



Anno 2018 n. 2

Rivista di consulenza aziendale e tributaria Il Commercialista di Capitanata

Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili
Circonscrizione del Tribunale di Foggia



Editoriale

Editoriale
di Mario Cardillo 3

Primo Piano

Crowdfunding: aggiornamenti su offerenti,
gestori del portale e disciplina dell'offerta
di Annamaria Dentamaro 4

La continuità nella novellata Legge
fallimentare
di Gian Matteo Ciampaglia 12

I tributi ambientali ed il principio di
capacità contributiva
di Alessia Delli Carri 21

Il dirigente illegittimo risponde in
proprio
Sentenza Presidente relatore
Dott. Alessandro Buccino
Commento di Benito Fuoco su Italia Oggi 31

-Commento alla Sentenza della Corte
Europea dei Diritti dell'Uomo del 4/3/2014
-Ricorso n. 18640/10
Grande Stevens e altri c. Italia;
-Violazione del principio del: Ne bis in idem;
cfr: art. 4 del Protocollo n.7
-Violazione del principio del: Giusto processo;
cfr art. 6 §1
di Alessandro Fino 39

Elusione e abuso del diritto alla luce
delle ultime novità normative: primo
intervento della Suprema Corte
di Federica Colaiuda 51

Ogni articolo pubblicato è stato ceduto a titolo
gratuito ed esprime esclusivamente il pensiero
dell'autore.

Editore
**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Foggia**

Direttore responsabile
Michele Cicoella - Francesca Cicoella

Comitato scientifico
Presidente: *Claudio Nigro* - Componenti: *Antonio Corvino, Annamaria Dentamaro, Giampiero Maci, Giuseppe Mazzuti*

Comitato di redazione
Gioacchino De Sandoli, Alfredo Di Noia, Ada Lattanzio, Marika Longo, Antonio Netti

Impaginazione grafica
Pasquale Russo

Foto in copertina di Enrico Lo Storto
Palazzo dell'acquedotto Piazza Cavour

Foto ultima pagina di Alberto Del Mastro
Pietramontecorvino - Castello Ducale

Redazione e amministrazione
via della Repubblica, 25 - 71121 Foggia - tel./fax. 0881 72 56 12
www.odcecfoggia.it - odcecfoggia@gmail.com
Registrazione Tribunale di Foggia n. 4/P/06 R.P
ISSN 2611-3694



Direttore editoriale
Iolanda Battiante

Editoriale

di Mario Cardillo

Cari lettori,

l'odierno editoriale è straordinario e speciale allo stesso tempo.

Trattasi di un editoriale non professionale bensì amicale e pieno di riconoscenza per un collaboratore dell'Ordine che non è più tra noi: il Ns. direttore della Rivista dell'Ordine e addetto stampa Gianni Cicolella.

Insieme abbiamo percorso un tratto di strada breve sul piano temporale, ma ricco di eventi, incontri esperienze e umanità.

L'Ordine era abituato ad un direttore editoriale che prestava la sua necessaria penna per la pubblicazione della rivista on – line. Quando ci siamo incontrati abbiamo subito condiviso un diverso ruolo del direttore della rivista (consulente delle tematiche da trattare, consulente per i rapporti tra autori, etc.) nonché addetto stampa con il compito della massima pubblicità degli eventi ad iniziativa dell'Ordine di Foggia con particolare attenzione ai nuovi mezzi di comunicazione Facebook, netjournal, etc.

La visibilità delle numerose iniziative fatte dall'attuale Consiglio

dell'Ordine è stata strabiliante. Basta per tutti ricordare la ripresa in diretta Facebook con parenti ed amici in occasione del giuramento dei nuovi iscritti; e come dimenticare la geniale presentazione della festa degli auguri svoltasi il 16.12.2017 a Foggia presso Masseria Medievale Pietrafitta, con il colloquio impossibile con la scrittrice Gabriella Genisi.

Nessuno potrà dimenticare l'educazione, l'eleganza il *savoir faire* del giornalista Gianni Cicolella.

Nella continuità il Consiglio ha deciso di passare il testimone alla figlia Francesca: giovane ragazza impegnata nel sociale già provvista dei necessari titoli per succedere in questo importante ruolo nella Rivista. Siamo certi che potrà aiutare l'Ordine ad ampliare i contatti sociali che tanto producono in termini di umanità e perché no in termini di professionalità

Grazie Gianni, buon lavoro Francesca!

Crowdfunding: aggiornamenti su offerenti, gestori del portale e disciplina dell'offerta

di Annamaria Dentamaro

Sommario. 1. L'ambito applicativo soggettivo della disciplina: gli offerenti. – 2. I gestori dei portali. – 3. L'offerta a mezzo portale

1. Sono tanti gli interventi legislativi che negli ultimi due anni hanno riguardato la disciplina del finanziamento a mezzo crowdfunding¹. Essi ruotano intorno ai tre profili fondamentali di questa disciplina: l'ambito applicativo soggettivo di applicazione, i gestori dei portali, l'offerta a mezzo portale.

Decisamente numerose sono state le modifiche finalizzate ad ampliare l'ambito applicativo soggettivo della normativa avente a oggetto questa alternativa modalità di reperimento di risorse finanziarie. Sotto questo profilo, la normativa primaria, come noto introdotta dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 2213, avente a oggetto la disciplina delle start-up innovative, è stata dapprima toccata dal d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in l. 24 marzo 2015, n. 33, che ha esteso alle PMI innovative e agli OICR e altre società che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative, la possibilità di effettuare offerte di capitale di rischio tramite i portali on-line. Successivamente,

¹ A. Dentamaro, Equity crowdfunding, trasferimento del controllo e strumenti a difesa dell'investitore. Qualche problema applicativo?, 10 gennaio 2017, su www.giustiziacivile.com; Id., Le offerte condotte esclusivamente sul portale e gli strumenti a diretta tutela dell'investimento non professionale, in Riv. dir. impr., 2017, 539-588 ss.

la l. 11 dicembre 2016 n. 232 (Legge di Bilancio 2017) ha ulteriormente esteso la disciplina contenuta nel TUF a tutte le piccole e medie imprese (PMI) come definite dalla disciplina dell'Unione europea. Ancora, con il d. lgs. n. 112 del 3 luglio 2017 si è consentito anche alle imprese sociali, a prescindere dalle loro caratteristiche dimensionali, di accedere a questa forma di finanziamento. Ne deriva che possono ricorrere a questa modalità di finanziamento:

- le PMI come definite dall'art. 2, paragrafo 1, lettera (f), primo alinea, del regolamento (UE) 2017/1129 (v. art. 1, comma 5-novies, t.u.f.): «società che in base al loro più recente bilancio annuale o consolidato soddisfino almeno due dei tre criteri seguenti: numero medio di dipendenti nel corso dell'esercizio inferiore a 250, totale dello stato patrimoniale non superiore a 43 000 000 EUR e fatturato netto annuale non superiore a 50 000 000 EUR»;
- le imprese sociali ai sensi del decreto legislativo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106, costituite in forma di società di capitali o di società cooperativa (v. art. 1, comma 5-duodecies, t.u.f.)² a prescindere da limiti dimensionali;
- gli organismi di investimento collettivo del risparmio o di altre società che investono prevalentemente in piccole e

² Ai sensi dell'art. 1 d. lgs. 112/2017, rubricato «Nozione e qualifica di impresa sociale», «possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformità alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività».

medie imprese.

E' peraltro utile precisare che la disciplina del finanziamento a mezzo crowdfunding, contenuta nel d.lgs. 58/1998 (t.u.f.), è stata di recente modificata ad opera del d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129. Si tratta del provvedimento legislativo che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, così come modificata dalla direttiva 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016) e di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 648/2012, così come modificato dal regolamento (UE) 2016/1033 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016 (c.d. MIFID II).

La complessiva disciplina riformata risulta dal combinato disposto di tre disposizioni contenute nel t.u.f. (artt. 1, comma 5-novies, 50-quinquies e 100-ter t.u.f.) e del relativo regolamento di attuazione avente a oggetto la raccolta di capitali di rischio tramite portali online adottato dalla Consob con delibera n. 18592 del 26 giugno 2013 e proprio di recente modificato con delibera n. 20204 del 29 novembre 2017 in vigore dal 3 gennaio 2018 (reg. Consob).

Ai sensi dell'art. 1, comma 5-novies, t.u.f., il «portale per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali» è definito ora come «una piattaforma on line che abbia come finalità esclusiva la facilitazione della raccolta di capitale di rischio da parte delle piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera (f), primo alinea, del regolamento

(UE) 2017/1129, delle imprese sociali e degli organismi di investimento collettivo del risparmio o di altre società che investono prevalentemente in piccole e medie imprese».

Questa disposizione risulta di estremo interesse anche sotto il profilo dell'ambito applicativo soggettivo della disciplina del crowdfunding individuando il novero dei possibili offerenti ovvero di coloro che al portale possono rivolgersi per finanziarsi (PMI, imprese sociali, organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società che investono prevalentemente in piccole e medie imprese). A questa norma, proprio sotto questo profilo, fanno immediato riscontro:

- l'art. 50-quinquies t.u.f. che al primo comma elenca come offerenti solo le PMI e le imprese sociali, salvo poi riferirsi, nel secondo comma, anche agli OICR (ma non anche ad altre società) che investono prevalentemente in piccole medie imprese (ma non in imprese sociali);

- l'art. 100-ter t.u.f. che elenca come offerenti le piccole e medie imprese, le imprese sociali, gli organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società di capitali che investono prevalentemente in piccole e medie imprese.

A questi riferimenti di rango primario, occorre aggiungerne altri contenuti nell'art. 2, lett. c), reg. Consob che nel definire l'«offerente», se, da un lato, trascura di menzionare le imprese sociali (in effetti nessuna disposizione del reg. Consob è espressamente riferita a queste ultime), si riferisce oltre che alle piccole e medie imprese, come definite dall'art. 2, paragrafo 1, lettera f), primo alinea, del Regolamento (UE) n. 2017/1129 del 14 giugno 2017, ancora:

1) alla società start-up innovativa, compresa la start-up a vocazione sociale, come definite dall'articolo 25, commi 2 e 4, del decreto e la start-up turismo prevista dall'articolo 11-bis del decreto legge 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2014, n. 106;

2) alla piccola e media impresa innovativa ("PMI innovativa"), come definita dall'articolo 4, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33;

3) all'organismo di investimento collettivo del risparmio ("OICR") che investe prevalentemente in piccole e medie imprese (nella precedente versione, in start-up innovative e in PMI innovative), come definito dall'articolo 1, comma 2, lettera e), del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 30 gennaio 2014;

4) alle società di capitali che investono prevalentemente in piccole e medie imprese (nella precedente versione, in start-up innovative e in PMI innovative), come definite dall'articolo 1, comma 2, lettera f), del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 30 gennaio 2014.

Ne deriva un quadro normativo tutt'altro che chiaro e ciò ove poi si consideri l'art. 24 del reg. Consob, il quale, disciplinando le condizioni necessarie per lanciare le offerte sul portale si riferisce alla ammissione delle offerte delle sole PMI.

Problematica è in primo luogo l'individuazione dell'offerente impresa sociale che, a quanto parrebbe da una lettura delle disposizioni sopra citate,

mentre rientra nell'ambito applicativo della disciplina a prescindere da requisiti di tipo dimensionale ove si considerino le sole norme di rango primario, parrebbe invece rientrare nell'ambito applicativo delle norme di rango secondario solo se (imprese sociali) PMI (v. art. 24, primo comma, reg. Consob). Ne conseguirebbe, ad oggi, la mancanza di «Condizioni relative alle offerte sul portale» in punto di offerta promossa da una impresa sociale, in forma di società di capitali o di società cooperativa, non PMI. Opzione questa assai discutibile ove si consideri che ai sensi del secondo comma dell'art. 100-ter tuf (al quale ha dato attuazione proprio il succitato art. 24 reg. Consob) la Consob avrebbe dovuto determinare la disciplina applicabile alle offerte sul portale al fine di «tutelare gli investitori diversi dai clienti professionali nel caso in cui i soci di controllo della piccola e media impresa o dell'impresa sociale [per quest'ultima a prescindere, dunque, da requisiti di tipo dimensionale] cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta».

D'altra parte, quanto alle start-up e alle PMI innovative, espunte dal novero degli offerenti nella normativa di rango primario, solo se PMI potrebbero rientrare nell'ambito applicativo del t.u.f. e del reg. Consob nel quale in effetti la qualifica di start-up innovativa e il carattere innovativo della PMI rilevano al solo fine di applicare alcune specifiche disposizioni di rango secondario che solo ad esse si riferiscono espressamente (v., infatti, art. 15, primo comma, lett. c) e d), reg. Consob avente a oggetto le informazioni relative all'investimento in strumenti finanziari tramite portali che il gestore del portale deve fornire all'investitore; art. 24, secondo comma,

reg. Consob).

2. Il secondo soggetto coinvolto in una operazione di crowdfunding è il gestore del portale, per tale intendendo colui che professionalmente esercita il servizio di gestione di portali di cui all'art. 1, comma 5-novies, t.u.f.: «È gestore di portali il soggetto che esercita professionalmente il servizio di gestione di portali per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali ed è iscritto nel registro di cui al comma 2», così recita l'art. 50-quinquies t.u.f.

Ai fini dell'iscrizione nel registro permane la distinzione tra i gestori di diritto e gestori autorizzati dalla Consob. Quanto ai primi, trattasi di soggetti già autorizzati ai relativi servizi di investimento, tuttavia, il secondo comma della norma amplia la categoria dei soggetti coinvolti includendovi, accanto alle banche, le Sim, le imprese di investimento UE, le imprese di paesi terzi diverse dalle banche autorizzate in Italia e i gestori di cui all'art. 1, comma 1, lettera q-bis). A questi ultimi soggetti la norma riserva però la sola raccolta di capitali per le piccole e medie imprese per così dire indiretta limitatamente all'offerta di quote o azioni di Oicr che investono prevalentemente in piccole e medie imprese (e, dunque, deve ritenersi, nelle sole imprese sociali PMI). Resta invece riservata alle sole banche la raccolta diretta di capitali per PMI e imprese sociali (anche non PMI).

