴ Per quel che riguarda le problematiche connesse al trattamento dei dati sanitari, in relazione soprattutto all'innovazione tecnologica, il Garante per la protezione dei dati personali ha adottato, da ultimo, con Deliberazione n. 8 del 5 marzo 2009, le Linee guida in tema di fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario (G.U. n. 71 del 26 marzo 2009).

"Nel quadro del processo di ammodernamento della sanità pubblica e privata – così il punto 1 delle Linee guida – sono in atto numerose iniziative volte a migliorare l'efficienza del servizio sanitario attraverso un ulteriore sviluppo delle reti e una più ampia gestione informatica e telematica di atti, documenti e procedure".

Al di là delle iniziative, già intraprese, volte ad archiviare, mediante nuove tecniche, la svariata documentazione di cui gli organismi sanitari si avvalgono a diverso titolo nei processi di cura dei pazienti, di cui costituisce un esempio la

I presupposti, le modalità e i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. Le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico (art. 59).

Quando, però, il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile (art. 60).

Gli artt. 59 e 60 del codice della *privacy* si occupano entrambi del medesimo oggetto, poiché il trattamento di cui all'art. 60 è sempre quello finalizzato a garantire la richiesta di accesso, di cui al 59. L'art. 60, invero, si pone in rapporto di integrazione con l'art. 59, fissando una regola speciale, più restrittiva, per particolari categorie di dati, nell'ambito di una regola generale valevole per tutti i dati. L'obiettivo è quello di fornire una regola generale in materia di rapporto tra trasparenza dell'azione amministrativa e protezione dei dati personali.¹⁵

Occorre, in proposito, considerare l'ipotesi in cui il richiedente cerchi di accedere a documenti in cui sono contenuti dati relativi ad un altro soggetto, caso che pone questioni relative al bilanciamento tra interessi e obiettivi normativi contrapposti. E il bilanciamento individuato dal codice sembra nel senso di riconoscere la prevalenza del diritto di accesso come regola generale, di fronte alle limitazioni funzionali alla protezione dei dati personali intese come eccezioni, rinviando alla disciplina della L. 241/90.¹⁶

Nel momento, poi, in cui il trattamento concerne i dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, l'art. 60 pone due confronti. Nel primo si contrappongono elementi non omogenei, diritti da un lato, e situazioni giuridicamente rilevanti dall'altra del soggetto che richiede l'accesso. In questo senso, il confronto non può farsi che caso per caso, dovendo la pubblica amministrazione verificare la prevalenza tra le aspettative del richiedente l'accesso a conoscere i dati e le aspettative dell'interessato a non consentire tale conoscenza. Un secondo

cartella clinica digitale, la cui disciplina normativa rientra nelle previsioni del codice sulla protezione dei dati personali, le Linee guida esaminano "la condivisione informatica, da parte di distinti organismi o professionisti, di dati e documenti sanitari che vengono formati, integrati e aggiornati nel tempo da più soggetti, al fine di documentare in modo unitario e in termini il più possibile completi un'intera gamma di diversi eventi sanitari riguardanti un medesimo individuo e, in prospettiva, l'intera sua storia clinica" (punto 1).

Questi dati e documenti, da tempo oggetto di specifica attenzione, costituiscono il fascicolo sanitario elettronico e dossier sanitario.

La peculiarità della condivisione da parte di più soggetti delle informazioni sanitarie che documentano un insieme di eventi di rilevanza medica occorsi ad uno stesso individuo giustifica la formulazione di particolari considerazioni rispetto alla gestione cartacea di analoghi documenti e alla più generale tematica dell'informatizzazione sanitaria.

Nelle more di un possibile intervento normativo che regoli alcuni aspetti di fondo, il Garante ha ritenuto opportuno individuare un primo quadro di cautele, al fine di delineare per tempo specifiche garanzie e responsabilità, nonché alcuni diritti (punto 1).

¹⁵ J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali, Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Cedam, Padova, 2004, pp. 238-239.

¹⁶ *Ivi*, p. 240.

confronto è tra elementi omogenei, vale a dire tra diritti dell'interessato e diritti della personalità, o altri diritti o libertà fondamentali e inviolabili del soggetto richiedente l'accesso. Anche qui, il diritto dell'interessato alla protezione dei propri dati, non potrà che essere considerato in riferimento alla fattispecie. L'art. 60, nella sua generica formulazione, dunque, si limita semplicemente ad affermare implicitamente che quando il diritto di accesso va a scontrarsi con la protezione dei dati personali particolarmente sensibili, è comunque necessaria una valutazione del contenuto particolare delle rispettive situazioni giuridiche soggettive.¹⁷

8) *Il trattamento dei dati in ambito giudiziario*

Per quanto riguarda, invece, il trattamento dei dati in ambito giudiziario, l'art. 46 stabilisce che gli uffici giudiziari di ogni ordine e grado, il Consiglio superiore della magistratura, gli altri organi di autogoverno e il Ministero della giustizia sono titolari dei trattamenti di dati personali relativi alle rispettive attribuzioni conferite per legge o regolamento.

Nei casi in cui l'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado può acquisire in conformità alle vigenti disposizioni processuali dati, informazioni, atti e documenti da soggetti pubblici, l'acquisizione può essere effettuata anche per via telematica. A tale fine gli uffici giudiziari possono avvalersi delle convenzioni-tipo stipulate dal Ministero della giustizia con soggetti pubblici, volte ad agevolare la consultazione da parte dei medesimi uffici, mediante reti di comunicazione elettronica, di pubblici registri, elenchi, schedari e banche di dati (art. 48).

In materia di banche dati in ambito giudiziario, particolare attenzione va prestata alla Rete Unitaria della Giustizia (RUG) che comprende il Centro elettronico di Documentazione (CED) della Corte di Cassazione; il sistema informativo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria; il sistema informativo della direzione nazionale antimafia; il sistema informativo del casellario giudiziale, dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti.

Tra questi, in particolare, il sistema informativo della Direzione nazionale antimafia, il sistema informativo del casellario giudiziale, dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, perseguono finalità di giustizia.

Ad essi si applicano le disposizioni di cui all'art. 47, ai sensi del quale si intendono effettuati per finalità di giustizia i trattamenti di dati personali direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie, o che, in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, hanno una diretta incidenza sulla funzione giurisdizionale, nonché le attività ispettive su uffici giudiziari.

Diverso è il caso del CED che offre la possibilità di consultare *on line* testi normativi e giurisprudenziali organizzati in banche dati. In tale caso manca il nesso funzionale che

¹⁷ *Ivi*, pp. 242-243.

costituisce il fondamento dell'art. 47, per cui il regime derogatorio non potrà essere applicato, mentre si applicherà tutta la disciplina generale dettata dal codice della *privacy*.¹⁸

Secondo l'art. 51, fermo restando quanto previsto dalle disposizioni processuali concernenti la visione e il rilascio di estratti e di copie di atti e documenti, i dati identificativi delle questioni pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado sono resi accessibili a chi vi abbia interesse anche mediante reti di comunicazione elettronica, ivi compreso il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet.

Le sentenze e le altre decisioni dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado depositate in cancelleria o segreteria sono rese accessibili anche attraverso il sistema informativo e il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet.

Inoltre, ai sensi dell'art. 52, fermo restando quanto previsto dalle disposizioni concernenti la redazione e il contenuto di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado, l'interessato può chiedere per motivi legittimi, con richiesta depositata nella cancelleria o segreteria dell'ufficio che procede prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta a cura della medesima cancelleria o segreteria, sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento.

Sulla richiesta provvede in calce con decreto, senza ulteriori formalità, l'autorità che pronuncia la sentenza o adotta il provvedimento.

9) Il sistema sanzionatorio del codice della *privacy*

L'art. 15 del codice della *privacy*, che riguarda il caso di danni cagionati per effetto del trattamento, rinvia all'art. 2050 cod. civ., configurando un'ipotesi di responsabilità per l'esercizio di un'attività pericolosa. Di conseguenza, il titolare che cagioni un danno nello svolgimento del trattamento dei dati personali, è tenuto al risarcimento se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Si avrà, dunque, in sede processuale, un'inversione dell'onere della prova a suo carico.

Al fine di essere tutelato, l'interessato, può rivolgersi al Garante per la protezione dei dati personali o all'autorità giudiziaria ordinaria.

Il Garante opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione. È un organo collegiale costituito da quattro componenti, eletti due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica con voto limitato. I componenti eleggono nel loro ambito un presidente, il cui voto prevale in caso di parità. Eleggono anche un vicepresidente, che assume le funzioni del presidente in caso di sua assenza o di suo impedimento.

Il presidente e i componenti durano in carica quattro anni e non possono essere confermati per più di una volta (art. 153).

¹⁸ P. VICENZOTTO, cit., p. 131.

L'interessato può adire il Garante mediante reclamo circostanziato, per rappresentare una violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento di dati personali; mediante segnalazione, laddove non sia possibile presentare un reclamo circostanziato, al fine di sollecitare un controllo da parte del Garante sulla disciplina medesima; oppure, mediante ricorso, se intende far valere gli specifici diritti di cui all'articolo 7 (art. 141).

I diritti di cui all'articolo 7 possono essere fatti valere, alternativamente, o con ricorso al Garante o dinanzi all'autorità giudiziaria. Il ricorso al Garante non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, sia stata già adita l'autorità giudiziaria. Allo stesso modo, la presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto (art. 145).

D'altro canto, competente a conoscere la richiesta di risarcimento del danno è solo l'autorità giudiziaria ordinaria.

Salvi i casi in cui il decorso del termine esporrebbe taluno a pregiudizio imminente ed irreparabile, il ricorso al Garante può essere proposto solo dopo che sia stata avanzata richiesta sul medesimo oggetto al titolare o al responsabile e il titolare o il responsabile non abbiano dato riscontro alla richiesta entro il termine di quindici giorni dal suo ricevimento, ovvero abbiano opposto alla richiesta un diniego anche parziale (art. 146).