Quanto ai secondi, resta confermato doversi trattare di soggetti iscritti in un apposito registro tenuto dalla Consob, a condizione che trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari

rappresentativi di capitale esclusivamente a banche, Sim, imprese di investimento UE e imprese di paesi terzi diverse dalle banche, e gli ordini riguardanti azioni o quote degli Oicr ai relativi gestori.

Per questi ultimi soggetti, ai quali il quarto comma della stessa disposizione vieta di detenere somme di denaro o strumenti finanziari di pertinenza di terzi, l'iscrizione in questo registro è subordinata al ricorrere dei requisiti già richiesti nel vigore della precedente disciplina, dunque a) forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; b) sede legale e amministrativa o, per i soggetti comunitari, stabile organizzazione nel territorio della Repubblica; c) oggetto sociale conforme con quanto previsto dal comma 1; d) possesso da parte di coloro che detengono il controllo e dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla Consob; e) possesso da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, di requisiti di professionalità stabiliti dalla Consob. Si segnala, tuttavia, un ulteriore requisito aggiunto dalla lett. e-bis) ovvero l'adesione a un sistema di indennizzo a tutela degli investitori o la stipula di un'assicurazione di responsabilità professionale che garantisca una protezione equivalente alla clientela, secondo i criteri stabiliti dalla Consob con regolamento.

Resta rimessa alla regolamentazione Consob la determinazione di principi e dei criteri relativi:

a) alla formazione del registro e alle relative forme di pubblicità; b) alle eventuali ulteriori condizioni per

l'iscrizione nel registro, alle cause di sospensione, radiazione e riammissione e alle misure applicabili nei confronti degli iscritti nel registro; c) alle eventuali ulteriori cause di incompatibilità; d) alle regole di condotta che i gestori di portali devono rispettare nel rapporto con gli investitori, prevedendo un regime semplificato per i clienti professionali.

Sempre alla Consob spettano poteri di vigilanza sui gestori di portali volti a verificare l'osservanza delle disposizioni di legge e attuative. Sotto tale profilo, tali poteri risultano rafforzati dall'ultimissimo intervento legislativo potendo la Consob, in aggiunta al potere di chiedere la comunicazione di dati e di notizie e la trasmissione di atti e di documenti nonché di effettuare ispezioni, da ora in poi anche convocare gli amministratori, i sindaci e il personale dei gestori.

Altra novità è l'introduzione nell'art. 50-quinquies t.u.f. del comma 6-bis che impone alla Consob di adottare le disposizioni attuative dell'art. 4-undecies t.u.f. avente a oggetto i «Sistemi interni di segnalazione delle violazioni» che i soggetti di cui alle parti II e III e le imprese di assicurazione devono adottare per la segnalazione al proprio interno, da parte del personale, di atti o fatti che possano costituire violazioni delle norme disciplinanti l'attività svolta, nonché del regolamento (UE) n. 596/2014³.

³ Trattasi di procedure idonee a garantire, recita l'art. 4-undecies, t.u.f., «a) la riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione, ferme restando le regole che disciplinano le indagini o i procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione ai fatti oggetto della segnalazione; l'identità del segnalante è sottratta all'applicazione dell'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e non può essere rivelata per tutte le fasi della procedura, salvo suo consenso o quando la conoscenza sia indispensabile per la difesa del segnalato; b) la tutela adeguata del soggetto segnalante contro condotte ritorsive, discriminatorie

Resta in ogni caso confermato il differente trattamento giuridico riservato dal legislatore alle due categorie di gestori dei portali, differente trattamento da cui, come già evidenziato in altra sede, è possibile trarre indicazioni circa la sostanza dell'attività di gestione del portale on line.

In primo luogo, solo per gli «altri soggetti» continua ad essere disposta una vera e propria procedura di iscrizione nel registro istituito ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell'art. 50-quinquies t.u.f. e del primo comma dell'art. 4 reg. Consob, subordinatamente al ricorrere dei requisiti di cui sopra. Laddove, invece, per le SIM, le imprese di investimento UE, le imprese di paesi terzi diverse dalle banche autorizzate in Italia, i gestori di cui all'art. 1, comma 1, lettera q-bis), t.u.f., limitatamente all'offerta di quote o azioni di OICR che investono prevalentemente in piccole e medie imprese e le banche, autorizzati ai relativi servizi di investimento, si prevede una «annotazione» ex art. 4, secondo comma, reg. Consob in una «sezione speciale» annessa al registro previa comunicazione alla Consob, prima dell'avvio dell'operatività, dello «svolgimento dell'attività di gestione di un portale secondo quanto previsto dall'Allegato 1».

In secondo luogo, il secondo comma dell'art. 50-quinquies t.u.f., come già prima, prevede solo per questi diversi gestori una espressa deroga alle disposizioni contenute nella parte II, titolo II, capo II e nell'art. 32 t.u.f. ovvero la disciplina ordinaria in tema di prestazione di servizi di investimento e

o comunque sleali conseguenti la segnalazione; c) un canale specifico, indipendente e autonomo per la segnalazione».

promozione o collocamento a distanza di servizi e attività di investimento. Disciplina che, invece, per quanto chiarito dalla Consob sin dalla Comunicazione n. 0066128 dell'1.08.2013, riguardante lo svolgimento da parte di banche ed imprese di investimento dell'attività di gestione di portali on line per la raccolta di capitali per le start up innovative, resta invece applicabile a tali gestori, cosiddetti di diritto, implicando, l'attività di gestione di portali on line, «la prestazione di servizi di investimento quantomeno di tipo “esecutivo”».

Infine, sempre e solo per gli «altri soggetti» il quarto comma dell'art. 50-quinquies t.u.f. prevede il divieto di detenere «somme di denaro o strumenti finanziari di pertinenza di terzi».

3. Il quadro normativo di rango primario è completato dall'art. 100-ter t.u.f. dedicato alle «Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali».

Di questa disposizione, rispetto alla precedente formulazione, va segnalata in primo luogo la modifica della sua stessa rubrica, non riferendosi più la norma alle offerte condotte «esclusivamente» a mezzo portale.

L'attuale formulazione della norma risente delle modifiche apportate alla disciplina del crowdfunding sotto il profilo del suo ambito applicativo soggettivo. Ciò si evince chiaramente dalla lettera della prima parte del suo primo comma ove, da un lato, è scomparso il riferimento alla sottoscrizione di strumenti finanziari emessi da start-up innovative e, dall'altro, ci si riferisce alla sottoscrizione di strumenti finanziari emessi da piccole

e medie imprese, imprese sociali, organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società che investono prevalentemente in piccole e medie imprese.

Dal confronto della disposizione vigente con quella precedentemente in vigore, emerge, tuttavia, quanto alla seconda parte del primo comma, una ulteriore differenza di non poco rilievo. Si tratta, più nel dettaglio di quella parte della norma che ha sin dal principio subordinato il ricorso alle offerte a mezzo portale di strumenti finanziari di prima emissione al mancato superamento, in termini di corrispettivo, della soglia determinata dalla Consob ai sensi dell'art. 100, primo comma, lett. c), t.u.f. Questo requisito, che resta confermato, viene oggi espressamente limitato alle offerte aventi a oggetto strumenti finanziari emessi dalle piccole e medie imprese, non riguardando invece le offerte promosse da imprese sociali, organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società che investono prevalentemente in piccole e medie imprese.

Per il resto la norma si occupa di due peculiari e assolutamente innovativi profili di disciplina applicata alle piccole e medie imprese in forma di società a responsabilità limitata.

Da un lato, il comma 1-bis, ribadisce che «In deroga a quanto previsto dall'articolo 2468, primo comma, del codice civile, le quote di partecipazione in piccole e medie imprese costituite in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso i portali per la raccolta di capitali, nei limiti previsti dal presente decreto». La norma risente così del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 («Disposizioni

urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo»), il cui art. 57, rubricato «Attrazione per gli investimenti», ha disposto al suo primo comma che «All'articolo 26, commi 2, 5 e 6, del decreto- legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, le parole “start-up innovative” e “start-up innovativa”, ovunque ricorrano, sono sostituite dalla seguente: “PMI”». Con l'effetto di estendere a tutte le s.r.l. PMI le disposizioni contenute nei predetti commi ed in particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, il quinto comma secondo cui in espressa deroga all'art. 2468, 1° co., c.c., «le quote di partecipazione in PMI costituite in forma di s.r.l. (...) possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari anche attraverso i portali per la raccolta di capitali di cui all'art. 30 del presente decreto, nei limiti previsti dalle leggi speciali». Di estremo rilievo in questa parte della disposizione è l'espressione «anche attraverso i portali per la raccolta di capitali» da cui, ad avviso di chi scrive, può trarsi la conclusione che le quote di s.r.l. PMI possono ormai costituire oggetto di qualsiasi offerta al pubblico di prodotti finanziari, limitandosi questa disposizione a disciplinare la sola offerta al pubblico a mezzo portale.

Dall'altro lato, il comma 2-bis continua a disciplinare, con qualche lieve ritocco della norma, l'alternativa modalità di trasferimento delle quote di piccole e medie imprese in forma di società a responsabilità limitata. E' infatti esteso a tutte le PMI costituite in forma di s.r.l. il sistema di gestione accentrata e dematerializzata di sottoscrizione e

alienazione delle quote rappresentative del capitale di piccole e medie imprese, già introdotto per le PMI innovative dall'art. 4, decimo comma, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, «in alternativa a quanto stabilito dall'articolo 2470, secondo comma, del codice civile e dall'art. 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni».

In alternativa a quanto stabilito dall'art. 2470, secondo comma, c.c. e dall'art. 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, per la sottoscrizione e per la successiva alienazione di quote rappresentative del capitale di piccole e medie imprese e di imprese sociali costituite in forma di società a responsabilità limitata:

a) la sottoscrizione può essere effettuata per il tramite di intermediari abilitati alla prestazione di uno o più dei servizi di investimento previsti dall'art. 1, comma 5, lettere a), b), c), c-bis), ed e); gli intermediari abilitati effettuano la sottoscrizione delle quote in nome proprio e per conto dei sottoscrittori o degli acquirenti che abbiano aderito all'offerta tramite portale;

b) entro i trenta giorni successivi alla chiusura dell'offerta, gli intermediari abilitati depositano al registro delle imprese una certificazione attestante la loro titolarità di soci per conto di terzi, sopportandone il relativo costo; a tale fine, le condizioni di adesione pubblicate nel portale devono espressamente prevedere che l'adesione all'offerta, in caso di buon fine della stessa e qualora l'investitore decida di avvalersi del regime alternativo

di cui al presente comma, comporta il contestuale e obbligatorio conferimento di mandato agli intermediari incaricati affinché i medesimi:

1) effettuino l'intestazione delle quote in nome proprio e per conto dei sottoscrittori, tenendo adeguata evidenza dell'identità degli stessi e delle quote possedute;

2) rilascino, a richiesta del sottoscrittore o del successivo acquirente, una certificazione comprovante la titolarità delle quote; tale certificazione ha natura di puro titolo di legittimazione per l'esercizio dei diritti sociali, è nominativamente riferita al sottoscrittore, non è trasferibile, neppure in via temporanea né a qualsiasi titolo, a terzi e non costituisce valido strumento per il trasferimento della proprietà delle quote;

3) consentano ai sottoscrittori che ne facciano richiesta di alienare le quote secondo quanto previsto alla lettera c) del presente comma;

4) accordino ai sottoscrittori e ai successivi acquirenti la facoltà di richiedere, in ogni momento, l'intestazione diretta a se stessi delle quote di loro pertinenza;

c) l'alienazione delle quote da parte di un sottoscrittore o del successivo acquirente avviene mediante semplice annotazione del trasferimento nei registri tenuti dall'intermediario; la scritturazione e il trasferimento non comportano costi o oneri né per l'acquirente né per l'alienante; la successiva certificazione effettuata dall'intermediario, ai fini dell'esercizio dei diritti sociali, sostituisce ed esaurisce le formalità di cui all'art. 2470, secondo comma, c.c.

Il regime alternativo di trasferimento delle quote di cui al comma 2-bis deve essere

chiaramente indicato nel portale, ove sono altresì predisposte apposite idonee modalità per consentire all'investitore di esercitare l'opzione ovvero indicare l'intenzione di applicare il regime ordinario di cui all'art. 2470, secondo comma, c.c. e all'art. 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni.

L'esecuzione di sottoscrizioni, acquisti e alienazioni di strumenti finanziari emessi da piccole e medie imprese e da imprese sociali ovvero di quote rappresentative del capitale delle medesime, effettuati secondo le modalità previste alle lettere b) e c) del comma 2-bis del presente articolo, non necessita della stipulazione di un contratto scritto. Ogni corrispettivo, spesa o onere gravante sul sottoscrittore, acquirente o alienante deve essere indicato nel portale dell'offerta, con separata e chiara evidenziazione delle condizioni praticate da ciascuno degli intermediari coinvolti, nonché in apposita sezione del sito internet di ciascun intermediario. In difetto, nulla è dovuto agli intermediari.

La continuità nella novellata Legge fallimentare

di Gian Matteo Ciampaglia

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le funzioni del revisore nell'impresa in crisi – 3. La continuità nella novellata L.f. – 4. Crisi aziendale e procedura di concordato preventivo. – 5. Definizione dello "stato di crisi" e possibili riflessi sul presupposto oggettivo di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Considerata la complessità e lo stratificarsi della normativa in materia di procedure concorsuali e le continue crisi cui sono sottoposte le imprese a causa del sovra indebitamento, il Governo, ha ritenuto di procedere ad una valutazione della normativa esistente e all'analisi di eventuali proposte di riordino. Il 28 gennaio 2015 è stato firmato dal Ministro della giustizia, il decreto di nomina della commissione per la riforma delle procedure concorsuali, composta da magistrati, docenti universitari e professionisti, presieduta dal Prof. Renato Rordorf¹, presidente della I sezione civile della Corte di cassazione e supportata da un comitato scientifico.