In seguito al ricorso e se la particolarità del caso lo richiede, il Garante può disporre in via provvisoria il blocco, in tutto o in parte, di taluno dei dati, ovvero l'immediata sospensione di una o più operazioni del trattamento. Assunte le necessarie informazioni il Garante, se ritiene fondato il ricorso, ordina al titolare, con decisione motivata, la cessazione del comportamento illegittimo, indicando le misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione. La mancata pronuncia sul ricorso, decorsi sessanta giorni dalla data di presentazione, equivale a rigetto (art. 150).

10) Conclusioni

Il Garante per la protezione dei dati personali ha, recentemente, affermato, alla Conferenza annuale di primavera delle Autorità europee per la protezione dei dati, la necessità che il diritto alla protezione dei dati personali trovi ulteriori sviluppi al fine di poter esercitare effettivamente una funzione di garanzia in un contesto sociale in continua evoluzione, sottolineando, con ciò, l'importanza di una necessaria ridefinizione del significato della protezione dei dati e del tipo di regole di cui si ha effettivamente bisogno.¹⁹

Il passaggio, infatti, da "un mondo in cui le informazioni personali erano sostanzialmente sotto il controllo esclusivo degli interessati a un mondo di informazioni condivise con una pluralità di soggetti"²⁰, impone una "costruzione sociale"²¹ che renda la

¹⁹ Si veda, sul punto, il comunicato stampa, *Pizzetti: migliorare e rendere più effettiva la protezione dei dati dei cittadini europei*, sull'intervento dell'Autorità garante italiana alla Conferenza annuale di primavera delle Autorità per la protezione dei dati personali, tenutasi a Edimburgo il 23 aprile 2009, in www.garanteprivacy.it.

²⁰ S. RODOTA, cit., p. 151.

²¹ *Ivi*, p. 163.

protezione dei dati personali più sentita come diritto fondamentale di ogni individuo, ma soprattutto più effettiva.

Ciò che occorre è innalzare in concreto il livello di protezione e di tutela dei cittadini, a fronte del dilagare delle tecnologie della sorveglianza e del controllo da un lato e delle comunicazioni elettroniche dall'altro, affinché sia possibile mantenere il controllo sulle proprie informazioni, cui corrisponda un dovere per gli altri di rispettare il diritto alla autodeterminazione informativa e la libertà alle scelte esistenziali.

Abuso di diritto: l'opinione della cassazione

Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n.30055 del 23 dicembre 2008

La sentenza, inerente la problematica di dividend washing, nell'affermare l'esistenza di un principio di inopponibilità all'erario di negozi volti ad abusare di norme di favore, ha aderito all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/2008, 25374/2008), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; pertanto, la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria, ma negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano. Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi. Nel caso di specie, dunque, i giudici di legittimità hanno stabilito che i principi costituzionali della capacità contributiva e della progressività dell'imposizione non permettono di conseguire vantaggi fiscali attraverso strumenti giuridici rivolti esclusivamente all'adozione al risparmio d'imposta, anche laddove non ricorrano violazioni o contrasti diretti con alcuna specifica disposizione, in assenza di ragioni economicamente apprezzabili.

Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n. 30057 del 23 dicembre 2008

La sentenza, in tema di opponibilità all'amministrazione del negozio (c.d. dividend stripping) da cui deriverebbero sia la detrazione dall'imponibile della quota di ammortamento del costo dell'usufrutto, sia il credito di imposta relativo ai dividendi incassati, affronta, in primo luogo, la questione relativa alla natura del giudizio tributario ed ai poteri di indagine del giudice tributario in ordine al rapporto d'imposta. I giudici affermano che tali poteri sono necessariamente limitati al riscontro della consistenza della pretesa fatta valere dall'amministrazione finanziaria con l'atto impositivo, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso enunciati (da ultimo, Cass. 20516/2006). Tale principio si traduce nell'affermazione secondo cui l'amministrazione è attore in senso sostanziale e perciò gravata dall'onere di provare la fondatezza della pretesa tributaria così come azionata con l'atto impositivo.

In secondo luogo – e con riferimento in particolare, all'abuso di diritto - la Suprema Corte, in piena sintonia con la precedente sentenza n. 30055, afferma, secondo il consolidato orientamento della sezione tributaria, l'esistenza di un generale principio antielusivo. Ciò posto, ribadisce che nell' art. 53, I e II comma, Cost., si rinviene il fondamento essenziale sia delle norme stricto sensu impositive sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici. Non può in ogni caso ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

Corte di Cassazione – Sez. V civile – sent. n. 1465 del 21 gennaio 2009

La sentenza n. 1465 del 21 gennaio 2009 , relativa ad un caso di evasione tributaria concernente il difetto di inerenza di alcuni costi supportati da una società italiana (ammortamenti, interessi passivi e canoni) di cui l'Ufficio aveva sostenuto la indeducibilità in assenza di attività produttiva in capo alla precitata società, afferma, in primo luogo, che è da escludere "un concetto di rilevanza dell'elusione circoscritta ai soli settori legislativamente predeterminati od in ipotesi tassative", e riconosce la piena operatività di "una clausola generale antiabuso (nucleo fondante dell'elusione ricavato dall'elaborazione della Corte di giustizia) valida come regola di rango comunitario applicabile d'ufficio in ogni stato e grado a prescindere da specifiche deduzioni (Cass. 24.9.2008 n. 25374) ed utilizzabile per risolvere casi concreti connotati da *fumus* di elusività anche in settori tendenzialmente estranei all'impatto del diritto comunitario quali quelli riguardanti l'imposizione diretta. (Cass. 13.10.2006 n. 22023 e Cass. 4.4.2008 n. 8772)". In secondo luogo, aggiunge che è proprio all'interno di questo percorso evolutivo che si pone la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. SS. UU 23.12.2008 n. 30057) la quale, testualmente, ha puntualizzato "anche in ottica costituzionale, come il divieto di trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, rappresenti un principio generale non scritto vigente dell'ordinamento italiano siccome fondato sull'art. 53 della Costituzione". Per ciò che attiene alla ripartizione dell'onere della prova nel processo tributario, poi, dopo aver ribadito che compete all'Amministrazione finanziaria allegare i fatti e gli elementi costitutivi della pretesa tributaria e, nella specie, le circostanze a dimostrazione dell'oggettiva natura elusiva delle operazioni poste in essere dal contribuente, così come compete a quest'ultimo assolvere l'onere di illustrare e giustificare le motivazioni di carattere economico - concrete, effettive ed essenziali - poste a fondamento delle scelte operate nell'esercizio dell'attività d'impresa, i giudici di legittimità riconoscono come, nel valutare le scelte e l'attività del contribuente, bisogna agire con maggior cautela allorché ci si trovi di fronte a disegni e costruzioni finanziarie non usuali per il tortuoso percorso seguito rispetto ad uno più diretto e lineare. "Il sindacato antielusivo di fronte a tali strategie" affermano i giudici, "non può poi non tener conto dell'evoluzione degli strumenti giuridici necessariamente collegata alle rapide mutazioni della realtà economico nella quale possono trovare spazio forme nuove non necessariamente collegate a normali logiche di profitto della singola impresa". Nella realtà del mondo di impresa attuale, infatti, una operazione economica, nel suo complesso, può avere degli obiettivi commerciali (ed economici) ulteriori rispetto al mero vantaggio fiscale o risparmio di imposta. Punto nodale della questione è stabilire se, tenuto conto di tutti i fattori (strategie e volontà delle parti), lo scopo fiscale è l'unico o quello totalmente predominante. L'amministrazione, quindi, è tenuta in tali casi non solo a prospettare il disegno "elusivo", ma anche ad esplicitare le proprie conclusioni "mettendo a confronto l'asserito comportamento abusato con il comportamento fisiologico aggirato onde far emergere quella anomala differenza incompatibile con una normale logica economica se non per pervenire a quel risultato elusivo" .

Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n.30055 del 23 dicembre 2008

(Pres. Carbone, Rel. D'Alessandro - Accertamento - Disposizioni antielusivo - Art. 37, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - Fattispecie - Partecipazioni al capitale di società - Operazioni di acquisto e rivendita - Riscossione di dividendi - Dividend washing - Art. 7-bis, D.L. 9 settembre 1992, n. 372 - Art. 14, comma 6-bis, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 - Sindacato del giudice tributario - Ambito - Principio generale antielusivo - Fonte - Diritto interno)

Elusione tributaria - Esistenza di un principio di inopponibilità all'erario di negozi volti ad abusare di norme di favore - Applicazione in tema di dividend washing

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Peruzzi S.p.A. propose opposizione dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Arezzo avverso un avviso di accertamento ai fini IRPEG/ILOR ad essa notificato dall'Ufficio II.DD. di (OMISSIS), conseguente ad un verbale di constatazione della Guardia di Finanza.

Con detto accertamento l'Ufficio, ai sensi del combinato disposto del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 6, comma 2, del TUIR e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, disconosceva come fiscalmente deducibili le minusvalenze conseguenti ad operazioni di acquisto e rivendita di titoli, dopo la riscossione dei dividendi, effettuate con la IMIGEST S.p.A., gestore di fondi comuni di investimento, in quanto asseritamente poste in essere a soli fini di elusione fiscale.

Il giudice tributario di primo grado accolse il ricorso e la sentenza venne confermata in appello.

Secondo la Commissione tributaria regionale l'operazione posta in essere dalla Peruzzi, solo successivamente contemplata come operazione elusiva dal D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 14, comma 6 bis, del TUIR, aggiunto dal D.L. n. 372 del 1992, art. 7 bis, convertito con modificazioni dalla L. n. 429 del 1992, era all'epoca dei fatti del tutto lecita e riconducibile ad un procedimento negoziale indiretto non simulato.

Avverso tale sentenza il Ministero dell'Economia e delle Finanze propone ricorso per cassazione affidato ad un motivo, illustrato da successiva memoria, e la Peruzzi resiste con controricorso, a sua volta illustrato da memoria.

Con ordinanza depositata il 24 maggio 2006 la Quinta Sezione Civile, rilevato che la soluzione della controversia postula l'esame di questioni di massima di particolare rilevanza, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, il quale ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

La società contribuente ha depositato una memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con l'unico motivo il Ministero ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2350 e 2433 c.c., del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, commi 1 e 4, art. 56, comma 2, art. 66, comma 1, e art. 95 e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, oltre al vizio di motivazione.

Deduce in sostanza il Ministero che il prezzo di acquisto dei titoli incorporanti il diritto alla riscossione dei dividendi non può ritenersi omogeneo con il prezzo di vendita degli stessi titoli dopo la riscossione di detti dividendi, cosicché l'esposta minusvalenza risulterebbe in realtà fittizia.

Resterebbero perciò deducibili le sole spese accessorie per bolli, erroneamente riprese a tassazione, con conseguente diminuzione dell'accertamento quanto all'imponibile di L. 23.792.000 e con proporzionale riduzione della penalità. 2.- Premessa l'intervenuta cessazione della materia del contendere quanto alla pretesa tributaria relativa alla ripresa a tassazione delle spese accessorie e alla conseguente penalità, il ricorso appare per il resto fondato, pur se per motivi diversi da quelli prospettati dal Ministero, riguardanti la stessa opponibilità all'amministrazione del negozio (c.d. dividend washing) da cui deriverebbe la pretesa minusvalenza.

2.1.- Occorre in primo luogo affrontare la questione relativa alla natura del giudizio tributario ed ai poteri di indagine del giudice tributario in ordine al rapporto d'imposta; poteri che - secondo la giurisprudenza di questa Corte - sono necessariamente limitati al riscontro della consistenza della pretesa fatta valere dall'amministrazione finanziaria con l'atto impositivo, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso enunciati (da ultimo, Cass. 20516/2006).

Siffatto principio, che si traduce nella tradizionale affermazione secondo cui l'amministrazione è attore

in senso sostanziale e perciò gravata dall'onere di provare la fondatezza della pretesa tributaria così come azionata con l'atto impositivo, merita di essere precisato.

Affermare, infatti, che nel giudizio tributario l'amministrazione finanziaria (e, adesso, l'Agenzia delle Entrate) è attore e che la sua pretesa è quella risultante dall'atto impugnato vuoi dire riconoscere che l'erario aziona una specifica pretesa impositiva - e cioè accerta un determinato debito tributario in capo al contribuente e ne richiede il pagamento - e che il processo che nasce dall'impugnativa dell'atto autoritativo è, sì, delimitato nei suoi confini, quanto a petitum e causa petendi, dalla pretesa tributaria, ma solo nel senso che il fondamento e l'entità di questa non possono avere latitudine diversa da quanto dedotto nell'atto impositivo.

Se, in altre parole, l'Amministrazione - come nel caso di specie - fonda il proprio accertamento sull'integrale disconoscimento di una minusvalenza, la pretesa tributaria resta in tal modo individuata - cosicché la domanda dell'amministrazione non può fondarsi su altro che il disconoscimento di tale minusvalenza - ma è evidente che il tema relativo all'esistenza, validità e opponibilità all'amministrazione dei negozi (nella specie la combinazione tra i contratti di acquisto e di successiva vendita delle azioni) da cui si assume che origini la dedotta minusvalenza è acquisito al processo per effetto dell'allegazione da parte del contribuente, ovviamente gravato dell'onere di provare i presupposti di fatto per l'applicazione della norma (quella relativa alla valutazione delle componenti passive del reddito) da cui discende l'invocata diminuzione del reddito d'impresa imponibile; in conformità del resto alla costante giurisprudenza di questa Corte in tema di onere della prova, in materia tributaria, quanto alle norme di beneficio (cfr. Cass. 14381/2007, 13559/2007, SSUU. 27619/2006).

Se dunque l'oggetto della domanda è la pretesa impositiva e non l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia di un atto negoziale, e se, al contrario, l'esistenza e l'efficacia del contratto sono dedotti dal contribuente al fine di paralizzare la pretesa dell'amministrazione, ne discende - in conformità alla giurisprudenza di questa Corte (Cass. 89/2007, 11550/2007, 12398/2007) - la sicura rilevanza d'ufficio delle eventuali cause di invalidità o di inopponibilità all'amministrazione del contratto stesso, sempre che, ovviamente, ciò non sia precluso, nella fase di impugnazione, dal giudicato interno eventualmente già formatosi sul punto o (nel giudizio di legittimità) dalla necessità di indagini di fatto.

2.2.- Nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermato nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/2008, 25374/2008), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano.

Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi.

Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

2.3.- Non contrasta con l'individuazione nell'ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono anzi - come questa Corte

ha osservato - mero sintomo dell'esistenza di una regola generale (Cass. 8772/2008).

Che il legislatore, in epoca successiva a quella cui si riferiscono i fatti di causa, introducendo (con del D.L. n. 372 del 1992, art. 1 bis, convertito con modificazioni dalla L. n. 429 del 1992) nel D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, comma 6 bis, abbia grandemente ridotto (ma non del tutto eliminato) la convenienza fiscale delle operazioni di dividendi washing, espressamente escludendo il credito d'imposta per i dividendi relativamente alle azioni oggetto di acquisto da fondi comuni di investimento o SICAV, successivamente alla delibera di distribuzione degli utili stessi, è infatti circostanza idonea ad offrire indiretta conferma dell'illiceità fiscale di tali operazioni, atteso che, in caso contrario, la norma - che esclude taluni percettori di dividendi da un beneficio fiscale spettante a tutti gli altri - sarebbe palesemente illegittima per violazione del principio di eguaglianza. Il che evidentemente non è, proprio in ragione del fatto che esiste, nell'ordinamento costituzionale, un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state create, norme fiscali (lato sensu) di favore, essendo d'altro canto, nel caso di specie, in re ipsa la elusività dell'operazione.

Nè siffatto principio può in alcun modo ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali.

2.4.- La pacifica inapplicabilità alla fattispecie, *ratione temporis*, del menzionato comma 6 bis non esclude perciò la possibilità di rilevare l'abusività della condotta, tanto più che la norma in questione non contempla l'intera fattispecie c.d. di dividend washing ed ogni possibile beneficio fiscale indebito ad essa ricollegabile, ma prende in esame la sola operazione di acquisto di azioni, dopo la delibera di distribuzione degli utili, da un fondo di investimento o da una SICAV, al fine di escludere l'attribuzione del credito di imposta di cui dello stesso art. 14, comma 1.

Come si è detto, per dividend washing si intende infatti la combinazione di un negozio di acquisto di azioni da un fondo di investimento o una SICAV con il successivo negozio di rivendita delle medesime azioni alla stessa società venditrice, dopo la percezione dei dividendi, al fine sia di godere del credito di imposta di cui altrimenti il fondo o la SICAV non godrebbe (ai sensi della L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9, comma 1), sia - come nel caso di specie - al fine di consentire all'acquirente-venditore di diminuire le componenti attive del reddito d'impresa mediante il computo della minusvalenza costituita dal differenziale tra il prezzo di acquisto delle azioni prima della distribuzione del dividendo ed il prezzo di vendita subito dopo la percezione del dividendo stesso.

Che una specifica norma antielusiva abbia espressamente preso in considerazione uno dei benefici fiscali che tipicamente derivano dal negozio abusivo non vuoi dire, pertanto, che il giudice tributario non possa, prendendo atto nella specie della valutazione espressa di elusività dell'operazione da parte del legislatore, utilizzare lo strumento dell'inopponibilità all'amministrazione (adottato dallo stesso legislatore in numerose norme specifiche di carattere antielusivo, quali la L. n. 408 del 1990, art. 10, comma 1, - nel testo dapprima sostituito dalla L. n. 724 del 1994, art. 28, comma 1, e poi modificato alla L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 26, - e il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, introdotto dal D.Lgs. n. 38 del 1997, art. 7) anche per ogni altro profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, commessa anche in data anteriore all'entrata in vigore della norma suddetta.

2.5.- Come correttamente viene sottolineato nella sentenza n. 25374/2008, l'esistenza di un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto è d'altro canto

riconosciuta da questa Corte anche in campi diversi dal diritto tributario. Ne è testimonianza la sentenza di queste Sezioni Unite n. 23726/07, nella quale è definitiva come abusiva la pratica di frazionamento di un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento, al fine, essenzialmente, di scelta del giudice competente.

2.6.- Nessun dubbio può d'altro canto sussistere riguardo alla concreta rilevabilità d'ufficio, in questa sede di legittimità, della inopponibilità del negozio abusivo all'erario.

In aggiunta alle considerazioni svolte sub 2.1., giova ricordare che, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile (da ultimo, Cass. 1605/2008). Il carattere elusivo dell'operazione può d'altro canto agevolmente desumersi, senza necessità di alcuna ulteriore indagine di fatto, sulla base della compiuta descrizione che se ne rinviene in atti (in specie nella stessa sentenza impugnata) e, soprattutto, della esplicita valutazione proveniente dallo stesso legislatore, per quanto si è osservato sub 2.3. e 2.4. 3.- La sentenza impugnata - fondata sull'implicito presupposto della inesistenza nell'ordinamento di un generale principio antielusivo - risulta dunque erronea e va cassata.

Non essendo necessari, per quanto più sopra osservato, ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con la declaratoria di cessazione della materia del contendere per quella parte di accertamento in relazione alla quale l'Ufficio ha dichiarato di abbandonare la pretesa impositiva ed il rigetto, per il resto, del ricorso introduttivo della società contribuente.

La complessità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

La Corte:

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso introduttivo della società ricorrente per la parte per la quale l'Amministrazione non ha dichiarato di abbandonare la pretesa impositiva ed in relazione a cui dichiara quindi cessata la materia del contendere; spese compensate.

Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n.30057 del 23 dicembre 2008

(Pres. Carbone, Rel. D'Alessandro Accertamento – Disposizioni antielusive – Esistenza di un principio di inopponibilità – Erario di negozi volti ad abusare di norme di favore – Applicazione in tema di c.d. dividend stripping - D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37)

Elusione tributaria. - Esistenza di un principio di inopponibilità all'erario di negozi volti ad abusare di norme di favore. - in tema di dividend stripping

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Con contratto del 6/11/90 la società statunitense B.W.R.C., priva di stabile organizzazione in Italia, cedette alla Manifattura Lane G. Marzotto & Figli S.p.A. (in seguito Marzotto) l'usufrutto sino al 31/12/92, con facoltà di recesso da parte dell'usufruttuaria, delle azioni di controllo (il 90%) della S.p.A. Beloit Italia di (OMISSIS), dietro il pagamento anticipato di un corrispettivo pari al totale dei dividendi che le parti concordemente presumevano che la società italiana avrebbe distribuito nel periodo. In deroga al disposto dell'art. 2352 c.c., la cedente si riservava il diritto di voto.

Il contratto ebbe esecuzione per il primo anno, dopodichè la Marzotto cedette il proprio diritto alla società Recordati di (OMISSIS), in data 12/3/91, per il corrispettivo di L. 39.000.000.000.

A seguito di ispezione della Guardia di Finanza l'Ufficio II.DD. di (OMISSIS), con l'avviso di accertamento per cui è processo, relativo all'anno di imposta 1990, contestò la simulazione del contratto e recuperò a tassazione nei confronti della Marzotto -dichiarendo di agire ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, e art. 41 bis - sia la detrazione dall'imponibile della quota di ammortamento del costo di acquisto dell'usufrutto, sia il credito di imposta pari ai 9/16 dei dividendi incassati, irrogando altresì la pena pecuniaria per infedele dichiarazione D.P.R. n. 600 del 1973, ex art. 46, comma 4.

Secondo la Guardia di Finanza, le cui conclusioni sono state integralmente recepite dall'Ufficio, l'operazione sarebbe stata posta in essere al solo fine di conseguire ingiusti vantaggi fiscali, rappresentati, per la società estera, dal mancato versamento della ritenuta a titolo d'imposta prevista dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 3, e, per la Marzotto, dalla fruizione del credito di imposta (di cui la società estera non avrebbe potuto giovare) e dalla deduzione del costo di acquisto dell'usufrutto.

L'avviso di accertamento venne impugnato dalla Marzotto dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Vicenza la quale, previa qualificazione del rapporto come avente natura meramente obbligatoria, confermò l'avviso di accertamento quanto alla ritenuta ineducibilità del credito di imposta, per essere il reddito imputabile alla società proprietaria, annullandolo invece quanto alla ripresa a tassazione del corrispettivo versato dalla stessa Marzotto alla cedente.

Contro tale sentenza proposero appello principale la Marzotto e appello incidentale l'Ufficio.

La Commissione tributaria regionale del Veneto ha accolto l'appello principale, negando l'ipotesi di simulazione e la ricostruzione del rapporto in termini meramente obbligatori, sul rilievo che "certamente le parti hanno voluto utilizzare i varchi legislativi allora esistenti per raggiungere un risultato deprecabile dal punto di vista dell'amministrazione finanziaria (...); di talchè si può affermare che esse hanno voluto esattamente costituire l'usufrutto con quelle determinate modalità non per far apparire titolare di certi proventi, contrariamente alla realtà, un soggetto piuttosto che un altro, con lo scopo di ottenere dei benefici fiscali altrimenti non dovuti, ma hanno effettivamente costituito il diritto di usufrutto a favore di società Marzotto, la quale, in virtù del sistema legislativo in vigore, poteva legittimamente, attraverso un'operazione estremamente abile ma non per questo contraria ad una specifica norma, ottenere il diritto di deduzione oggetto dell'accertamento". 2.- Avverso tale sentenza il Ministero delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate propongono ricorso per cassazione in base a tre motivi.

La Marzotto resiste con controricorso, censurando altresì, in via di ricorso incidentale condizionato, la sentenza impugnata nella parte in cui ha disatteso il motivo di appello relativo alla insussistenza del potere del giudice tributario di riqualificare il rapporto, e riproponendo, in via di estremo subordine, la domanda, dichiarata assorbita dalla Commissione tributaria regionale, di annullamento parziale dell'atto di accertamento nella parte in cui assume a componente positivo del reddito non solo l'ammontare del dividendo ma anche l'ammontare del credito di imposta.

La Marzotto ha depositato due successive memorie, sollecitando la rimessione della causa alle Sezioni Unite.

Entrambe le parti hanno depositato memorie, ai sensi dell'art. 378 c.p.c., nell'imminenza dell'udienza dinanzi alle Sezioni Unite.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- I ricorsi proposti contro la stessa sentenza vanno riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

2. Con il primo motivo, sotto il profilo della violazione e falsa applicazione degli artt. 981, 982, 984, 1414 e 2352 c.c.; D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, e art. 41 bis; D.P.R. n. 917 del 1986, artt. 1 e 14, i ricorrenti in via principale insistono nella tesi - sostanzialmente accolta dal primo giudice - secondo cui il

contratto de quo, simulato in quanto usufrutto, avrebbe in realtà natura meramente obbligatoria, negando che il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, riguardi soltanto le ipotesi di interposizione fittizia di persona ed affermandone la corretta applicazione nel caso di specie.

Con il secondo motivo i medesimi ricorrenti censurano la sentenza, nel capo in cui ha escluso che l'usufrutto fosse simulato, sotto il profilo del vizio di motivazione.

Con il terzo motivo, sempre sotto il profilo del vizio di motivazione, si dolgono della decisione nella parte in cui ha riconosciuto la deducibilità del corrispettivo pagato dalla Marzotto.

3.- Il ricorso è fondato, pur se per motivi (assorbenti) diversi da quelli prospettati dal Ministero, riguardanti la stessa opponibilità all'amministrazione del negozio (c.d. dividendi stripping) da cui deriverebbero sia la detrazione dall'imponibile della quota di ammortamento del costo dell'usufrutto, sia il credito di imposta relativo ai dividendi incassati.

3.1.- Occorre in primo luogo affrontare la questione relativa alla natura del giudizio tributario ed ai poteri di indagine del giudice tributario in ordine al rapporto d'imposta; poteri che - secondo la giurisprudenza di questa Corte - sono necessariamente limitati al riscontro della consistenza della pretesa fatta valere dall'amministrazione finanziaria con l'atto impositivo, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso enunciati (da ultimo, Cass. 20516/2006).

Siffatto principio, che si traduce nella tradizionale affermazione secondo cui l'amministrazione è attore in senso sostanziale e perciò gravata dall'onere di provare la fondatezza della pretesa tributaria così come azionata con l'atto impositivo, merita di essere precisato.

Affermare, infatti, che nel giudizio tributario l'amministrazione finanziaria (e, adesso, l'Agenzia delle Entrate) è attore e che la sua pretesa è quella risultante dall'atto impugnato vuoi dire riconoscere che l'erario aziona una specifica pretesa impositiva - e cioè accerta un determinato debito tributario in capo al contribuente e ne richiede il pagamento - e che il processo che nasce dall'impugnativa dell'atto autoritativo è, sì, delimitato nei suoi confini, quanto a petitum e causa petendi, dalla pretesa tributaria, ma solo nel senso che il fondamento e l'entità di questa non possono avere latitudine diversa da quanto dedotto nell'atto impositivo.

Se, in altre parole, l'Amministrazione - come nel caso di specie - fonda il proprio accertamento sull'integrale disconoscimento di determinati costi e crediti di imposta, la pretesa tributaria resta in tal modo individuata - cosicché la domanda dell'amministrazione non può fondarsi su altro che su tale disconoscimento - ma è evidente che il tema relativo all'esistenza, validità e opponibilità all'amministrazione del negozio (nella specie, di usufrutto di azioni da società estera) da cui si assume che originino tali costi e crediti è acquisito al processo per effetto dell'allegazione da parte del contribuente, ovviamente gravato dell'onere di provare i presupposti di fatto per l'applicazione delle norme da cui discendono i costi ed i crediti vantati; in conformità del resto alla costante giurisprudenza di questa Corte in tema di onere della prova, in materia tributaria, quanto alle norme di beneficio (cfr. Cass. 14381/2007, 13559/2007, SSUU 27619/2006).

Se dunque l'oggetto della domanda è la pretesa impositiva e non l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia di un atto negoziale, e se, al contrario, l'esistenza e l'efficacia del contratto sono dedotti dal contribuente al fine di paralizzare la pretesa dell'amministrazione, ne discende - in conformità alla giurisprudenza di questa Corte (Cass. 89/2007, 11550/2007, 12398/2007) - la sicura rilevabilità d'ufficio delle eventuali cause di invalidità o di inopponibilità all'amministrazione del contratto stesso, sempre che, ovviamente, ciò non sia precluso, nella fase di impugnazione, dal giudicato interno eventualmente già formatosi sul punto o (nel giudizio di legittimità) dalla necessità di indagini di fatto.

3.2.- Nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermato nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/08, 25374/08), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano.

Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi.

Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

3.3.- Non contrasta con l'individuazione nell'ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme antielusive, che appaiono anzi - come questa Corte ha osservato - mero sintomo dell'esistenza di una regola generale (Cass. 8772/2008).

Che il legislatore, in epoca successiva a quella cui si riferiscono i fatti di causa, introducendo (con il D.L. n. 372 del 1992, art. 7 bis, convertito con modificazioni dalla L. n. 429 del 1992) il D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, comma 1 bis, abbia grandemente ridotto (ma non del tutto eliminato) la convenienza fiscale delle operazioni di dividendi stripping, espressamente escludendo il credito d'imposta per i dividendi relativamente alle azioni oggetto di usufrutto da parte di soggetto non residente, privo nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione, è infatti circostanza idonea ad offrire indiretta conferma dell'illiceità fiscale di tali operazioni, atteso che, in caso contrario, la norma - che esclude taluni usufruttuari di azioni da un beneficio fiscale connesso alla percezione di dividendi, spettante a tutti gli altri usufruttuari - sarebbe palesemente illegittima per violazione del principio di eguaglianza. Il che evidentemente non è, proprio in ragione del fatto che esiste, nell'ordinamento costituzionale, un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state create, norme fiscali (lato sensu) di favore, essendo d'altro canto, nel caso di specie, in re ipsa la elusività dell'operazione.