2. Le funzioni del revisore nell'impresa in crisi

Negli ultimi anni nell'ambito della revisione aziendale si è sviluppato un

¹ Magistrato dal 1970, è attualmente Presidente aggiunto della Suprema Corte di cassazione. Nel quinquennio 1997-2002 è stato commissario della Consob ed, in quella veste, ha partecipato ai lavori della "Commissione Draghi" che elaborò il testo unico della finanza del 1998, nonché alla redazione dei conseguenti regolamenti attuativi. È autore di numerosi scritti, prevalentemente in materia di diritto commerciale, pubblicati sulle maggiori riviste giuridiche.

compito di revisione relativo alle così dette procedure concorsuali (Legge Fallimentare).

Nell'ambito delle procedure concorsuali, accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis e ter L.Fall. e concordato preventivo, nella presentazione ai creditori e all'autorità giudiziaria della proposta di accordo/concordato, l'impresa in crisi deve far controllare/attestare il piano/acordo di risanamento ad un revisore contabile.

Pertanto non ci riferiamo in questo caso alla normale revisione contabile del collegio sindacale bensì ad un controllo contabile di natura straordinaria nel tempo. Controllo straordinario nel tempo è inteso nel senso che avviene solo quando si ha come presupposto un'impresa in crisi e la presentazione di un piano di risanamento ai creditori e all'autorità giudiziaria che vigila su questo. Quindi straordinario perché avviene solo per questa funzione ed è un controllo specifico, che è duplice rispetto ad un normale controllo contabile.

Ci si chiede quindi il perché viene richiesto questo controllo di attestazione ad un revisore se l'impresa che effettua il piano ha già un revisore. Si vuole così garantire un'ulteriore indipendenza in quanto il presupposto di questi piani di risanamento è lo stralcio parziale e la rateizzazione dei debiti a danno di alcuni creditori, la Legge Fallimentare prevede questo vincolo proprio per questa penalizzazione nei confronti di questi soggetti.

È proprio per questo controllo dei piani di risanamento e concordati preventivi dell'impresa in crisi in continuità aziendale, ossia non la liquidazione dell'impresa ma la continuità all'esistenza dell'impresa, che si richiede che il controllo e l'attestazione sia effettuato da parte di un revisore indipendente che non sia uno dei revisori in carica e passati dell'azienda e che non ha avuto rapporti precedenti con l'azienda.

L'importanza al ruolo del revisore nei piani di accordo di ristrutturazione e concordato nelle imprese in crisi risulta fondamentale poiché l'autorità giudiziaria non essendo in possesso di elevate capacità economiche industriali ed economiche aziendali per valutare se quel determinato piano sia fattibile per l'impresa in crisi.

Il revisore incaricato di attestare il piano deve effettuare due diversi ordini di giudizi:

- a) Dare un giudizio sull'attendibilità dei dati contabili di bilancio dai quali parte e prende ispirazione il piano.

Questo consiste essenzialmente in un giudizio di veridicità del bilancio di esercizio e nella verifica di attendibilità dei dati di bilancio.

- b) Verificare e attestare la fattibilità del piano stesso.

Per fattibilità del piano si intende che il revisore dovrà prima controllare i dati contabili consuntivi, il bilancio, ma anche le prospettive strategiche dell'azienda per verificare se, il business plan redatto dal così detto "advisor" aziendale che prevede il pagamento dilazionato e parziale dei debiti dell'azienda ai creditori, sia attendibile.

Tale aspetto risulta fondamentale sia per il creditore che per l'autorità giudiziaria perché l'autorevolezza del revisore attestatore comporta la concreta possibilità che i creditori in futuro vengano pagati nei termini indicati dal piano di risanamento.

La tutela nei confronti dei creditori incrementa la responsabilità del revisore, il quale quando attesta un piano di risanamento che viene accettato sviluppa una protezione contro i decreti ingiuntivi a favore della società debitrice che inibisce i creditori, che rimangano insoddisfatti, a proporre istanza di fallimento. È questo il vantaggio che la norma dà alle imprese in

crisi, di tornare "in bonis" e rimanere in continuità a svantaggio dei creditori. Per questo la Legge Fallimentare richiede il controllo straordinario e l'attestazione di un revisore contabile indipendente.

Per quanto riguarda sia le funzioni del revisore nelle procedure concorsuali sia dei revisori nelle società che annualmente sono assoggettate al controllo contabile, che può essere obbligatorio come nelle S.p.a. e obbligatorio o volontario nelle S.r.l., è importante vedere quali rapporti ci sono tra il sindaco revisore e la società di revisione.

I rapporti tra il sindaco della società di capitali e la società di revisione sono molto stretti perché entrambi tecnicamente e professionalmente svolgono la stessa professione.

Innanzitutto, il collegio sindacale della società che nomina la società di revisione deve esprimere un parere positivo rispetto alla nomina di una determinata società di revisione incaricata del controllo contabile.

Deve esserci uno scambio di informazioni tra il collegio sindacale e la società di revisione.

Ciò significa che, nei differenti compiti di controllo che hanno il collegio e la società di revisione, questi due organi di controllo devono reciprocamente informarsi sulle criticità e sugli aspetti più delicati in relazione all'azienda oggetto del controllo. A tal proposito vengono effettuate e verbalizzate apposite riunioni di scambio di informazioni tra il collegio sindacale e la società di revisione.

Questo scambio di informazioni avviene soprattutto quando si effettua la revisione dei piani di risanamento dell'impresa in crisi. In questi casi è ancor più fondamentale questo scambio di informazioni tra società di revisione e sindaco revisore.

Un altro aspetto importante che delimita e determina la funzione del revisore è che il revisore nella sua funzione richiede informazioni e verbalizza delle annotazioni solo nel caso in cui vengono rilevate delle criticità nell'azienda.

Pertanto maggiori sono le criticità presenti e rilevate nell'azienda e maggiore è il lavoro di analisi e verbalizzazione del revisore. Qualora invece le criticità sono limitate e scarse, il lavoro di rilevazione e verbalizzazione del revisore è altrettanto limitato e sintetico.

Da qui arriviamo alla definizione di revisore auditor ossia quel revisore che non annota, non verbalizza, non scrive ma ascolta solo fino a quando non ci sono criticità. Nel momento in cui ci sono criticità allora non potrà rimanere auditor ma dovrà chiedere, parlare, essere scettico e quindi assumere tutte le caratteristiche del revisore, che mutano a seconda delle caratteristiche e della qualità contabile ed economica dell'azienda oggetto di controllo.

Per cui è inevitabile che ci siano lavori più semplici perché l'azienda è trasparente e lavori più impegnativi, intensi qualora l'azienda oggetto di revisione non è trasparente, efficiente ed efficace. E il compenso del revisore non varia in base al lavoro svolto in quanto, come già a conoscenza, viene stabilito all'atto della nomina e non può essere soggetto a contrattazione e modifiche proprio in virtù di ciò. Per questo ci possono essere incarichi del revisore remunerativi ed altri meno rispetto al carico di lavoro che dovrà svolgere in caso di azienda con molte criticità.

3. La continuità nella novellata L.f.

Il Titolo III del Concordato Preventivo e degli accordi di ristrutturazione/Capo VI dell'esecuzione, della risoluzione e dell'annullamento del concordato

preventivo recita testualmente (l'Art. 186-bis del Concordato Preventivo con continuità aziendale):

“1. Quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

2. Nei casi previsti dal presente articolo:

a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lett. e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

c) il piano può prevedere fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

3. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci

eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

4. Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale.

5. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, lettera d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

6. Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al precedente comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.

7. Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.²²

Con la suddetta riforma sono state introdotte le seguenti novità:

- Cambiate le finalità del fallimento, perché con la riforma il fallimento non è più solamente una procedura concorsuale liquidatoria e sanzionatoria, ma può anche consentire la conservazione dell'attività d'impresa tramite il trasferimento o l'affitto dell'azienda;
- Meno poteri all'autorità giudiziaria: è la figura del curatore ad essere al centro di tutte le procedure concorsuali, mentre il giudice delegato ha funzioni di solo controllo e vigilanza;
- La trattazione prioritaria alle proposte volte a superare la crisi assicurando la continuità aziendale, mentre si ricorrerà alla liquidazione giudiziale solo se manca la proposta di un'ideale soluzione alternativa;
- Semplificare e uniformare la disciplina dei vari riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale;

²² <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/30/17G00170/sg>

- Notifiche via pec nei confronti del debitore professionista o imprenditore agli indirizzi risultanti dal registro delle imprese o da INI-PEC;
- Riduzione di costi e durata delle procedure concorsuali, riduzione delle ipotesi di pre deduzione, responsabilizzazione degli organi di gestione;
- Maggiore specializzazione dei giudici addetti alle procedure concorsuali;
- Istituzione di albo di soggetti cui affidare incarichi di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure concorsuali, con specifici requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza;
- Conciliare le procedure di gestione della crisi e insolvenza dei datori con la tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori.

Quindi, anche se la finalità del fallimento è sempre quella di soddisfare i creditori tramite la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore, c'è una maggiore apertura rispetto al superamento della crisi dell'impresa. Il legislatore infatti ha voluto incoraggiare la ristrutturazione e il salvataggio dell'impresa tramite accordi tra l'imprenditore in crisi e i suoi creditori.

4. Crisi aziendale e procedura di concordato preventivo

Le disposizioni normative introdotte nel 2005, nel 2006 e nel 2007 (D.L. 35/2005, c.d. decreto per la competitività, D.L. 5/2006, c.d. riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali e D.Lgs. 169/2007, c.d. decreto correttivo) colmando l'indifferenza protratta per circa un sessantennio sulla disciplina della crisi d'impresa, hanno amplificato

la centralità di procedure concorsuali atte a favorire la prosecuzione dell'attività senza ricorrere ad altri istituti che, in modo irreversibile ed estremo, determinano la cessazione dell'attività d'impresa. In tale ambito si colloca il concordato preventivo quale possibile via per la soluzione alla crisi aziendale alternativa al fallimento, procedura che è stata oggetto di ulteriori recenti rivisitazioni normative entrate in vigore con il c.d. decreto "misure urgenti per la crescita del Paese" (D.L. 83/2012).

Nella riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza la legge delega riserva un ruolo centrale alla continuità aziendale. Lungo questa direttrice si muove il Legislatore con modifiche al codice civile per favorire interventi di tipo preventivo volti ad evitare, ove possibile, crisi non reversibili. L'obiettivo del risanamento aziendale viene, quindi, perseguito attraverso l'utilizzo di nuovi istituti quali l'allerta, e di altri già esistenti, ma riformulati, come il concordato.

La legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza prevede la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

I decreti attuativi, in corso di scrittura, sanciranno l'entrata in vigore di previsioni normative che imporranno il rispetto di regole per la gestione di veri e propri nuovi istituti, quali l'allerta, e di altri già esistenti, ma riformulati, quali il concordato.

Filo comune a tutti i provvedimenti riconducibili alla riformata disciplina del diritto concorsuale è sicuramente la centralità riservata al contesto di continuità aziendale e l'adozione di un approccio aziendalistico. Il dettaglio dei principi e dei criteri ai quali il legislatore deve attenersi nella scrittura degli stessi decreti attuativi, ci mette in condizione di comprendere la portata della nuova disciplina della crisi e il perimetro di sua applicazione.

Tab. 3.1 Approccio aziendalistico allo stato di crisi

A) Presupposti continuità
↓
B) Accordo ristrutturato e/o concordatario
↓
C) Business plan certificato

La volontà di avvicinarsi alla crisi d'impresa con un approccio di taglio "aziendalistico" traspare dall'introduzione di una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza che rimanda alle "elaborazioni della scienza aziendalistica".

Anche la previsione di modifiche al codice civile va nella direzione di favorire interventi di tipo sempre più preventivi volti ad evitare, ove possibile, crisi non reversibili. Il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, così come previsto dall'art. 14 della legge delega, conferma in modo esplicito la necessità (peraltro già presente per espressa previsione normativa per alcune tipologie di imprese) di un adeguato sistema di controllo interno.

La previsione, poi, del dovere di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale ribadisce l'intento di promuovere precoci processi di ristrutturazione aziendale.

La tematica della programmazione interna nella gestione aziendale e nella gestione della crisi in particolare è stata oggetto di recenti integrazioni anche nell'ambito della prassi professionale. Ci si riferisce, in particolare, alla pubblicazione dei

"Principi per la redazione dei piani di risanamento", elaborato da AIDEA, ANDAF, APRI, OCRI, CNDCEC, e da quest'ultimo recentemente approvato.

Questo documento, concepito come utilità per gli imprenditori e i loro consulenti chiamati ad elaborare un piano di risanamento, si pone come utile riferimento in materia, nonché ulteriore fonte informativa da porsi a corredo di precedenti guide di derivazione professionale.

I principi, fornendo utili elementi di prassi metodologica che favoriscono la corretta elaborazione di un piano di risanamento ed esplicitando, tra le altre, le azioni previste per consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria, trovano un naturale impiego principalmente in contesti che prevedano la continuità gestionale.

Naturale connettore con il precedente documento "Principi di attestazione dei piani di risanamento", scritto per rappresentare un valido supporto allo svolgimento dell'attività dell'attestatore, i recenti "Principi per la redazione dei piani di risanamento" dovrebbero rappresentare utile riferimento non solo per il soggetto chiamato ad elaborare il Piano, ma anche per tutti gli altri interlocutori, attestatore in primis, chiamati a confrontarsi con la robustezza dei suoi contenuti.

I principi tengono conto, nella loro articolazione, delle differenze sia informative che di competenze interne che possono caratterizzare le aziende in funzione delle loro dimensioni o della loro struttura. Ciò affinché gli imprenditori, il management ed i professionisti possano approcciare tali principi con concreta utilità, adattandoli come esplicitamente previsto alle peculiarità dimensionali ed organizzative del caso.