Nè siffatto principio può in alcun modo ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali.

3.4.- La pacifica inapplicabilità alla fattispecie, *ratione temporis*, del menzionato comma 1 bis, non esclude perciò la possibilità di rilevare l'abusività della condotta, tanto più che la norma in questione non contempla ogni possibile beneficio fiscale indebito ricollegabile alla fattispecie di dividendi stripping, ma si limita ad escludere l'attribuzione del credito di imposta di cui allo stesso art. 14, comma 1.

Come si è detto, per dividendi stripping si intende la costituzione, in favore di una società residente nel territorio dello Stato, di un diritto di usufrutto sulle azioni o sulle quote di una società italiana, possedute da un soggetto non residente, in modo da consentire al cedente di trasformare il reddito di partecipazione in reddito di negoziazione (esente dalla ritenuta sui dividendi di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 3) ed alla cessionaria di percepire i dividendi, sui quali, oltre a subire l'applicazione

della ritenuta meno onerosa di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 1, (oltretutto recuperabile in sede di dichiarazione annuale) essa può avvalersi del credito di imposta previsto dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, ed inoltre di dedurre dal reddito di impresa, pro quota annuale, il costo dell'usufrutto.

Che una specifica norma antielusiva abbia espressamente preso in considerazione uno dei benefici fiscali che tipicamente derivano dal negozio abusivo non vuoi dire, pertanto, che il giudice tributario non possa, prendendo atto nella specie della valutazione espressa di elusività dell'operazione da parte del legislatore, utilizzare lo strumento dell'inopponibilità all'amministrazione (adottato dallo stesso legislatore in numerose norme specifiche di carattere antielusivo, quali la L. n. 408 del 1990, art. 10, comma 1, - nel testo dapprima sostituito dalla L. n. 724 del 1994, art. 28, comma 1, e poi modificato alla L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 26, - e il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 31 bis, introdotto dal D.Lgs. n. 38 del 1997, art. 7) anche per ogni altro profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, commessa anche anteriormente alla entrata in vigore della norma suddetta.

3.5.- Come correttamente viene sottolineato nella sentenza n. 25374/08, l'esistenza di un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto è d'altro canto riconosciuta da questa Corte anche in campi diversi dal diritto tributario. Ne è testimonianza la sentenza di queste Sezioni Unite n. 23726/2007, nella quale è definitiva come abusiva la pratica di frazionamento di un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento, al fine, essenzialmente, di scelta del giudice competente.

3.6.- Nessun dubbio può d'altro canto sussistere riguardo alla concreta rilevabilità d'ufficio, in questa sede di legittimità, della inopponibilità del negozio abusivo all'erario.

In aggiunta alle considerazioni svolte sub 3.1., giova ricordare che, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile (da ultimo, Cass. 1605/2008). Il carattere elusivo dell'operazione può d'altro canto agevolmente desumersi sulla base della compiuta descrizione che se ne rinviene in atti (in specie nella stessa sentenza impugnata) e, soprattutto, della esplicita valutazione proveniente dallo stesso legislatore, per quanto si è osservato sub 3.3. e 3.4. 3.7.- Va infine sicuramente esclusa nella fattispecie la necessità - sostenuta dalla società contribuente nella memoria ed in sede di discussione orale - di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario del trattamento fiscale riservato dall'ordinamento tributario italiano, quanto alla percezione di dividendi, ai soggetti non residenti, costituente in definitiva oggetto della elusione.

Al riguardo è infatti sufficiente osservare che la società cedente risulta dagli atti essere statunitense e perciò extra-comunitaria, cosicchè - trattandosi di imposte dirette e cioè di un tributo non armonizzato - resta esclusa qualsiasi rilevanza della normativa comunitaria nel trattamento fiscale ad essa riservato da uno stato membro.

4.- Il ricorso incidentale, proposto dalla parte totalmente vittoriosa in appello, è inammissibile.

5.- In conseguenza dell'accoglimento del ricorso principale, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio - per la risoluzione delle altre questioni prospettate dalla società contribuente - ad altra sezione della Commissione tributaria regionale del Veneto, che farà applicazione del seguente principio di diritto:

"B inopponibile all'erario - in virtù di un generale principio di divieto di abuso del diritto in materia tributaria, desumibile dall'art. 53 Cost., - il negozio con il quale viene costituito, in favore di una società residente nel territorio dello Stato, un diritto di usufrutto sulle azioni o sulle quote di una società italiana, possedute da un soggetto non residente, in modo da consentire al cedente di trasformare il reddito di partecipazione in reddito di negoziazione (esente dalla ritenuta sui dividendi di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 3) ed alla cessionaria di percepire i dividendi, sui quali, oltre a subire l'applicazione

della ritenuta meno onerosa di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 1, (oltretutto recuperabile in sede di dichiarazione annuale) essa può avvalersi del credito di imposta previsto dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, ed inoltre di dedurre dal reddito di impresa, pro quota annuale, il costo dell'usufrutto, allorchè risulti che il negozio stesso non ha altre ragioni economicamente apprezzabili al di fuori di quella di conseguire un vantaggio tributario".

Il giudice di rinvio provvederà anche riguardo alle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

la Corte riunisce i ricorsi; accoglie il ricorso principale; dichiara inammissibile il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del presente giudizio, ad altra sezione della Commissione tributaria regionale del Veneto.

Corte di Cassazione – Sez. V civile – sent. n. 1465 del 21 gennaio 2009

R.G.30256.07 sentenza n. 1465 /09 pubblicata il 21.1.2009 Svolgimento del processo In relazione all'esercizio sociale 1995,1996,1997 venivano accertati a carico della spa P&D -con separati avvisi-maggiori redditi imponibili ai fini IRPEG ed ILOR, nonchè ai fini dell'imposta patrimoniale, specificamente venendo recuperati a tassazione ammortamenti di impianti e attrezzature per Lit. 55.421.986.874 e royalties per Lit.2.436.458.872, per preteso difetto di inerenza; interessi passivi per Lit. 2.436.458.872, sempre per preteso difetto di inerenza; oneri accessori su licenze per Lit. 147.160.188 indebitamente detratti a seguito di errore di calcolo nella quantificazione della operata R.A.

Secondo l'Amministrazione finanziaria la società contribuente rappresentava solo un centro di imputazione costi", ovvero "una scatola vuota", e "non una autonoma società" per cui i costi non erano in rapporto di stretta correlazione con l'attività produttiva dei ricavi imponibili. Il complesso contesto economico realizzato tra il 1990 ed il 1991 dal quale venivano ricavate dai verificatori codeste conclusioni si fondava su un accordo di joint venture tra la Piaggio VE e la Daihatsu Motor Company finalizzato alla costituzione della spa P & D (partecipata da entrambe le società) avente ad oggetto la produzione e distribuzione di veicoli (minivan) su licenza della società giapponese.

La licenza esclusiva ed il relativo know how per la produzione dei veicoli sarebbe stata compensata con la corresponsione di royalties mentre i macchinari e gli impianti acquistati per la produzione da P & D avrebbero dovuto essere concessi in comodato alla Piaggio che diveniva sublicenziataria per la costruzione dei suddetti veicoli. Una serie di contratti costellava l'accordo-quadro in virtù dei quali Piaggio, sublicenziataria di Daihatsu, produceva i minivan in esclusiva per P & D che li rivendeva a Piaggio ed alla Daihatsu a prezzi competitivi per il mercato. L'Ufficio riteneva che l'insieme di codesti contratti conseguenti alla joint venture per regolare rapporti e funzionamento rappresentasse una strategia tributaria di gruppo a fini elusivi non svolgendo P& D alcuna attività produttiva per cui impianti e macchinari acquistati e concessi in comodato non potevano essere ammortizzati posto che quegli investimenti, e così gli interessi passivi sopportati per essi, erano improduttivi di ricavi per la società stessa. L'adita Commissione provinciale negava la tesi dell'elusione ed accoglieva i ricorsi riuniti della società contribuente ritenendo che si fosse al cospetto di una solida e concreta realtà aziendale e non di un semplice centro di imputazione dei costi come ipotizzato dall'Amministrazione che vedeva in essa società un mero tramite di passaggio dei veicoli interamente prodotti e rivenduti da Piaggio.

Di diverso avviso andava la Commissione regionale che, accogliendo l'appello dell'Ufficio dopo averne dichiarata l'ammissibilità contestata ex adverso, argomentava che i primi giudici avevano omissa la valutazione del fatto nella sua materialità con travisamento dei suoi aspetti sostanziali.

Assumeva che l'Amministrazione non aveva tanto contestato forme di elusione a ragione dei propri rilievi quanto la non inerenza di alcune componenti negative di reddito e preso atto che i contratti non erano stati prodotti per cui il loro contenuto andava ricavato dal rapporto redatto dalla GdF evidenziava:

A. che l'intera struttura produttiva acquistata da P & D era stata ceduta in comodato alla Piaggio che diventava sublicenziataria del know how concesso in licenza dalla Daihatsu;

B. che la Piaggio importava i motori Daihatsu dal Giappone e tutta la componentistica per la produzione di minivan provvedendo all'assemblaggio ed alla costruzione dei mezzi;

C. che la stessa Piaggio provvedeva quindi a vendere il minivan costruito alla P & D per un prezzo compensativo dei materiali acquistati.

Da tanto emergeva che la Piaggio non agiva in nome e per conto della società controllata ma esercitava una propria attività produttiva e di commercializzazione donde l'acquisto delle attrezzature necessarie al ciclo produttivo restava irrilevante per l'attività di P & D, acquirente di beni fabbricati in piena autonomia da terzi, venendo così a mancare vincolo di connessione funzionale con l'attività della società proprietaria.

Tale carenza di strumentalità rendeva perciò fiscalmente ineducibili gli operati ammortamenti.

Rilevava ancora che la P & D era tenuta per contratto a rivendere i veicoli acquistati, previa apposizione dei relativi marchi, ai rispettivi soci (Piaggio e DMC) che avrebbero dovuto distribuirli sul loro territorio e per essere competitivi sul mercato era stato utilizzato il metodo del prezzo di rivendita costituito dal costo di acquisizione del prodotto (prezzo di acquisto da Piaggio) maggiorato di un margine di profitto ad esso percentualmente correlato.

Ora, posto che gli ammortamenti dei macchinari, gli interessi sui mutui per acquisirli, gli oneri di licenza DMC erano rimasti a carico di P & D e non erano stati considerati né nei costi di costruzione né nei corrispettivi di rivendita, i relativi debiti non trovavano correlazione nell'attività della società rappresentando oneri non inerenti privi del requisito della deducibilità a sensi dell'art. 75 TUIR.

Ricorre per la cassazione della sentenza la P & D svolgendo 7 motivi di censura ed articolando i relativi quesiti così come prescritto dall'art. 366 bis cpc applicabile alle sentenze pubblicate post 2.3.2006 (art. 27.2 Dlgs 2.2.2006 n. 40). La società ricorrente ha depositato memoria difensiva a sensi dell'art. 378 cpc.

Motivi della decisione

1. Le prime tre censure, di natura preliminare, svolte dalla società ricorrente sono infondate e vanno come tali rigettate con l'enunciazione dei relativi principi di diritto.

Lamenta con I motivo la P&D violazione degli artt. 53, 18, 12, 11 D. lgs 546/92, dell'art. 324 cpc oltre la nullità della sentenza e dell'intero procedimento stante la mancanza di ius postulandi in capo al direttore dell'Ufficio del contenzioso della DRE della Toscana che aveva proposto impugnazione alla decisione di I grado, non essendo applicabile all'Agenzia delle Entrate, soggetto estraneo all'Amministrazione, il disposto dell'art. 11 D. lgs 546/92. Va al contrario statuito, secondo l'indirizzo costante di questa Corte (Cass. 10.3.2008 n. 6338 e Cass. 8.2.2008 n. 6338) che "la legittimazione processuale (attiva e passiva) degli uffici locali dell'Agenzia delle entrate trova fondamento nella norma statutaria (art. 5 comma 1 del Regolamento di amministrazione delle agenzie) adottata a sensi dell'art. 66 D. lgs. 300/99 con la conseguenza che a detti uffici va riconosciuta la posizione processuale di parte e l'accesso alla difesa avanti alle Commissioni tributarie tramite la rappresentanza del direttore (o di persona da lui delegata), permanendo la vigenza degli artt. 10 ed 11 del Dlgs 546/92"

2. Denuncia con II motivo la società ricorrente vizi di motivazione e violazione dell'art. 53 D. lgs 546/92 oltre a nullità della sentenza e/o del procedimento conseguente ad error in procedendo avendo

eccepito l'inammissibilità dell'appello proposto dall'Agenzia per difetto di specifiche censure senza che i giudici di quel grado avessero adeguatamente motivato il rigetto della relativa eccezione. Il rilievo peraltro non coglie nel segno perché la Commissione regionale ha, sia pur sinteticamente, esplicitato i motivi per cui era da ritenersi ammissibile l'appello dell'Amministrazione nel far riferimento alle argomentazioni critiche sviluppate nel giudizio di I grado. Inoltre la lettura dell'atto di appello così come trascritto nel ricorso e raffrontato con i passi motivazionali della sentenza impugnata (pure riportati nell'espositiva del ricorso) evidenzia una puntuale confutazione sotto plurimi profili (di violazioni di legge e di carenza/contraddittorietà di motivazione) delle ragioni ed argomentazioni addotte dai primi giudici (che si sono limitati a confermare la presenza dei requisiti di inerenza e la assenza di connotati elusivi in una iniziativa industriale di comune interesse imprenditoriale a negazione della tesi dell'Ufficio sulla creazione artificiosa di un centro di imputazione dei costi senza esercizio di attività produttiva), essendo del resto la valutazione di specificità delle censure da calibrare in funzione del contenuto e dello sviluppo dell'iter logico-giuridico della decisione. Va in ogni modo rimarcato come già statuito da questa Corte (Cass. 19.1.2007 n. 1224) con enunciato, a maggior ragione, estendibile alla fattispecie che "il rispetto dell'art. 53 del D. lgs 546/92 non deve necessariamente consistere in una rigorosa e formalistica enunciazione delle ragioni invocate a sostegno dell'appello, richiedendosi soltanto una esposizione chiara e senza incertezze, anche se sommaria, dell'ambito della contestazione che consenta al giudice di cogliere i punti della controversia su cui è domandato il suo riesame"

3. Deduce con III motivo la P&D vizio di motivazione per avere i giudici di appello operato la ricostruzione e valutazione dei fatti di causa con particolare riferimento ai rapporti contrattuali P&D, DMC, PIAGGIO, in via "mediata" sulla scorta delle risultanze ricavate dal pvc della Guardia di finanza pur avendo la disponibilità dei contratti, indispensabili per inquadrare la corretta disciplina impositiva, depositati fin dal I grado di giudizio. Per contro omette la soc. ricorrente di indicare i profili di pertinenza e rilevanza degli articolati negoziali contenuti nei documenti pretermessi onde consentire la verifica—at traverso l'integrale trascrizione di quei contratti e di quanto di essi riassunto nel processo verbale di constatazione preso a base delle determinazioni della Commissione eventuali scostamenti del ragionamento sul piano della contraddittorietà o comunque dell'insufficienza di motivazione provocati da tale carenza documentale nella sua materialità. Invero, argomentandosi da principi già affermati da questa Corte (Cass. 13.2.2006 n. 3075 e Cass. 17.5.2006 n. 11501) va sul punto ribadito che "il ricorrente per cassazione che denunci l'esistenza di vizi della sentenza correlati all'omessa valutazione, da parte del giudice di merito, di un documento erroneamente ritenuto non prodotto in causa, ha l'onere sia di dimostrare la sussistenza di un nesso eziologico tra l'errore denunciato e la pronuncia emessa in concreto, sia di indicare specificamente, riportando il contenuto esatto del documento nel rispetto del principio di autosufficienza, gli elementi ivi riportati suscettibili di invalidare, ove presi in esame, l'efficacia delle altre risultanze che hanno determinato il convincimento del giudice, di modo che la "ratio decidendi" adottata venga a trovarsi per questa sola ragione priva di fondamento e non invece risulti ciò nonostante compatibile per la interpretazione globale ed insindacabile del materiale istruttorio già acquisito".

4. Il IV e V motivo possono essere trattati congiuntamente in quanto investono entrambi il fulcro decisionale confutato per aver i giudici di appello concluso, in una ottica sostanzialmente elusiva-che P&D fungeva da centro di imputazione dei costi per ottenere risparmi di imposta non potendo riconoscersi in suo capo lo svolgimento di attività di produzione dal momento che le attrezzature specifiche erano inserite nella struttura produttiva della Piaggio Era invece incontestabile, secondo la società ricorrente, che una attività industriale poteva essere svolta anche mediante un procedimento

complesso con esternalizzazione di fasi della produzione mentre le attrezzature di proprietà della comodante Piaggio erano beni specifici che fornivano utilità a quest'ultima consentendole di acquistare i veicoli prodotti dalla comodataria P&D ad un prezzo inferiore (e concorrenziale) per non venire caricati i costi. Inoltre quegli stessi giudici avevano violato gli artt. 63 e 75 comma 5 DPR del 917/86 atteso che era irrilevante verificare se P&D svolgesse attività di produzione in senso stretto o meno essendo invece decisivo, ai fini dell'inerenza dei costi e della loro deducibilità-accertarne la astratta riferibilità all'impresa non essendo consentito al fisco entrare nel merito delle scelte imprenditoriali.

Entrambi i motivi sono fondati e non toccano valutazioni di merito incensurabili in sede di legittimità ma piuttosto investono l'approccio interpretativo da seguire, in applicazione della disciplina vigente e dei principi desumibili dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, al cospetto di articolate operazioni di strategia commerciale onde stabilire se il "frazionamento negoziale" che le caratterizzano sottenda la strumentalizzazione di norme tributarie (e del concetto di inerenza da esse contemplato ai fini della deducibilità dei costi di impresa) allo scopo di creare vantaggi ingiustificati agli utilizzatori con perdita per lo Stato di importanti risorse fiscali. È ben vero che la difesa erariale ha sostenuto che gli atti impositivi dei quali trattasi in realtà non contestavano alcuna violazione delle disposizioni antelusivie di cui all'art. 37 bis del DPR 600/73 ma unicamente la non inerenza di talune componenti negative del reddito indebitamente portate in deduzione dal contribuente nonostante non avessero i requisiti previsti dall'art. 75 V comma del DPR 917/72. Ciò peraltro non vale a superare la doverosa ricerca, nell'architettura complessiva delle operazioni de quibus, dell'obbiettivo economico perseguito, tramite la regola dell'inerenza, per orientare la imputazione dei costi, solo l'abuso della portata di quella regola per "minimizzare il carico impositivo" facendo entrare in gioco l'espedito elusivo vietato e dunque convalidando la legittimità della ripresa a tassazione senza comprimere il diritto di libera iniziativa imprenditoriale. Il corollario elusivo ed i principi dell'abuso del diritto che ne costituiscono ragione sono dunque elementi di riscontro dai quali non è possibile prescindere per inquadrare le deduzioni fiscali sul piano soggettivo e su quello oggettivo onde verificare il lecito impiego o meno del concetto di inerenza entro il quale si inseriscono. L'abuso invero costituisce una modalità di "aggiramento" della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico per cui vi è stretta correlazione tra condotta ipoteticamente elusiva e "portata" dell'inerenza che sottende l'applicabilità di meccanismi di detrazione e compensazione nella formazione del reddito di impresa, tanto implicando che i due fenomeni non possano essere vagliati l'uno indipendentemente dall'altro. Spetta del resto al giudice, al di là delle deduzioni delle parti, la "qualificazione giuridica" dei fatti e dei comportamenti negoziali che debbono essere interpretati coerentemente con i principi del sistema tributario per ricevere la protezione garantita dal formale ossequio alle disposizioni di legge. Nè va sottaciuto come questa Corte abbia rifiutato un concetto di rilevanza dell'elusione circoscritta ai soli settori legislativamente predeterminati od in ipotesi tassative (come quelle richiamate dall'art. 37 bis cit.) riconoscendo operante a tutto campo una clausola generale antiabuso (nucleo fondante dell'elusione ricavato dall'elaborazione della Corte di giustizia) a valere come mnregola di rango comunitario applicabile d'ufficio in ogni stato e grado a prescindere da specifiche deduzioni (Cass. 24.9.2008 n. 25374) ed utilizzabile per risolvere casi concreti connotati da *fumus* di elusività anche in settori tendenzialmente estranei all'impatto del diritto comunitario quali quelli riguardanti l'imposizione diretta. (Cass. 13.10.2006 n. 22023 e Cass. 4.4.2008 n. 8772). E su questo percorso evolutivo si pone la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. SS. UU 23.12.2008 n. 30057) che ha puntualizzato, anche in ottica costituzionale, come il divieto di trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, rappresenti un principio generale non scritto vigente dell'ordinamento italiano siccome fondato sull'art. 53 della Costituzione