Dall'evoluzione normativa e di prassi in corso emerge sempre più chiaramente

come l'approccio che contraddistingue gli interventi svolti in situazioni di crisi debba essere di tipo multidisciplinare e con una visione integrata. Competenze variegate devono essere messe in relazione tra loro nelle varie fasi in cui si articola la normale gestione aziendale e quella, particolare, della situazione di crisi.

5. Definizione dello “stato di crisi” e possibili riflessi sul presupposto oggettivo di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione.

L'art. 160, comma 3°, L.F. stabilisce, a legislazione vigente, che per stato di crisi si deve intendere “anche lo stato di insolvenza”. Ad oggi, lo stato di crisi è perciò un grande insieme, nel quale – secondo la logica per cui “nel più sta il meno” – rientrano sia lo stato di insolvenza sia lo stato che, pur non essendo d'insolvenza, è comunque qualificabile come di crisi.

Ciò pone delicati problemi interpretativi: come si fa a sapere se un'impresa, sebbene non insolvente, sia comunque in crisi? La letteratura si divide.

Si potrebbe pensare di guardare al carattere, reversibile o no, della difficoltà economico-finanziaria: l'impresa, benché non insolvente, sarebbe in stato di crisi quando versa in uno stato di difficoltà reversibile. Ma quest'impostazione viene considerata errata, dal momento che anche lo stato d'insolvenza, pur rimanendo tale, può esser reversibile. La maggioranza degli interpreti, quindi, preferisce ricorrere ad un'altra impostazione e dice che bisogna osservare il carattere, attuale o probabile, dell'insolvenza, intesa (ai sensi dell'art. 5, comma 2°, L.F.) come incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni: l'impresa, quantunque non insolvente, sarebbe in stato di crisi quando vi è un'oggettiva probabilità che lo diventi.

La legge delega recepisce questa seconda impostazione, prescrivendo all'art. 2, lett. c), (i) che per crisi dovrà intendersi la “probabilità di futura insolvenza” e (ii) che la “probabilità di futura insolvenza” dovrà essere a sua volta definita dal Governo “tenendo conto” – come suggerito dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili durante le consultazioni – “anche” delle “elaborazioni della scienza aziendalistica”.

Nella nuova legislazione lo stato di crisi, dunque, sarà soltanto lo stato di “probabilità di futura insolvenza” (nei termini che saranno dettagliati dal Governo) e non potrà più inglobare – come oggi prescrive il citato comma 3° dell'art. 160 L.F. – lo stato d'insolvenza: il che vuole dire che si passerà da un unico grande insieme (ricomprensivo sia lo stato d'insolvenza sia lo stato di probabile insolvenza) a due insiemi distinti (da un lato, quello dello stato d'insolvenza e, dall'altro, quello dello stato di crisi, il secondo inteso appunto, salvo più puntuali indicazioni, come stato di “probabilità di futura insolvenza”).

L'innovazione potrebbe non avere rilevanza esclusivamente definitoria ma ripercuotersi anche a livello di sistema. Infatti, se presupposto oggettivo di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione è lo “stato di crisi” (cfr. gli artt. 160, comma 1°, e 182-bis, comma 1°, L.F.), e se per stato di crisi si dovrà intendere – dopo la riforma – soltanto lo stato di “probabilità di futura insolvenza”, ne potrebbe derivare l'inaccessibilità di detti strumenti alle imprese in stato d'insolvenza; imprese rispetto alle quali l'unico sbocco possibile resterebbe quello del fallimento (rectius, nel nuovo vocabolario, della “liquidazione giudiziale”).

Da una parte, ciò sarebbe coerente con l'impostazione del legislatore francese, dal quale come noto ha preso ispirazione

la Commissione ministeriale cui si deve lo schema del disegno di legge delega, poiché in quell'ordinamento è sì possibile la via della "conciliation" se l'impresa sia già insolvente, ma solo se l'insolvenza si sia manifestata da poco tempo, mentre la procedura di "sauvegarde" è subordinata alla condizione che l'insolvenza non si sia ancora manifestata. Dall'altra parte, ciò sarebbe maggiormente in armonia con le istanze di uniformazione a livello europeo, in quanto la proposta di direttiva UE – pubblicata dalla Commissione europea il 22 novembre 2016 – riserva l'accessibilità degli strumenti di ristrutturazione all'ipotesi in cui "sussista una probabilità di insolvenza" (art. 4), espressione questa che corrisponde appunto al nuovo significato della locuzione "stato di crisi".

Ma ciò, soprattutto, sarebbe più opportuno alla luce dell'esigenza di massimizzazione del valore e, al contempo, premiale che, anche storicamente, connota gli istituti che stiamo considerando: se il concordato e gli accordi sono incentivi dati al debitore per incentivarlo a farsi avanti quando la situazione di difficoltà economico-finanziaria non si è ancora tramutata in insolvenza – sul presupposto che, prima si affrontano le difficoltà, migliori saranno i risultati per i creditori – allora è giusto che essi siano riservati al debitore in stato di crisi e preclusi al debitore in stato d'insolvenza, il quale potrà a quel punto solamente avanzare domanda di concordato (fallimentare) dopo un anno dalla dichiarazione di fallimento (art. 124, comma 1°, L.F.); termine, questo, che il Governo, dosando "bastone e carota", potrebbe semmai anticipare – a fronte del principio contenuto nell'art. 7, comma 10°, lett. d), legge delega – per i casi in cui il debitore "apporti risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo.

6. Conclusioni

Nel presente articolo è stata affrontata la coerenza e compatibilità tra la continuità d'impresa e la novellata legge fallimentare. Appare importante comprendere come il legislatore abbia nella novellata legge fallimentare preso in considerazione gli strumenti di continuità e Turnaround nella gestione d'impresa.

Più in particolare, il legislatore, con i nuovi strumenti per la gestione dell'insolvency aziendale ha voluto offrire alla classe economica e imprenditoriale uno strumento volto alla chiusura "in bonis" della debitoria aziendale e la conseguente continuità aziendale. Ciò dà la possibilità agli operatori economici di risolvere i problemi di crisi aziendale tramite il Turnaround e di proseguire l'attività di impresa superato la crisi.

Riferimenti bibliografici

AA. VV. Crisi d'impresa e strategie di superamento, Giuffrè, Milano, 1987.

ANSOFF H. I., Le strategie sociali per l'impresa, sta in AA.VV., Strategia sociale dell'impresa, op.cit..

BOZZA G., La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni, in "Il Fallimneto", 2012, n.7,pp. 767-784.

BREALEY R.A./MEYRS S.C., Principi di finanza aziendale, Mc Graw-Hill, Milano, 1990.

COLOMBO F., PESSINA A., Il concordato preventivo, Verona, Gruppo Euroconference, 2011.

FAZZI R., Il governo d'impresa, vol. I/II, Giuffrè, Milano, 1982-1984.

GALARDO M., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa, II Edizione, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012.

I.I. MITROF/C. M. PEARSON, Crisis Management, The Jossey-Basso, San Francisco, 1993.

INVERNIZZI G./MOLTENI M., Analisi di bilancio e diagnosi strategica, Etas Libri, Milano, 1991.

MARANGONIA., Crisi e ristrutturazione del settore cartario italiano, in "Finanza marketing e produzione", n. 1, 1990.

SCIARELLI S., La crisi d'impresa, Cedam , Padova, 1995.

VITALONE V., Il nuovo concordato preventivo. Commento alle novità introdotte dal decreto "competitività", Milano, Il Sole 24 Ore, 2005.

I tributi ambientali ed il principio di capacità contributiva

di Alessia Delli Carri

Sommario: 1) Premessa. L'ordinamento tributario e l'evoluzione dei tributi ambientali. 2) La capacità contributiva come principio cardine dell'ordinamento tributario. 3) Il coordinamento tra prelievi ambientali e capacità contributiva. 4) Conclusioni.

1) Premessa. L'ordinamento tributario e l'evoluzione dei tributi ambientali.

La tutela ambientale concepita come lo scopo di determinati tributi, deve essere coerente con i principi fondamentali del diritto tributario affinché questo strumento sia legittimo e venga preteso dai soggetti passivi.

Tra i principi giuridici che devono essere rispettati per tutte le tipologie di tributi, deve essere senz'altro annoverato quello di capacità contributiva espresso dall'art. 53, comma 1, della Costituzione in base al quale *“Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”*. Principio, questo che rappresenta il parametro ed il limite per l'applicazione del tributo al singolo soggetto.

Infatti, insorge l'obbligo di imposizione tributaria solamente nel

caso in cui vi sia un indice di capacità contributiva in grado di esprimere direttamente o indirettamente la capacità economica del soggetto.

La capacità contributiva è la capacità economica del soggetto che viene ravvisata negli indicatori del reddito posseduto dal soggetto, l'incremento del patrimonio, il valore della produzione o il consumo.

Per quanto riguarda i tributi ambientali molto spesso il presupposto non è dato dalla presenza di capacità contributiva secondo gli indici tradizionali, ma dalla realizzazione di un determinato comportamento dannoso per l'ambiente che sia in grado di motivare la differente tassazione.

Ed il che ha posto non pochi problemi circa la *reconductio ad constitutionem* di quei tributi ambientali la cui meritevolezza e necessità nel nostro ordinamento si è fatta sentire sempre di più col passare del tempo a seguito dell'importanza della tutela del “bene ambiente”.

A tal riguardo, occorre preliminarmente precisare che inizialmente i tributi ambientali impiegati erano i tributi con funzione ambientale, intesi sia come tributi di scopo e sia come tributi con finalità extrafiscale.

Nei primi, la funzione ambientale è ravvisata nella destinazione del

gettito raccolto ad opere o servizi di tutela dell'ambiente sulla base di un presupposto rispondente ai tradizionali indici di ricchezza; nei secondi con finalità extrafiscale, invece, la tutela ambientale è perseguita in aggiunta all'ottenimento della finalità fiscale per cui sono stati istituiti.

Infatti si basano sul tradizionale presupposto della ricchezza al fine di ottenere gettito, ma allo stesso tempo in quanto creano un aggravio dei costi, possono ottenere una finalità ambientale di direzione o disincentivo di alcune attività dannose per l'ambiente.

La logica sottostante a questi tributi presuppone una penalizzazione di alcune attività particolarmente dannose e che vogliono essere ridotte.

In tali casi, l'ambiente rimane una finalità politico sociale aggiuntiva che viene realizzata in modo indiretto, rimanendo esterno alla definizione del tributo stesso.

Con i tributi ambientali con finalità extrafiscale il presupposto di tassazione è rappresentato dalle attività che producono emissioni negative o beni inquinanti, o di attività che sfruttano i beni naturali presenti in misura limitata. Non si basano direttamente sulla diretta produzione di emissioni o dei beni inquinanti o il diretto consumo delle risorse naturali esauribili.

In quest'ultima ipotesi la tutela

dell'ambiente diviene il presupposto stesso, l'ambiente diventa interno al tributo.

Quindi, non si considera più il tributo nei confronti dell'ambiente con funzione risarcitoria o indennitaria per i danni commessi come previsto dal principio "chi inquina paga", ma si introduce una nuova considerazione del tributo che può adempiere anche ai principi di prevenzione in quanto il presupposto è rappresentato dalla tutela dell'ambiente stessa.

Ed è proprio con riferimento a questa tipologia di tributi che si è posto il problema di individuare un necessario fondamento e collegamento con il principio di capacità contributiva.

2) La capacità contributiva come principio cardine dell'ordinamento tributario.

Il problema della compatibilità tra tributi ambientali e capacità contributiva, va risolto partendo dall'interpretazione che viene data a quest'ultima e al limite posto dallo stesso principio.

L'art. 53 della Costituzione¹ è

¹ La capacità contributiva appare, ai primi commentatori, come una "scatola vuota". La tesi svalutativa del principio, però, non attecchì e la letteratura più attenta, come la giurisprudenza della C. cost., propose interpretazioni volte a riempire quella "scatola" di contenuti pregnanti (GIARDINA, E., *LE BASI TEORICHE DEL PRINCIPIO DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA*, MILANO, 1961; LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SI PUÒ VEDERE RICHIAMATA IN BATISTONI FERRARA, F., *COMM. COST. BRANCA*, SUB ART. 53, BOLOGNA-ROMA, 1994, E IN DE MITA E., *FISCO*

una norma cardine dell'ordinamento tributario che è costituisce espressione di una regola fondamentale che presiede la ripartizione dei tributi tra i consociati nonché il fondamento e il limite di ogni prelievo fiscale².

Visto come criterio di riparto dei carichi pubblici³, il principio ha un doppio volto: da un lato vincola il legislatore a riportare il presupposto oggettivo dei tributi all'attitudine dei singoli; dall'altro, vincola questi a contribuire alle spese pubbliche in ragione, proprio, della loro attitudine personale⁴.

E COSTITUZIONE, MILANO, 1984 E 1993). PER UNA PANORAMICA SULL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA SI VEDA DE MITA E., CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN RASS. TRIB., 1987, I, PP. 45 E SS.; MARONGIU G., IL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, IN DIR. PRAT. TRIB., 1985, I, PP. 6 E SS.; LA ROSA S., COSTITUZIONE, CORTE COSTITUZIONALE E ORDINAMENTO TRIBUTARIO, IN DIR. PRAT. TRIB., 1985, I, PP. 233 E SS.; SCHIAVOLIN R., IL "NEW DEAL" DELLA CORTE COSTITUZIONALE, IN RASS. TRIB., 1988, II, PP. 504 E SS. 196; SELICATO P., LA TASSAZIONE AMBIENTALE: NUOVI INDICI DI RICCHEZZA, RAZIONALITÀ DEL PRELIEVO E PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO, IN RIV. DIR. TRIB. INT., 2004, N. 2-3, 261, IL QUALE HA Affermato CHE "VA ANCHE RICORDATO CHE LA SCELTA DEL LEGISLATORE COSTITUENTE PER LA CODIFICAZIONE DEL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA HA RAPPRESENTATO IL DEFINITIVO ABBANDONO DEGLI ALTRI CRITERI ELABORATI DALLA DOTTRINA ECONOMICO-FINANZIARIA NEL PERIODO COMPRESO TRA I DUE CONFLITTI MONDIALI PER FONDARE LA RIPARTIZIONE DEI CARICHI PUBBLICI, QUALI LE TEORIE DELLA CORRISPETTIVITÀ E DEL BENEFICIO, CHE PURE HANNO ISPIRATO, DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA NOSTRA COSTITUZIONE, ISOLATE CORRENTI DEL PENSIERO GIURIDICO TRIBUTARIO, PER LE QUALI LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA DOVEVA ESSERE IDENTIFICATA NEL GODIMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI E CHE TUTTORA ALIMENTANO L'INTERESSE DEGLI STUDIOSI DELLA FINANZA PUBBLICA, ATTRATTI DALL'IDEA DI POTER UTILIZZARE QUESTI CRITERI COME FONDAMENTO DI UN SISTEMA FEDERALE DI RIPARTO DEL PRELIEVO FISCALE".

2 MOSCHETTI F., IL PRINCIPIO DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, PADOVA, 1973, 26.

3 FEDELE, A., LA FUNZIONE FISCALE E LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA, IN DIRITTO TRIBUTARIO E CORTE COSTITUZIONALE, NAPOLI, 2007, 14 SS.

4 Sul ruolo primariamente garantistico, cfr. DE MITA E., IL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN INTERESSE FISCALE E TUTELA DEL CONTRIBUENTE, MILANO, 1991, 33.

Tale norma, quindi, svolge sia una funzione di tipo garantista a tutela del contribuente, in quanto la potestà impositiva non può ledere la disponibilità reddituale e patrimoniale del singolo a favore del finanziamento delle spese pubbliche⁵; sia una funzione di tipo "solidarista", dal momento che "l'obbligo" tributario rientra tra i doveri inderogabili di cui all'art. 2 della Costituzione.

Il principio, allora, se obbliga i consociati al rispetto del dovere, costituisce contemporaneamente un presidio affinché essi siano tassati solo per fatti economici espressivi di capacità contributiva: la commisurazione del carico tributario su ciascun soggetto deve essere parametrata alla sua condizione individuale, senza che su quella commisurazione possano incidere ricchezze da altri prodotte⁶.

Occorre ancora precisare che non tutti gli elementi espressivi di capacità economica fanno emergere fatti assoggettabili ad imposizione. Il riferimento è all'impossibilità di tassare il c.d. minimo vitale ovvero quel reddito minimo, appena sufficiente a garantire una vita libera e dignitosa per il suo possessore e per i suoi familiari, il quale è

5 MOSCHETTI F. - TOSI L., LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, PADOVA, 1993; GAFFURI F., L'ATTITUDINE ALLA CONTRIBUZIONE, MILANO, 1969, 88 SS.; MARONGIU G., I FONDAMENTI COSTITUZIONALI DELL'IMPOSIZIONE TRIBUTARIA. PROFILI STORICI E GIURIDICI, TORINO, 1991.

6 Corte cost., 15 luglio 1976, n. 179. In dottrina, cfr. MOSCHETTI F., IL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, ESPRESSIONE DI UN SISTEMA DI VALORI CHE INFORMA IL RAPPORTO TRA SINGOLO E COMUNITÀ, IN DIRITTO TRIBUTARIO E CORTE COSTITUZIONALE, A CURA DI PERRONE L.-BERLIRI, C., NAPOLI, 2006, 45 SS.

manifestazione di capacità economica ma non, appunto, di quella contributiva⁷.

La contribuzione obbligatoria affonda le proprie radici nell'idea che essa sia finalizzata al soddisfacimento di bisogni della collettività organizzata in adempimento di un dovere inderogabile, in quanto *“la ricchezza del soggetto rileva non solo come diritto, ma anche come dovere per la realizzazione di fini comuni”*⁸.

Il che ha fatto ritenere che la ricchezza del singolo non sia soltanto privata, ma, in parte, anche pubblica, poiché *“appartenente”* allo Stato qualificato come collettività in quanto *“utilizzata”* per la distribuzione del carico, al quale si collega l'interesse di *“tutti”* affinché quel dovere venga assolto

7 Corte cost., 10 luglio 1968, n. 97 *“È vero, invece, che l'art. 53 della Costituzione, nello stabilire che tutti devono concorrere alla spesa pubblica, fa riferimento alla “capacità contributiva” dei soggetti, e con ciò, mentre da un lato impone che a maggior capacità corrisponda un maggior concorso da realizzarsi col criterio della progressività al quale il sistema tributario deve ispirarsi, esclude, dall'altro, che l'obbligo tributario possa sorgere ove tale capacità manchi del tutto. In altri termini, come è stato affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, la capacità contributiva costituisce presupposto di legittima imposizione e, solo ove sia presente, diventa metro di determinazione della quantità di imposta dovuta. Da ciò deriva che essa non coincide affatto con la percezione di un qualsiasi reddito e che vi è soggezione all'imposizione solo quando sussista una disponibilità di mezzi economici che consenta di farvi fronte”*.

8 MOSCHETTI F., PROFILI GENERALI, IN MOSCHETTI F., LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, PADOVA, 1993, 18-19; MANZONI I., IL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO, TORINO, 1965, 185 ss.; BATISTONI FERRARA F., CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN ENC. DIR., AGG., III, MILANO, 1999, 345 ss.; ANTONINI L., DOVERE TRIBUTARIO, INTERESSE FISCALE E DIRITTI COSTITUZIONALI, MILANO, 1996, 200 ss. e 347 ss.; TESAURO F., ISTITUZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO, I, TORINO, 2011, 63 ss.; GIOVANNINI A., PRINCIPI COSTITUZIONALI E NOZIONE DI COSTO NELLE IMPOSTE SUI REDDITI, IN RASS. TRIB., 2011, 609 ss.

dai singoli nella misura da *“loro”* dovuta⁹.

Dal combinato disposto degli artt. 2 e 53 Cost., si evince, poi, che il dovere tributario non trova la sua ragione in un rapporto commutativo tra singolo e Stato, proprio perché non si adempie perché si riceve, bensì perché si *“contribuisce”* alle esigenze e alla sopravvivenza di una comunità organizzata della quali si è membri¹⁰.

Così come autorevolmente sostenuto, *“il dovere giuridico singolo si diluisce e si fonde nel dovere di tutti e la distribuzione del carico non solo lascia il terreno della singola obbligazione giuridica per entrare nella dimensione macroeconomica e della finanza pubblica, ma può essere perfino guardata, quella distribuzione, dalla prospettiva opposta: anziché dell'imposizione, dalla prospettiva della spesa pubblica”*¹¹.

La necessità di ripartire secondo criteri *“razionali”* (e dunque *“equi”*) gli oneri collettivi, si risolve conseguentemente nella fissazione ed attuazione di chiari criteri distributivi dei

9 VANONI E., ELEMENTI DI DIRITTO TRIBUTARIO, PADOVA, 1940, 47 ss., FALSITTA G., NATURA E FUNZIONE DELL'IMPOSTA, CON SPECIALE RIGUARDO AL FONDAMENTO DELLA SUA *“INDISPONIBILITÀ”*, IN PROFILI AUTORITATIVI E CONSENSUALI DEL DIRITTO TRIBUTARIO, A CURA DI LA ROSA, S., MILANO, 2008, 68).

10 FEDELE A., CORRISPETTIVI DI PUBBLICI SERVIZI, PRESTAZIONI IMPOSTE, TRIBUTI, IN RIV. DIR. FIN., 1971, II, 27 ss.; SI RIFERISCE *“ALL'INTERESSE INDIVIDUALE ALLA FUNZIONE RIPRODUTTIVA DEI PUBBLICI SERVIZI”*, BERLIRI, LA GIUSTA IMPOSTA, MILANO, 1975, 56).

11 GIOVANNINI A., CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN ENC. GIUR. TRECCANI, DIRITTO ONLINE, ROMA, 2013, IL QUALE RICHIAMA BERGONZINI E., I LIMITI COSTITUZIONALI QUANTITATIVI DELL'IMPOSIZIONE FISCALE, I E II, NAPOLI, 2011.

carichi pubblici tra i consociati, che siano però anche funzionali alla riduzione di disuguaglianze ed ingiustizie strutturali nella ripartizione soggettiva del prodotto sociale.

Il tutto nell'ottica di un modello di finanza "funzionale", volta anche a rimuovere gli ostacoli economici che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei singoli, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, e, che punta ad una politica fiscale e di bilancio rivolta alla realizzazione di finalità non soltanto tributarie, ma anche redistributive sia del carico tributario che della ricchezza¹².

Com'è stato ripetutamente affermato dalla dottrina, la capacità contributiva deve essere desumibile da un presupposto economico¹³ che è l'espressione dell'idoneità del soggetto ad eseguire la prestazione coattivamente imposta.

A questo punto occorre capire quale siano elementi in grado di esprimere, nella sua oggettività, la forza o capacità economica riconnessi all'art. 53 Cost.

La Dottrina¹⁴ nel corso degli anni ha teorizzato una nozione di indici diretti ed indiretti di capacità contributiva, dalla quale trarre fondamento nell'ambito dell'imposizione tributaria.

Sono indici diretti di capacità

12 GALLO F., L'UGUAGLIANZA TRIBUTARIA, NAPOLI, 2012, 19 ss.

13 MOSCHETTI F - TOSI L., LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA", PADOVA, 1993.

14 Cfr. DE MITA E., CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN DIG. COMM., II, TORINO, 1987, 454 ss.

contributiva¹⁵, in quanto manifestazioni o espressioni immediate e reali della ricchezza dei soggetti: il reddito, ovvero una ricchezza nuova che si aggiunge ad una ricchezza preesistente (quindi è la visione della ricchezza nel suo divenire - la sua visione dinamica); il patrimonio¹⁶ (e il suo incremento di valore), ovvero ciò che un soggetto possiede in un determinato istante (quindi la visione storica della ricchezza).

A questa lettura tradizionale della capacità contributiva deve essere affiancata una, per così dire, "innovativa" (perché più recente) o quantomeno più ampia, in base alla quale la capacità di concorrere alle spese pubbliche è rivelata dall'esistenza di una posizione di vantaggio economicamente valutabile che può essere espressa anche da presupposti diversi da quelli aventi consistenza patrimoniale o reddituale¹⁷.

15 Secondo Berliri la totale assenza di questi indici impedisce la partecipazione alla ripartizione delle imposte e inibisce l'assunzione della veste di "contribuente". FALSITTA G., IL DOPPIO CONCETTO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA", IN RIV. DIR. TRIB., 2004, p.890 ss.

16 Sul patrimonio costituisca quale indice di capacità contributiva si veda per tutti MOSCHETTI F., PROFILI, IN TRATTATO DI DIRITTO TRIBUTARIO, DIRETTO DA A. AMATUCCI, PADOVA, 1994, 249.

17 Cfr. GALLO F., RATIO E STRUTTURA DELL'IRAP, IN RASS. TRIB., 1998, 632 ss.; ID., IMPOSTA REGIONALE SULLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE E PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN GIUR. COMM., 2002, 131 ss.; ID., IMPOSTA REGIONALE SULLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE (IRAP), IN ENC. DIR., VOL. V, AGGIORNAMENTO, MILANO, 2003, 663 ss.; ID., LE RAGIONI DEL FISCO. ETICA E GIUSTIZIA NELLA TASSAZIONE, BOLOGNA, 2011, 83 ss.; ID., L'ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO E L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO TRIBUTARIO, IN GIUR. COMM., 2009, I, 558 ss; FEDELE A., GLI INCREMENTI <<NOMINALI>> DI VALORE NELL'INVIM ED IL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN RIV. DIR. FIN. SC. FIN., 1982, I, 61 ss; ID., LA FUNZIONE FISCALE E LA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA, IN AA.VV. DIRITTO TRIBUTARIO E CORTE COSTITUZIONALE (A CURA DI L. PERRONE E C. BERLIRI), NAPOLI, 2006, 11 ss..

Secondo questa linea teorica, l'obiettivo costituzionale espresso anche dall'art. 53 di raggiungere attraverso l'imposta la riduzione delle disuguaglianze¹⁸, può essere raggiunto non soltanto, indirettamente, con la redistribuzione della ricchezza, ma anche, direttamente, colpendo determinate posizioni di vantaggio che fanno capo ai singoli consociati¹⁹.

Sicuramente la funzione primaria dell'imposta deve sempre essere quella di concorso alle spese pubbliche ma, nell'individuare gli indici di riparto, il legislatore può ben scegliere indici che valgano a garantire una più piena realizzazione delle uguaglianza tra consociati²⁰. E ciò può essere fatto anche avendo riguardo all'effetto che il pagamento del tributo provoca in capo a chi è tenuto a pagarlo.

Quanto all'individuazione delle posizioni di vantaggio suscettibili di

essere prese in considerazione dal legislatore tributario, la dottrina²¹ ha ritenuto che le stesse non debbano essere individuate solo gli indici di ricchezza economica, ma anche con una serie di fattori ulteriori, distinti dai predetti indici, quali ad esempio la salute, l'istruzione, la qualità dell'ambiente ecc.²².

Pertanto è evidente che l'interpretazione della capacità contributiva soffre il limite derivante dall'interpretazione tradizionale del principio, in base alla quale il reddito ed il patrimonio sono gli unici indicatori della situazione di benessere del soggetto.

Ciò che, invece, viene messo in risalto dalla lettura "innovativa" dell'art. 53 Cost. è quel "*potere interno dell'individuo, insieme con la presenza di tutta una serie di condizioni esterne che rendono possibile l'esplicarsi di certi funzionamenti*"²³, dal momento che a parità di ricchezza, un soggetto può comunque ancora dirsi avvantaggiato (o svantaggiato) rispetto ad un altro se si ha riguardo ad ulteriori fattori²⁴.