5. Orbene, per venire al caso concreto, il modello industriale di cui si controverte adotta il sistema della c.d. *joint venture*, formula collaborativa intesa nel *common law* da cui deriva, come "*business association*" in vista del raggiungimento di uno scopo convergente e quindi attuata mediante la creazione di una organizzazione di affari (di regola internazionale) gestita da due o più imprese al fine della messa in comune, in stretta collaborazione, dei reciproci mezzi per l'espletamento di una determinata operazione o di una determinata attività permanendo tuttavia l'autonomia economica e politica degli associati. Lo schema attuato mediante una serie intersecata di agreements, di oggetto incontestato in causa, tra la Piaggio VE spa e la Daihatsu Motor Company (DMC) per regolare i rapporti di partnership volti ad estendere all'Europa la produzione e commercializzazione del minivan giapponese adotta il modello della corporate joint venture con costituzione di una società ad hoc (partecipata sia da Piaggio sia da DMC) cioè la P&D incaricata di acquistare, con cospicuo investimento finanziario, linee di produzione, stampi ed attrezzature specifiche per la costruzione dei veicoli ricevendo in licenza da DMC brevetti e know-how; P&D dava a sua volta in sub-licenza a Piaggio la tecnologia di DMC affidandogli in comodato gratuito le attrezzature e gli stampi acquistati per la realizzazione del minivan; Piaggio costruiva i veicoli con le proprie catene di montaggio e le specifiche attrezzature di proprietà di P&D cedendo poi a questa ultima il prodotto finito ad un prezzo inferiore ai costi (in quanto ammortizzati dalla comodante); P&D li rivendeva. dopo i finali assemblaggi e l'applicazione dei relativi marchi ai singoli soci, Piaggio e DMC, che tramite i propri concessionari li avviavano alla distribuzione sui rispettivi mercati di destinazione finale. Questa articolata costruzione può spiegarsi con il seguente diagramma: La tesi di fondo dell'Amministrazione è che i costi pluriennali di ammortamento (oneri di natura finanziaria per investimenti ed interessi passivi sostenuti) non potevano essere dedotti che dall'impresa di fabbricazione dei veicoli (Piaggio) e non invece da P&D che si era spogliata del complesso produttivo a favore della prima fungendo così da mero tramite di passaggio per scaricare costi privi di correlazione con l'attività produttiva svolta da soggetto terzo e dunque non inerenti: strategia tributaria di gruppo asseritamene posta in essere a scopi elusivi.

6. Va a questo punto rilevato come la Corte di giustizia ancorché nel campo dell'IVA e delle disposizioni della VI direttiva CEE abbia stabilito (sentenza 21.2.2006 C-225/02 Halifax e sentenza 21.2.2008 C-425/06 Part-service) che perché possa parlarsi di comportamento abusivo le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale di quelle disposizioni, procurare un vantaggio fiscale contrario all'obbiettivo da esse perseguito, cioè essere rivolte allo scopo di ottenere un risparmio di imposta illegittimo, sia tale scopo esclusivo (in totale assenza di diverse ragioni economiche) ovvero essenziale (pur coesistendo marginali profili leciti).

Questa Corte ha già avuto modo di precisare che l'onere della prova della ricorrenza dei presupposti di una pratica elusiva, avvalendosi anche dei meccanismi presuntivi di cui la legislazione tributaria fa largo uso, grava sull'Amministrazione che intenda procedere alle conseguenti rettifiche (ex multis Cass. 25.3.2003 n. 4317) così come è compito del giudice nazionale verificare se gli elementi che gli vengono presentati configurino una operazione elusiva. E questa indagine va svolta con tanta più cautela al cospetto di disegni e costruzioni finanziarie, ancorché non usuali per il tortuoso percorso seguito rispetto ad uno più diretto e lineare, che implicino il parallelo conseguimento di obiettivi economici ispirati a diverse considerazioni rispetto a quelle di ottenere un mero risparmio di imposta. Il sindacato antielusivo di fronte a tali strategie non può poi non tener conto dell'evoluzione degli strumenti giuridici necessariamente collegata alle rapide mutazioni della realtà economico nella quale possono trovare spazio forme nuove non necessariamente collegate a normali logiche di profitto della singola impresa. In questa prospettiva spettava dunque all'Amministrazione allegare, non solo, che il ruolo di P&D nell'economia del sistema non era altrimenti spiegabile se non per conseguire un centro fittizio di inerenza essenzialmente rivolto a "pianificare" vantaggi fiscali per il gruppo ma anche

esplicitare tale conclusione mettendo a confronto l'asserito comportamento abusato con il comportamento fisiologico aggirato onde far emergere quella anomala differenza incompatibile con una normale logica economica se non per pervenire a quel risultato elusivo. Per converso incombeva alla società contribuente opporre la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico che giustificassero quel genere di operazioni (Cass. 29.9.2006 n. 21221)

7. La difesa erariale non ha insistito sul meccanismo di formazione del prezzo e sul presunto intento di generare perdite eccessive (in pratica P&D non sarebbe stata una autonoma società ma uno strumento creato appositamente per realizzare l'ottimizzazione fiscale in capo ai soci tramite vendite sottocosto grazie all'artificio di imputare alla medesima P&D, anziché alla fabbricante Piaggio gli ammortamenti dei macchinari, gli interessi dei mutui contratti per il loro acquisto e gli oneri di licenza). Anche perché, se così fosse, le operazioni implicate nel supposto disegno elusivo avrebbero dovuto, come si è detto, essere dall'Amministrazione coerentemente ridefinite per configurare la situazione che si sarebbe presentata senza effettuare quelle operazioni che hanno fondato il comportamento abusivo. L'Amministrazione ha piuttosto sostenuto che il prodotto finito era di proprietà della Piaggio che lo aveva realizzato (sia pur con gli impianti della P&D) e che solo a seguito della cessione a fronte del pagamento del prezzo corrispettivo P&D ne aveva autonomamente acquistato la proprietà, da questo passaggio derivando, a suo dire, la forzatura di far passare la tesi dell'inerenza e della deducibilità dei costi abusivamente riportati in capo alla comodante anziché alla comodataria. Questa impostazione peraltro che non regge a fronte delle plausibili spiegazioni fornite dalla società contribuente mediante una valutazione complessiva delle operazioni inquadrata nel loro generale contesto negoziale dove l'apparente anomalia di una tessera analizzata indipendentemente dal mosaico d'insieme di quegli accordi viene a perdere pertinenza nell'ambito di un modello industriale essenzialmente proiettato a perseguire obiettivi concorrenziali: modello dove gli usuali criteri di remuneratività del prezzo e di correlazione costi-ricavi potrebbero risultare falsati ove non analizzati in un ottica evolutiva globale fondata su strategie imprenditoriali non necessariamente orientate a fini elusivi quando da esse conseguano legittimi risparmi di imposta.

8. Va premesso che l'esigenza di costituire una joint venture è particolarmente sentita per la condivisione di progetti industriali la cui realizzazione richieda il possesso di requisiti tecnologici ed economici spesso mancanti in un solo soggetto. È noto, del resto, che la ricerca, lo sviluppo e lo sfruttamento di tecnologie costituisce uno dei campi in cui più significativamente si manifesta l'esigenza di cooperazione tra imprese sicché l'entità degli investimenti necessari, il conseguente impegno finanziario in relazione ai tempi, spesso assai lunghi, di esecuzione e di sfruttamento, l'elevato rischio di insuccesso dell'iniziativa inducono alla "ripartizione" di oneri e rischi tra più imprese. Nel caso di specie, Piaggio non possedeva il brevetto, la tecnologia e il know how per produrre il minivan. Di contro, Piaggio aveva gli stabilimenti in Italia e l'apparato produttivo (forza lavoro ed organizzazione aziendale) utilizzati per la costruzione dei veicoli di sua produzione (in particolare l'APE). DMC era in possesso dei brevetti, della tecnologia e del know how per produrre il minivan ma non disponeva di un proprio stabilimento e di un proprio apparato produttivo in Italia. La joint-venture realizzata con la costituzione di P & D metteva perciò insieme tali risorse possedute separatamente da ciascun partner, facendo in modo che entrambi potessero dividerle.