18 Sul tema si veda DE MITA E., LIBERTÀ DI PENSIERO E OBIZIONE FISCALE, IN INTERESSE FISCALE E TUTELA DEL CONTRIBUENTE. LE GARANZIE COSTITUZIONALI, MILANO, 2000, 521 ss.

19 Cfr. FEDELE A., LA FUNZIONE FISCALE E LA <<CAPACITÀ CONTRIBUTIVA>>, CIT., 10, SECONDO CUI "ANCHE I CRITERI DISTRIBUTIVI DEI CARICHI PUBBLICI SONO CONDIZIONATI DAI FINI E DAI VALORI PERSEGUITI E PROMOSSI DALLA COSTITUZIONE E DOVREBBERO CONCORRERE A MODIFICARE, CONSEGUENTEMENTE, I PREESISTENTI ASSETTI SOCIALI ED ECONOMICI".

20 Come ricorda FALSITTA G., MANUALE DI DIRITTO TRIBUTARIO, PARTE GENERALE, PADOVA, 2016, 157, PROPRIO TRATTANDO IL TEMA DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA "COMPITO DELLO STATO NON È (...) UNICAMENTE QUELLO DI GARANTIRE L'UGUAGLIANZA FORMALE DEI CITTADINI DAVANTI ALLA LEGGE, MA VI È PIÙ QUELLO DI ASSICURARE L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE DEI CITTADINI STESSI, CORREGGENDO GLI SQUILIBRI SOCIALI DOVUTI A SITUAZIONI SPEREQUATE DI PARTENZA". È SINGOLARE OSSERVARE COME QUESTA AFFERMAZIONE, FATTA DAL PIÙ CONVINTO SOSTENITORE DELLA LETTURA TRADIZIONALE DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, SUONA PURE COME UNA PERFETTA SPIEGAZIONE DELLA RAGIONI PER LE QUALI SIA DA PREFERIRE LA LETTURA INNOVATIVA DEL PRINCIPIO IN PAROLA.

21 GALLO F., LE RAGIONI DEL FISCO, BOLOGNA, 2011, 84-85.

22 Cfr. sull'argomento SEN A., L'IDEA DI GIUSTIZIA, MILANO; ID., LA DISEGUAGLIANZA. UN RIESAME CRITICO, BOLOGNA, 2010; NUSSBAUM M., CREARE CAPACITÀ. LIBERARSI DALLA DITTATURA DEL PIL, BOLOGNA, 2012.

23 Così MAGNI S. F., *ETICA DELLE CAPACITÀ. LA FILOSOFIA PRATICA DI SEN E NUSSBAUM*, BOLOGNA, 2006, 20-21. SI VEDA PURE LA VOCE DI ROBEYNS I., "THE CAPABILITY APPROACH", IN *STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY*, 2011.

24 Osserva SEN A., L'IDEA DI GIUSTIZIA, CIT., PAG. 244 CHE "SE, PER ESEMPIO, UN INDIVIDUO DISPONE DI UN REDDITO ELEVATO, MA È ANCHE PREDISPOSTO A CONTRARRE MALATTIE PERMANENTI O SOFFRE GIÀ DI QUALCHE MENOMAZIONE FISICA, PROBABILMENTE EGLI NON DOVRÀ ESSERE RITE-

3) Il coordinamento tra prelievi ambientali e capacità contributiva.

Il problema di compatibilità tra Costituzione e capacità contributiva, si pone con particolare attenzione per le imposte ambientali in senso stretto, il cui presupposto è rappresentato dalle risorse ambientali o le emissioni prodotte che hanno un legame diretto con il degrado dell'ambiente

Con riferimento ad esse le considerazioni sin qui svolte, consentono di giungere a un fondamentale dato di fondo: la lettura tradizionale del principio di capacità non consente di individuare il punto di contatto tra questa e i prelievi ambientali.

Essa sembrerebbe, difatti, non lasciare spazio ad tributo, come quello ambientale, in cui il presupposto consiste nella immissione nell'ambiente di sostanze inquinanti²⁵ dal momento che, secondo tale concezione, il concorso alle spese pubbliche in tanto si può giustificare in quanto il presupposto di fatto del tributo contenga in sé l'elemento di ricchezza necessario per poter pagare

NUTO MOLTO AVVANTAGGIATO SOLO PERCHÉ IL SUO STIPENDIO È ALTO. INDUBBIAMENTE È IN POSSESSO DI UNO DEI MEZZI CHE GLI CONSENTONO DI VIVERE BENE (UN REDDITO ELEVATO), MA, A CAUSA DELLE MALATTIE O DELLA MENOMAZIONE FISICA, TRADURRE IL PROPRIO REDDITO IN UNA VITA BUONA (UNA VITA DI CUI COMPIACERSI) GLI RISULTA DIFFICILE”.

25 Per una siffatta considerazione si veda, per tutti, BATISTONI FERRARA F., I TRIBUTI AMBIENTALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, IN RIV. DIR. TRIB., 2008, I, PAG. 1092.

l'imposta²⁶.

Orbene, è quindi a quella su richiamata lettura “innovativa” della capacità contributiva²⁷ che si deve guardare qualora si voglia trovare un fondamento costituzionale del tributo ambientale, a patto di verificare l'esistenza di una posizione di vantaggio e la misurabilità economica di tale posizione.

In taluni atti e comportamenti ecologicamente rilevanti si possano rinvenire indici capaci di giustificare l'istituzione di un apposito tributo ovvero di influire sulla quantificazione dell'imponibile o dell'imposta.

Da questo punto di vista, la base imponibile del tributo ambientale è data da una unità fisica che ha un provato e specifico impatto negativo sull'ambiente e che si giustifica col fatto che i tributi possono conseguire altri fini oltre a quelli

26 Parte della dottrina, al fine di ricondurre i tributi ambientali all'art. 53 Cost., ha ricondotto gli stessi ad un modello di imposta di scopo, in cui lo scopo ambientale rileverebbe come fine extrafiscale del tributo senza penetrare nel presupposto che rimarrebbe retto esclusivamente dal principio di capacità contributiva intesa come capacità economica. Come è stato autorevolmente sostenuto, “se si vuol tentare di individuare una categoria tecnica di tributo ambientale, occorre definire la nozione riferendola soltanto alle misure che si esprimono nell'imposizione di prestazioni pecuniarie di carattere coattivo che non giustificare da un'espressione di capacità contributiva intesa come idoneità a concorrere alle spese pubbliche, espressa da forza economica del soggetto passivo, ma riferibili proprio e soltanto al principio chi inquina paghi”. VERRIGNI C., LA RILEVANZA DEL PRINCIPIO COMUNITARIO “CHI INQUINA PAGA” NEI TRIBUTI AMBIENTALI, IN RASS. TRIB., 2003, 1638

27 Giunge alla conclusione che i tributi ambientali siano compatibili con l'art. 53, comma 1 Cost., passando per l'accettazione della lettura “innovativa” di tale norma, SELICATO P., IMPOSIZIONE FISCALE E PRINCIPIO “CHI INQUINA PAGA”, IN RASS. TRIB., N. 4, 2005, 1169-1170.

propriamente di gettito, tra i quali può rientrare anche quello ambientale.

Pertanto, non si può escludere che a prescindere da motivazioni di natura strettamente fiscale, si possano realizzare anche ulteriori benefici connessi a finalità diverse come “*permettere lo sviluppo economico compatibile con l'utilizzazione delle risorse naturali del territorio*”²⁸, esigenza costituzionalmente rilevante perseguita dalla Costituzione²⁹.

Di conseguenza anche i tributi ambientali basati sul presupposto di un comportamento dannoso sono legittimi alla luce del principio del beneficio. In particolare il soggetto che utilizza l'ambiente o lo danneggia ottiene un beneficio inteso sia come profitto e sia come un risparmio di costi.

Infatti il soggetto ottiene un profitto economico dall'utilizzo di una risorsa ambientale oppure ottiene un risparmio di costo legato ai costi non sostenuti per investire in macchinari o impianti rispettosi dell'ambiente.

Allo stesso tempo l'emissione di sostanze dannose nello svolgimento di attività economiche, presuppone la presenza di ricchezza e dunque la possibilità di adempiere all'obbligazione. Il comportamento dannoso cagiona

un aggravio sui costi sociali sostenuti dalla collettività e quindi è chiamato a risponderne in prima persona.

Può essere utile, per comprendere l'essenza del rapporto esistente tra presupposto del tributo ed ambiente, riprendere anche i risultati raggiunti dalla dottrina con riferimento al problema della legittimità costituzionale delle agevolazioni tributarie e, più in generale, dell'utilizzo extrafiscale dei tributi³⁰.

In tale ottica, pertanto, il prelievo viene considerato non soltanto come uno strumento per realizzare il concorso alle spese pubbliche richiesto dall'art. 53 della Costituzione, ma anche come mezzo per realizzare altre finalità, rispetto alle quali esso assume carattere strumentale³¹.

Ne deriva che l'art. 53 Cost. “*non impedisce di operare valutazioni diversificate della capacità contributiva di soggetti aventi eguale capacità economica per soddisfare le esigenze*

30 Per una approfondita ed aggiornata disamina del problema si vedano LA ROSA S., LE AGEVOLAZIONI TRIBUTARIE, IN TRATTATO DI DIRITTO TRIBUTARIO A CURA DI AMATUCCI, MILANO, VOL. I, P. 401; FICHERA F., LE AGEVOLAZIONI FISCALI, PADOVA, 1992.

31 Queste argomentazioni sono da tempo state sostenute da AMATUCCI A., QUALITÀ DELLA VITA INTERESSI DIFFUSI E CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN RIV. DIR. FIN. SC. FIN., I, 1975, P. 351, PER IL QUALE “L'UTILIZZAZIONE DEL TRIBUTO QUALE STRUMENTO DI POLITICA AMBIENTALE PRESUPPORREBBE, QUALE CONDIZIONE DI LEGITTIMITÀ, LA CAPACITÀ INQUINATRICE, CHE OVVIAMENTE SAREBBE SOLO POTENZIALE, SE LA LEGGE ISTITUTIVA PERSEGUISSSE IL FINE DI DISINCENTIVARE IL COMPORTAMENTO COINCIDENTE COL PRESUPPOSTO”. LO STESSO CONCLUDE NEL SENSO CHE LA QUALIFICAZIONE ECOLOGICA DEL PRESUPPOSTO DI IMPOSTA NON ESIME IL LEGISLATORE ORDINARIO DAL RISPETTO DELL'ART. 53 COST., POICHÉ “IL RIFERIMENTO ALLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA INTEGRA PERCIÒ LE GARANZIE DELLE LIBERTÀ CIVILI E POLITICHE CHE CONCORRONO A FORMARE LA PERSONALITÀ DEL CITTADINO NELL'AMBITO DEL NUOVO MODELLO SOCIALE IMPOSTO DALLA COSTITUZIONE”.

28 ALFANO R., L'APPLICAZIONE DEI TRIBUTI AMBIENTALI NEL NUOVO CONTESTO DELLA FINANZA REGIONALE, IN TRIBUTIMPRESA, 4, 2004, 17 E SS.

29 SELICATO P., FISCALITÀ AMBIENTALE E COSTITUZIONE, IN F. PICCIAREDDA – P. SELICATO, I TRIBUTI E L'AMBIENTE, MILANO, 1996, 106.

*di indirizzo politico perseguite dal legislatore*³².

Quindi, da un lato sarà possibile individuare una minore attitudine alla contribuzione in un soggetto il quale, pure in presenza di una identica misura della base imponibile, ha realizzato il presupposto del tributo con un'attività meno nociva per l'ambiente di quella svolta da altri; dall'altro si potrà colpire con un tributo di maggiore entità il contribuente che abbia prodotto una base imponibile di identica misura attraverso un'attività ecologicamente più dannosa.

Precisi riferimenti ai rapporti tra l'art. 53 e gli altri valori costituzionalmente garantiti possono essere desunti da quanto osserva A. Amatucci³³, il quale, accogliendo la nozione giuridica di ambiente qui delineata con riferimento agli articoli 9 e 32 della Costituzione, afferma che *“la tutela degli interessi diffusi in materia ambientale, in quanto indirettamente garantiti da altre norme costituzionali, si pone accanto al fine del finanziamento delle spese pubbliche, cui tutti sono tenuti in ragione della loro*

capacità contributiva”.

Nell'ambito del rapporto tra tributi ambientali e capacità contributiva, un altro profilo meritevole di approfondimento è quello che riguarda l'inquadramento costituzionale dei tributi latamente riconducibili ad un rapporto commutativo, come quelli della specie tassa.

Difatti una parte della dottrina sostiene che la rilevanza economica del presupposto ambientale potrebbe anche non essere presa in considerazione, se la fiscalità ambientale dovesse agire attraverso lo strumento della tassa³⁴.

Questa posizione, però, trova il suo pieno fondamento a patto che si faccia riferimento alla nomenclatura classica e, dunque, ai tributi commutativi³⁵, dove il presupposto della c.d. “ecotassa” potrebbe caratterizzarsi nella mera richiesta di risanamento del danno ambientale³⁶.

4) Conclusioni.

Quanto sin qui spiegato consente di affermare che l'ambiente non è più solo un valore costituzionale extra-fiscale

32 LA ROSA S., ESENZIONI ED AGEVOLAZIONI TRIBUTARIE, IN ENC. GIUR., VOL. XIII, ROMA, 1989, 200. NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SI VEDA IN TAL SENSO LA SENTENZA N. 42 DEL 26 MARZO 1980, IN GIUR. IT., FASC. 12, 1980, P. 1797 E SS., CON NOTA DI FEDELE A., LA DISCRIMINAZIONE DEI REDDITI DI LAVORO AUTONOMO ED I PRINCIPI DI EGUALIANZA E DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA. IN QUESTA PRONUNCIA LA CORTE, DICHIARANDO L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ILOR SUI REDDITI DI LAVORO AUTONOMO, POSE IN EVIDENZA COME PER REDDITI DI IDENTICO AMMONTARE POTESSE SUSSISTERE UNA DIVERSA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA IN PRESENZA DI UNA DIVERSITÀ DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA BASE IMPONIBILE

33 AMATUCCI A., QUALITÀ DELLA VITA, CIT., P. 412,

34 GALLO - MARCHETTI, I PRESUPPOSTI DELLA TASSAZIONE AMBIENTALE, IN RASS. TRIB., 1999, I, 136.

35 Sul punto si veda RUSSO P., MANUALE DI DIRITTO TRIBUTARIO, MILANO, 1996, 23 ss.

36 Sul rapporto tra funzione solidaristica e criterio di riparto dei carichi pubblici si infra multis DE MITA E., CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN DIG. DISC. PRIV., TORINO, 1965; FALSITTA G., IL DOPPIO CONCETTO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, IN RIV. DIR. TRIB., 2004, 889; GAFFURI F., L'ATTITUDINE ALLA CONTRIBUZIONE, MILANO, 1969; E. GIARDINA, LE BASI TEORICHE DEL PRINCIPIO DI CAPACITÀ CONTRIBUTIVA, MILANO, 1961.

del prelievo, ma diventa fatto indice di capacità contributiva economicamente valutabile.

Si è giunti, così, anche per il tramite dell'interpretazione più "innovativa" della capacità contributiva a configurare non più solo a forme di imposizione indiretta sui consumi, ma anche forme di imposizione ambientali basate sul consumo di risorse naturali e sui danni arrecati all'ambiente quali indici di capacità contributiva o sullo sfruttamento di risorse scarse (ottica commutativa).

La capacità contributiva, anche in relazione ai tributi extrafiscali, permette di parametrare l'imposizione al diverso costo ambientale dell'attività tassata, purché il trattamento differenziato sia coerente, congruo, ragionevole e non sproporzionato rispetto allo scopo.

Quello che è necessario è che ci sia una corrispondenza razionale ed equilibrata tra il valore dell'attività economica ed il costo dell'inquinamento che il tributo colpisce.

Proprio in tale visione possiamo prendere in considerazione il criterio del "beneficio", in virtù del quale si giustifica l'imposizione su un soggetto e non su un altro anche se entrambi dotati di medesima capacità contributiva, in ragione di quell'effetto che il contribuente trae dall'uso di un servizio o di un bene pubblico, il cui costo è sopportato dalla collettività e che è anche presupposto del

tributo.

Il contribuente avrebbe, così, una posizione di vantaggio economicamente valutabile, con la precisazione che tale posizione di vantaggio può ben essere espressa anche da presupposti diversi da quelli aventi consistenza patrimoniale o reddituale.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE
DI MILANO

SEZIONE 7

riunita con l'intervento dei Signori:

<input type="checkbox"/>	BUCCINO	ALESSANDRO	Presidente e Relatore
<input type="checkbox"/>	OCELLO	MARIA	Giudice
<input type="checkbox"/>	LABRUNA	SALVATORE	Giudice
<input type="checkbox"/>			

ha emesso la seguente

SENTENZA

- sull'appello n.
depositato il 2

- avverso la sentenza emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale
di MILANO
contro:
AG. ENTRATE DIREZIONE PROVINCIALE II DI MILANO

proposto dagli appellanti:

difeso da:

difeso da:

Atti impugnati:
AVVISO DI ACCERTAMENTO
AVVISO DI ACCERTAMENTO
AVVISO DI ACCERTAMENTO
AVVISO DI ACCERTAMENTO

IRPEF-LAV.AUTON 2009
IVA-ALIQUEUTE 2009
IVA-OP.NON IMP. 2009
IRAP 2009

SEZIONE

N° 7

REG.GENERALE

N° 2604/2016

UDIENZA DEL

23/06/2016 ore 15:00

N°

4183/2016

PRONUNCIATA IL:

23.06.2016

DEPOSITATA IN
SEGRETERIA IL

14.07.2016

Il Segretario

Maria Silvie
A. Di Vincenzo

OGGETTO DELLA DOMANDA, SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 16/04/2015 la C.T.P. di Milano, sez. 35, si pronunciava sul ricorso n.10074/14, proposto da
avverso avviso di accertamento con il quale l'Agenzia delle Entrate,
Direzione Provinciale II di Milano, accertava, per l'anno d'imposta 2009, ai sensi dell'art. 32
D.P.R. 600/73 un reddito netto di € 996.997,04. Detta sentenza, n.8035/35/15, depositata il
13/10/2015, con la quale la Commissione **respingeva il ricorso condannando il ricorrente alle
spese di giudizio liquidate in complessivi € 1.500, onorari compresi oltre accessori di legge,**
veniva appellata dal contribuente (con atto n. 2604 del 29/04/2016, con i seguenti
motivi: **1.** violazione e/o erronea e/o falsa applicazione e/o interpretazione da parte della CTP di
Milano delle norme di cui all'art.42, comma I del D.P.R. 600/73 in materia di carenza di potere e/o
difetto di firma e/o procura del soggetto firmatario e/o per inesistenza e/o incompletezza della
delega nonché per mancata allegazione della delega integrale all'atto impto-esattivo notificato al
contribuente ed opposto; **2.** nullità e/o illegittimità della sentenza emessa dalla CTP di Milano per
violazione e/o falsa applicazione degli artt. 132, 134 c.p.c., 118 comma I disp.att. c.p.c., 111 comma
VI Cost. per omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti e carenza e/o
contraddittorietà nella motivazione, per non aver, tra l'altro, tenuto conto dello **sgravio effettuato
per l'anno 2008 relativamente ai prelevamenti bancari**; **3.** violazione e/o falsa applicazione delle
norme e dei principi generali dell'ordinamento giuridico italiano in materia di retroattività ex tunc
delle Sentenze della Corte Costituzionale e necessità di procedere con la declaratoria di nullità
dell'avviso di accertamento impugnato nella misura in cui imputi a reddito imponibile non
dichiarato i prelevamenti bancari effettuati dall'appellante; **4.** violazione e falsa applicazione e/o
interpretazione delle norme sulla valenza probatoria degli accertamenti bancari; **5.** violazione e/o
falsa applicazione e/o interpretazione delle norme e dei principi che regolano il contraddittorio tra
l'Agenzia delle Entrate ed il contribuente; **6.** violazione e/o falsa applicazione e/o interpretazione
delle norme e dei principi in materia di regime e valutazione delle prove; **7.** violazione e falsa
applicazione e/o interpretazione delle norme in materia di esenzione dal pagamento dell'IRAP; **8.**
illegittimità della mancata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale per la declaratoria di
incostituzionalità dell'accertamento fiscale tramite ispezione dei conti correnti bancari e profili di
illegittimità costituzionale degli strumenti di indagine bancaria. Chiedeva, in via principale, la
riforma della sentenza di primo grado e la nullità e/o inesistenza dell'avviso di accertamento per i
motivi esposti in narrativa. Nel merito, in via subordinata, il ridimensionamento del reddito
accertato.

L' Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale II di Milano - Ufficio Legale, nelle controdeduzioni depositate il 27/05/2016, replicava a tutti i motivi dell' appello indicando la relativa giurisprudenza; in particolare, sul motivo n.1, faceva presente che, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, "...l' avviso è illegittimo solo qualora manchi la sottoscrizione del soggetto delegato, ipotesi che, nel caso di specie, non si è verificata, in quanto l' atto è stato sottoscritto da soggetto delegato dal Direttore Provinciale", precisando che "...non vi è alcuna disposizione normativa che imponga l' obbligo di allegazione della delega di firma agli avvisi di accertamento". Chiedeva il rigetto dell' appello e la conferma della sentenza di primo grado, con la condanna della parte alla rifusione delle spese, diritti ed onorari di primo e secondo grado di giudizio.

OSSERVA

che l' appello è fondato e la sentenza impugnata va riformata *"in toto"*. Limitando la trattazione alle sole questioni – di fatto e di diritto – rilevanti ai fini della decisione concretamente adottata, preliminarmente questo Collegio rileva che il Primo Giudice ha genericamente sostenuto che *"Andando agli aspetti pregiudiziali, l' atto impugnato è legittimamente sottoscritto da chi ha la delega per farlo come da documentazione prodotta in atti"*, non affrontando in sostanza la questione, che nell' appello viene riproposta dettagliatamente al motivo n.1 e che, come si vedrà, risulta totalmente assorbente e decisiva ai fini della dichiarazione di illegittimità della pretesa fiscale dell' Amministrazione finanziaria nei confronti dell' appellante

Già l' avviso di accertamento, nel caso di specie, risulta sottoscritto dal capo area lavoratori autonomi (asseritamente funzionario direttivo), delegato impersonalmente *"ratione officii"* dal Direttore Provinciale, (asseritamente dirigente delegante) la cui relativa qualifica di dirigente, compulsando la pagina trasparenza amministrativa del sito Agenzia Entrate, è stata accertata come illegittimamente attribuita (*"nemo trasferre potest quod non habet nec plus quam habet"*) per gli effetti di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 37 del 25.3.15, secondo cui *"È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., l' art. 8, comma 24, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16 (Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento), convertito, con modificazioni, dall' art. 1, comma 1, della l. 26 aprile 2012, n. 44 in quanto consente alle Agenzie delle dogane, delle entrate e del territorio di coprire provvisoriamente posizioni dirigenziali, nelle more dell' espletamento delle procedure concorsuali, attraverso l' affidamento di incarichi dirigenziali a tempo determinato a funzionari privi della*

relativa qualifica, protraendo un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori in maniera indefinita nel tempo in conseguenza delle reiterate proroghe del termine previsto per l'espletamento del concorso per dirigenti";

Per effetto della sentenza n. 37/2015 della Corte Costituzionale, il conferimento di incarichi dirigenziali pubblici per cooptazione (e non per concorso pubblico) è inapplicabile ad un ente pubblico non economico, titolare esclusivo e generale del potere impositivo statale nonché costituisce palese violazione del "diritto ad una buona amministrazione", di cui all'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. A tale sentenza costituzionale consegue la decadenza dall'incarico dirigenziale, con effetto retroattivo, di tutti coloro che sono stati nominati in base alle norme dichiarate incostituzionali nonché l'invalidità derivata di tutti gli atti impositivi sottoscritti da costoro (personalmente o su delega) per incompetenza assoluta in difetto di attribuzione (art. 21septies l. 241/1990: "è nullo il provvedimento amministrativo ... che è viziato da difetto assoluto di attribuzione ..."; trattasi di c.d. "inesistenza giuridica". Cass. sent. n. 12104/2003).

Nei casi di sopravvenuta usurpazione di pubbliche funzioni, sia dei dirigenti deleganti che di quelli delegati, si versa nell'ipotesi di straripamento di potere; in particolare, mentre per la rilevanza interna degli atti endoprocedimentali è sufficiente la sottoscrizione del dirigente/funziionario, addetto con un mero ordine di servizio, gli atti aventi rilevanza esterna devono essere emessi dalla Direzione provinciale e sottoscritti dal relativo legittimo dirigente o, per formale delega nominativa di questi, dal sottoposto Capo dell'Ufficio controllo - ovvero da altro dirigente e/o funzionario - che possieda legittimamente la qualifica dirigenziale o meramente direttiva, a seconda del livello (dirigenziale o direttivo) richiesto in funzione della rilevanza della sede. La nullità assoluta per straripamento di potere dell'atto consegue alla sottoscrizione da soggetto divenuto usurpatore di pubbliche funzioni per sopravvenuto retroattivo difetto assoluto di attribuzione.

Infatti solamente ai dirigenti pubblici spetta "*l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno*" (art. 4 co. 2 del D.LGS. 30 marzo 2001, n. 165, sostanzialmente riproduttivo del previgente art. 3 co. 2 D.Lvo n. 29 del 1993) e "*Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente [principio di fissità] e ad opera di specifiche disposizioni legislative. [riserva assoluta di legge]*" (art 4, c.3, del d.lgs.30 marzo 2001, n. 165).

Secondo Cass. n°24492 del 2 dicembre 2015 "*deve ritenersi, in base al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 42, commi 1 e 3, che gli accertamenti in rettifica e gli accertamenti d'ufficio sono nulli tutte le volte che gli avvisi nei quali si concretizzano non risultino sottoscritti dal capo dell'ufficio emittente o da un impiegato della carriera direttiva (addetto a detto ufficio) validamente delegato*

dal reggente di questo.” e Cass. n°25017 del 11 dicembre 2015: *“Tale delega può essere conferita o con atto proprio o con ordine di servizio purchè venga indicato, unitamente alle ragioni della delega (ossia le cause che ne hanno resa necessaria l'adozione, quali carenza di personale, assenza, vacanza, malattia, etc.) il termine di validità ed il nominativo del soggetto delegato.”* ... *“Nel diritto tributario, invece, ogni nullità discende o da una specifica indicazione della legge, che ha valutato la gravità della violazione, o dalla violazione di un qualche principio fondamentale dell'ordinamento. Dunque è normativamente escluso che la illegittimità sia irrilevante e quindi risulti <<palese che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere - diverso da quello in concreto adottato>>”* ... *“Del resto, non appare indifferente che un atto complesso come l'accertamento tributario sia emesso da un funzionario privo della necessaria qualifica, e quindi — deve presumersi- della necessaria capacità tecnica.”*

Secondo Cassazione civile sez. trib. 14 giugno 2013 n. 14942: *“l'avviso di accertamento è nullo, ai sensi dell'art. 42 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, richiamato dall'art. 56 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (che opera un generale rinvio all'art. 1 del ci t. d.P.R. n. 600), se non reca la sottoscrizione del capo dell'ufficio o di altro impiegato della carriera direttiva da lui delegato; in caso di contestazione, incombe all'Agenzia delle Entrate l'onere di dimostrare il corretto esercizio del potere sostitutivo da parte del sottoscrittore o la presenza di eventuale delega, trattandosi di un documento, se esistente, già in possesso dell'amministrazione finanziaria, mentre la distribuzione dell'onere della prova non può subire eccezioni. Pertanto, non è consentito al giudice tributario attivare d'ufficio poteri istruttori, in ragione del fatto che non sussiste l'impossibilità di una delle parti di acquisire i documenti in possesso dell'altra”;*

Traendo spunto da tale principio, deve trarsi la conclusione che — a fronte del rilievo della nullità dell'atto per assenza di poteri in capo ai sottoscrittori dell'accertamento - gravasse sull'Agenzia la prova della sussistenza dei poteri contestati; tale prova non è stata fornita da parte dell'Agenzia.