Il fatto di aver unito le risorse faceva sì che l'unione dei partners attraverso la costituzione della joint venture implicasse una economia di scala e richiedesse di conseguenza un investimento da parte di entrambi di gran lunga inferiore a quello che ciascuno di essi avrebbe dovuto sostenere se avesse intrapreso isolatamente e separatamente dall'altro il progetto. In questa logica messa a fuoco con

puntuali argomentazioni dalla società ricorrente le attrezzature specifiche acquistate da P&D ben potevano assurgere, dunque, ad elemento essenziale di tutta l'operazione economico/societaria perché consentivano la produzione dei beni a prezzo concorrenziale escludendo l'incidenza dei costi caricati non sulla Piaggio, fabbricante utilizzatore, ma sull'acquirente proprietario (P&D) che al primo aveva conferito gratuitamente i mezzi tecnici indispensabili per la realizzazione del prodotto programmato. Non si può dunque sostenere ex abrupto che i beni concessi in comodato in quanto dotati di una loro autonomia, una volta inseriti nella struttura produttiva dell'impresa comodataria, perdevano ogni connessione funzionale con l'attività della società proprietaria rendendo fiscalmente indeducibile l'ammortamento in capo ad essa comodante. Invero una attività d'impresa può essere svolta anche attraverso un procedimento complesso caratterizzato dalla esternalizzazione di fasi più o meno ampie di produzione, dove un soggetto conserva la proprietà ed il controllo dei mezzi di produzione affidati a terzi per costruire e fornire i beni richiesti che cedono così le proprie utilità all'impresa proprietaria e non a quella utilizzatrice. Con la conseguenza che i relativi costi possono essere ammessi al processo di ammortamento in capo al soggetto proprietario concorrendo alla realizzazione del suo programma economico nella misura in cui consentono, per tornare al caso di specie, alla comodante di acquistare i veicoli realizzati dalla comodataria ad un prezzo "minore" di quello che quest'ultima applicherebbe se dovesse affrontare (e caricare sui detti veicoli) gli oneri relativi all'acquisto ed all'ammortamento delle attrezzature specifiche occorrenti per quella produzione. È questa l'utilità ritratta dall'impresa comodante e dunque i costi e gli oneri dei beni concessi in comodato a quel precipuo scopo non v'è motivo di considerarli estranei alla sua attività, specie in mancanza di una contrapposta ed autonoma iniziativa imprenditoriale della fabbricante, che, quale comodataria, agiva esclusivamente per conto della prima nella realizzazione del minivan da vendersi sul mercato europeo, costituente la ragione principale della costituzione della joint venture.

9. La riferibilità di costi ed oneri all'attività (di produzione tramite terzi e di rivendita) complessivamente esercitata da P&D determina come naturale conseguenza la loro inerenza, concetto oggi, come è noto, svincolato dai ricavi dell'impresa e piuttosto collegato alla sua attività. Numerosi precedenti di questa Corte convalidano questa interpretazione ampia. È stato in proposito affermato che affinché un costo sostenuto dall'imprenditore sia fiscalmente deducibile dal reddito d'impresa non è necessario che esso sia stato sostenuto per ottenere una ben precisa e determinata componente attiva di quel reddito, ma è sufficiente che esso sia correlato in senso ampio all'impresa in quanto tale, e cioè sia stato sostenuto al fine di svolgere una attività potenzialmente idonea a produrre utili (Cass. 30.7.2007 n. 16826) Ancora è stato rimarcato che l'inerenza implica la presa in esame della funzione dei beni e dei servizi acquisiti, prescindendo dalla entità della spesa e dalla circostanza che i versamenti siano stati erogati ad un soggetto diverso dal contribuente il quale abbia a sua volta provveduto alla acquisizione di quei beni o dei servizi (Cass. 21.4.2008 n. 10257) come pure è stato precisato che le spese per acquisti di beni rientrano nella nozione di inerenza anche se prodromiche all'espletamento di nuove attività consentite dall'oggetto sociale (Cass. 21.3.2008 n. 7808). Più perspicuamente è stata ritenuta la deducibilità dei costi, anche se non direttamente ricollegabili a ricavi o ad un fine di immediata redditività, nell'ambito di strategie di gruppo (Cass. 1.8.2000 n. 10062 e Cass. 26.1.2001 n. 1133) perché l'attività d'impresa non può essere sempre ricollegata ad un'esigenza di immediata realizzazione di profitto, soprattutto quando la stessa operi in contesti più ampi di quelli dell'operatore singolo. Nel caso di specie, dunque, le operate deduzioni in applicazione dell'art. 75 V co. del D. lgs 917/86 si rivelavano legittime perché la ratio dell'inerenza non risulta essere stata "piegata" a giustificazioni "eccedenti" quelle rivenibili nella norma, anche perché supposti e diversi profili di abuso, non solo, non sono stati dimostrati dall'Amministrazione ma convincentemente esclusi dalle pertinenti allegazioni della società contribuente. Può dunque risponderci sul IV e V motivo enunciando i correlati

principi di diritto nei termini che seguono: una operazione economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali, può perseguire diversi obiettivi, di natura commerciale, finanziaria, contabile ed integra gli estremi del comportamento abusivo qualora e nella misura in cui tale scopo si ponga come elemento predominante ed assorbente della transazione, tenuto conto sia della volontà delle parti implicate che del contesto fattuale e giuridico in cui la transazione stessa viene posta in essere, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove quelle operazioni possono spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta. È onere dell'Amministrazione finanziaria, non solo, prospettare il disegno elusivo a sostegno delle operate rettifiche ma anche le supposte modalità di manipolazione o di alterazione di schemi classici rinvenute come irragionevoli in una normale logica di mercato se non per pervenire a quel risultato di vantaggio fiscale così come incombe al contribuente allegare la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore che giustificano operazioni così strutturate.

Nell'impianto organizzativo di una *corporated joint venture*, gli investimenti effettuati da società all'uopo costituita per l'acquisto di attrezzature specifiche e linee di produzione concesse in comodato gratuito a terzi per la realizzazione di veicoli poi acquisiti dalla comodante ad un minor prezzo per non essere dalla comodataria inglobati i costi e gli oneri finanziari in quanto sostenuti e dedotti dalla prima, non costituisce secondo un generale sindacato antiabuso che compete d'ufficio anche alla materia dell'imposizione diretta operazione elusiva pur derivandone un risparmio di imposta in quanto ragionevolmente spiegabile con l'obiettivo del gruppo di assicurarsi, pervenendo ad un prezzo di rivendita più basso, vantaggiose posizioni commerciali di competitività sui mercati cui quei veicoli sono destinati. Tali costi, siccome rivolti a fornire utilità alla proprietaria degli impianti concessi in comodato gratuito e non all'utilizzatrice dei medesimi sono inerenti all'attività propria della comodante così "esternalizzata" per cui rientrano nel concetto ampio di inerenza riferibile all'attività di impresa in quanto tale e sono pertanto legittimamente deducibili dalla prima a sensi dell'art. 75 V co. del DPR 917/86 (TUIR) applicabile *ratione temporis*. L'inerenza va interpretata infatti come una relazione tra due concetti la spesa e l'impresa, che implica, un accostamento concettuale tra due circostanze con la conseguenza che il costo assume rilevanza ai fini della quantificazione della base imponibile, non tanto per la sua esplicita e diretta connessione ad una precisa componente di reddito bensì in virtù della sua correlazione con una attività "potenzialmente" idonea a produrre utili.

10. Fondato è pure il VI motivo con il quale viene denunciata violazione degli artt. 63 e 75 DPR 917/86 posto che gli interessi passivi, secondo la nuova disciplina del TUIR erano deducibili senza che occorresse alcun giudizio di inerenza con i ricavi. Anche se la doglianza è destinata a seguire l'esito positivo di quelle precedenti rimanendovi assorbita non si può fare a meno di rilevare la fondatezza del richiamato principio più volte statuito da questa Corte secondo cui gli interessi passivi hanno un trattamento differenziato (rinvenibile nel I comma dell'art. 63 DPR 600/73) rispetto ai vari componenti negativi del reddito (richiamati nel V comma dell'art. 75) nel senso che, salva la misura e le modalità di calcolo, il diritto di deducibilità è riconosciuto in via generale (Cass. 21 novembre 2001 n. 14702 e Cass. 13 ottobre 2006 n. 22034). Va pertanto enunciato il principio secondo cui Resta precluso tanto all'imprenditore quanto all'Amministrazione finanziaria dimostrare che gli interessi passivi afferiscono a finanziamenti contratti per la produzione di specifici ricavi, dovendo invece esser correlati all'intera attività dell'impresa esercitata. Anche gli interessi passivi sono oneri generati dalla funzione finanziaria che afferiscono all'impresa nel suo essere e progredire e dunque non possono essere specificamente riferiti ad una particolare gestione aziendale o ritenuti accessori ad un particolare costo.

11. Lamenta infine la società contribuente con il VII motivo violazione dell'art. 75 DPR 917/86 posto che la ripresa degli oneri accessori su licenze scaturiva da errori di calcolo nella quantificazione della

RA applicata per cui non entrava in gioco il principio di inerenza mai contestato dall'Ufficio. Anche questa censura è fondata, non tanto per le diverse giustificazioni date negli avvisi di accertamento ai recuperi a tassazione di tali oneri (superate dalle statuizioni di merito che hanno comunque coinvolto tali componenti nel discorso sull'inerenza), quanto piuttosto per le ragioni già addotte, cui si fa rinvio, che avvincono nella nozione anche i costi della licenza senza la qual concessione, dietro corresponsione delle royalties a DMC non sarebbe stato possibile stipulare il contratto di "sublicenza ed acquisto" tra P&D e Piaggio.

12. Il ricorso va pertanto accolto in tutte le articolazioni (sub 4 e segg.) e per l'effetto cassata la sentenza impugnata. Non occorrendo ulteriori indagini di fatto andranno di conseguenza accolti i ricorsi introduttivi della società ricorrente mentre la peculiarità e complessità di vicenda che ha visto esiti decisionali alterni nelle precorse fasi di merito consigliano la compensazione integrale tra le parti delle spese dell'intero giudizio.

PQM

La Suprema Corte Accoglie il ricorso.

Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie i ricorsi introduttivi della società ricorrente. Compensa le spese dell'intero giudizio.

Roma, 17.12.2008