In ogni caso, nel caso di specie, non può trovare applicazione l'art. 156 c.p.c.: *“Rilevanza della nullità”* (nonostante il rinvio dinamico di cui all'art.1, c.2 d. lgs.546/92) perché gli atti impositivi impugnati non sono atti processuali (Cass. 3040/2008), trattandosi di una derivata nullità assoluta ex art. 21 septies, L. 241/90 (c.d. inesistenza giuridica), tale *actio nullitatis* può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio, anche d'ufficio (Cass. sent. 12104/2003) nell'interesse della legge.

Infine, il giudice di *seconde cure*, che riforma *in toto* o *in parte* la sentenza impugnata, in difetto di una esplicita rinuncia della parte risultata poi vittoriosa (Cass. 13724/1999, 9859/1997 e 5720/1994) deve rivalutare d'ufficio il regolamento delle spese con riferimento all'intero giudizio (vds. Cass. sez. 6 - L, Ordinanza n. 6259 del 18/03/2014, Rv. 629993 e sent. 4201/2002 e 15787/2000) nella

misura in cui la fondatezza originaria del ricorso introduttivo avrebbe giustificato la pronuncia sulle spese per la soccombenza della parte pubblica; ciò perché, per l'effetto devolutivo dell'appello, la valutazione della soccombenza opera in base ad un criterio unitario e globale. Pertanto, questo Collegio riforma l'impugnata sentenza anche in punto di spese, condannando parte pubblica soccombente al pagamento delle spese per ambedue i gradi di giudizio, qui liquidate complessivamente - ex art. 15, c.2-ter, d.lgs. 546/92, introdotto dalla novella del d.lgs.156/2015 - in base ai parametri disciplinati dal D.M. Min. Giustizia 10.09.2014, n. 55, recante "*Determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense ai sensi dell'art. 13 comma 6 della legge 31 dicembre 2012 n. 247*", come da dispositivo.

Letto l'art. 52, al comma 5, che puntualizza: "*Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla [dichiarata dalla sentenza TAR Lazio 6884/11: "radicale nullità"] l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggiore onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave*", considerato che il giudice collegiale tributario (pubblico ufficiale ex art. 357 c.p.) ha un **obbligo giuridico diretto** (ex art. 83 L.1240/1923, art. 53 c.2 e 3 r.d.1214/1934, artt. 20 e 21 t.u. 3/1957, art. 1 c.3 L.20/94) di trasmettere alla Procura della Corte dei conti un rapporto su eventuali responsabilità per danno erariale, nonché alla Procura della Repubblica (ex art. 331 c.p.p.) denuncia per eventuali rilievi penali e che responsabilità contabili e penali incombono direttamente anche sul giudice collegiale tributario che abbia omesso le doverose denunce (361 c.p.), manda alla segreteria di sezione per la trasmissione in copia del fascicolo di causa alle locali Procure della Repubblica, contabile e penale. Ciò per debito d'ufficio e per quanto di propria rispettiva ritenuta competenza. Disattesa ogni altra istanza, deduzione o eccezione, considerate assorbite nella presente motivazione.

P.Q.M.

La Commissione Tributaria Regionale di Milano, sezione 7[^], definitivamente pronunciando,

accoglie

l'appello di parte privata,

riforma

in toto l'impugnata sentenza e, per l'effetto,

dichiara

illegittimo l'atto di accertamento impugnato.

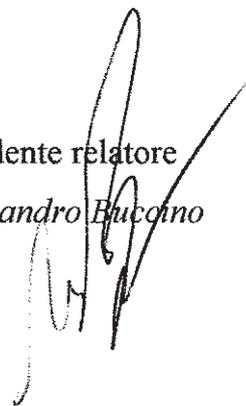
Condanna

la parte pubblica, appellata soccombente, alle spese dei 2 gradi del giudizio, qui liquidate in € 6.000 per il primo grado e 7.000 per il secondo grado, pari complessivamente ad € 13.000 (per: esborsi sostenuti, diritti ed onorari) oltre il 15% di spese generali, iva e 4% c.p.a..

Manda alla segreteria di sezione per la trasmissione in copia del fascicolo di causa alle locali Procure della Repubblica, contabile e penale.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 23 giugno 2016.

Il Presidente relatore
dott. Alessandro Buccino



SENTENZE TRIBUTARIE

Il dirigente illegittimo risponde in proprio

In caso di delega a sottoscrivere accertamenti conferita da parte di un funzionario privo di regolare qualifica dirigenziale l'atto è illegittimo. Inoltre lo stesso funzionario reggente che ha disposto l'assegnazione illecita, risponde personalmente del maggior onere conseguente. Lo ha stabilito, trasmettendo gli atti alla Corte dei conti e alla procura della repubblica di Milano, la sezione settima della Commissione tributaria regionale Lombardia, nella sentenza n. 4183/16. La vertenza riguarda un avviso di accertamento sottoscritto da un funzionario per delega del direttore provinciale della competente Agenzia delle entrate. Opponendo questo accertamento, il contribuente, quale primo motivo di ricorso, contestava sia la legittimità della delega che la sottoscrizione dell'accertamento a norma dell'art. 42 del dpr n. 600/73. La Commissione provinciale di Milano rigettava il ricorso; il collegio di primo grado osservava come l'atto fosse stato sottoscritto regolarmente da funzionario delegato dal direttore provinciale. La sezione settima della Ctr di Milano è stata di tutt'altro avviso, e ha annullato l'accertamento. «Nel caso di specie», si legge nella sentenza, «l'avviso di accertamento risulta sottoscritto dal capo area lavoratori autonomi, delegato impersonalmente dal direttore provinciale, la cui relativa qualifica

da dirigente, consultando la pagina trasparenza amministrativa del sito dell'Agenzia delle entrate, è stata accertata come illegittimamente attribuita («nemo trasferre potest quod non habet nec plus quam habet»). La Commissione prosegue affermando come il conferimento di incarichi pubblici per cooptazione (e non per concorso pubblico) sia inapplicabile a un ente pubblico non economico e costituisca una palese violazione del «diritto a una buona amministrazione» di cui all'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Dalla sent. n. 37/2015 della Corte costituzionale, precisa il Collegio tributario meneghino, consegue la decadenza dell'incarico dirigenziale, nonché l'invalidità di tutti gli atti impositivi sottoscritti personalmente o per delega da questo presunto funzionario per straripamento di potere. In conclusione, il collegio ha rilevato come il giudice tributario sia un pubblico ufficiale e, ex art. 357 c.p., abbia un obbligo giuridico diretto di trasmettere alla procura della Corte dei conti un rapporto su eventuali responsabilità per danno erariale, nonché alla Procura della repubblica per eventuali rilievi penali, disponendo infine la condanna alle spese, a carico delle Entrate.

Benito Fuoco

LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA

[omissis] Per effetto della sentenza n. 37/2015 della Corte costituzionale, il conferimento di incarichi dirigenziali pubblici per cooptazione (e non per concorso pubblico) è inapplicabile a un ente pubblico non economico, titolare esclusivo e generate dei poteri impositivo statale nonché costituisce palese violazione dei «diritto a una buona amministrazione», di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A tale sentenza costituzionale consegue la decadenza dall'incarico dirigenziale, con effetto retroattivo, di tutti coloro che sono stati nominati in base alle norme dichiarate incostituzionali nonché l'invalidità derivata di tutti gli atti impositivi sottoscritti da costoro (personalmente o su delega) per incompetenza assoluta in difetto di attribuzione (art. 21-septies, legge 241/1990: è nullo il provvedimento amministrativo, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione ...; trattasi di c.d. inesistenza giuridica. Cass.

sent. n. 12104/2003). Nei casi di sopravvenuta usurpazione di pubbliche finzioni, sia dei dirigenti deleganti che di quelli delegati, si versa nell'ipotesi di straripamento di potere; in particolare, mentre per la rilevanza interna degli atti endoprocedimentali è sufficiente la sottoscrizione del dirigente/funzionario, addetto con un mero ordine di servizio, gli atti aventi rilevanza esterna devono essere emessi dalla Direzione provinciale e sottoscritti dal relativo legittimo dirigente o, per formale delega nominativa di questi, dal sottoposto capo dell'ufficio controllo, ovvero da altro dirigente e/o funzionario, che possieda legittimamente la qualifica dirigenziale o meramente direttiva, a seconda del livello (dirigenziale o direttivo) richiesto in funzione della rilevanza della sede. La nullità assoluta per straripamento di potere dell'atto consegue alla sottoscrizione da soggetto divenuto usurpatore di pubbliche finzioni per sopravvenuto retroattivo difetto

assoluto di attribuzione. [omissis] considerato che il giudice collegiale tributario (pubblico ufficiale ex art. 357 c.p.) ha un obbligo giuridico diretto (ex art. 83, legge 1240/1923, art. 53 commi 2 e 3, rd 1214/1934, artt. 20 e 21 T.u. 3/1957, art. 1, comma 3, legge 20/94) di trasmettere alla Procura della Corte dei conti un rapporto su eventuali responsabilità per danno erariale, nonché alla Procura della repubblica (ex art. 331 c.p.p.) denuncia per eventuali rilievi penali e che responsabilità contabili e penali incombono direttamente anche sul giudice collegiale tributario che abbia omesso le dovute denunce (361 c.p.), manda alla segreteria di sezione per la trasmissione in copia del fascicolo di causa alle locali procure della repubblica, contabile e penale. Ciò per debito d'ufficio e per quanto di propria rispettiva ritenuta competenza. [omissis]

Commento alla Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014

Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia;

Violazione del principio del: Ne bis in idem; cfr: art. 4 del Protocollo n.7⁽¹⁾

Violazione del principio del: Giusto processo; cfr art. 6 §1⁽²⁾

di Alessandro Fino

La questione posta dalla sentenza esaminata, offre interessanti spunti di riflessione sulla normativa e sui principi di cui all'epigrafe e può rivelarsi di utile orientamento nei casi di contenzioso tributario e penale dal momento che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la sentenza del 04.03.2014, divenuta

1 L'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sottoscritto il 22.XI. 1984, e rubricato "Diritto di non essere giudicato o punito due volte", afferma che: 1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.

2 Art. 6 CEDU. Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Art 6 CEDU: 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

definitiva il 7 luglio 2014 ha dichiarato incompatibile con la garanzia del ne bis in idem, riconosciuta dall'art. 4, prot. 7, Corte Europea Diritti dell'Uomo (d'ora innanzi CEDU), il sistema di doppio binario, amministrativo e penale, attorno al quale è strutturata nel nostro Paese la repressione degli abusi di mercato ma che, come anticipato, riverbera degli effetti anche nella materia del diritto tributario il cui sistema sanzionatorio prevede l'applicazione di sanzioni amministrative e penali che, molto spesso si accavallano, procurando al contribuente una doppia "punizione".

Il fatto

La pronuncia della CEDU è scaturita in seguito alla presentazione di cinque ricorsi proposti contro la Repubblica italiana con i quali tre cittadini e due società di tale Stato, i sigg. F.G.S., G.G. e V.M., nonché Exor S.p.a. e Giovanni Agnelli & C. S.a.s. (ricorrenti), hanno adito la Corte il 27 marzo 2010 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. I ricorrenti lamentavano in particolare che i procedimenti giudiziari di cui hanno formato oggetto non sono stati equi e non hanno avuto luogo davanti ad un «tribunale» indipendente ed imparziale, che è stato leso il loro diritto al rispetto dei loro beni e che sono stati vittime di una violazione del principio ne bis in idem. All'epoca dei fatti, il sig. G.G. era il presidente delle due società ricorrenti e il sig. V.M. era il procuratore della società Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a. Il 26 luglio 2002, la società anonima FIAT (Fabbrica Italiana Automobili Torino) sottoscrisse un prestito convertendo con otto banche. Il contratto scadeva il 20 settembre 2005 e prevedeva che, in caso di mancato rimborso del prestito da parte della FIAT, le banche avrebbero potuto compensare il loro credito sottoscrivendo un aumento del capitale societario. Così,

le banche avrebbero acquisito il 28% del capitale sociale della FIAT, mentre la partecipazione della società anonima IFIL Investments (divenuta poi, il 20 febbraio 2009, Exor s.p.a., come sarà di seguito denominata) sarebbe passata dal 30,06% al 22% circa. Il sig. G. desideroso di ottenere una consulenza legale per trovare il modo di permettere alla Exor di rimanere l'azionista di maggioranza della FIAT, si rivolse in quell'ottica ad un avvocato specializzato in diritto societario, l'Avv. G.S. secondo il quale detta possibilità si sarebbe potuta verificare in seguito alla rinegoziazione di un contratto di equity swap (ossia un contratto che consente di scambiare la performance di un'azione contro un tasso di interesse, senza dovere anticipare denaro - ndr) del 26 aprile 2005 riguardante circa 90 milioni di azioni FIAT che la Exor aveva concluso con una banca d'affari e la cui scadenza era fissata al 26 dicembre 2006. A parere dell'avvocato interpellato quella era una delle strade per evitare il lancio di un'offerta pubblica di acquisto («OPA») sulle azioni FIAT.

Il 23 agosto 2005, la CONSOB chiese alle società Exor e Giovanni Agnelli di diffondere un comunicato stampa che indicasse le iniziative assunte in vista della scadenza del convertendo prestito con le banche, i fatti nuovi riguardanti la società FIAT e i fatti utili a spiegare le fluttuazioni delle azioni FIAT sul mercato. Il sig. M. dichiarava che quel giorno era in ferie ed aveva informato l'Avv. G.S. della richiesta della CONSOB e gliene aveva trasmesso una copia; il sig. M. sosteneva di non aver partecipato alla redazione di alcuni comunicati stampa. Il sig. G. rappresentava che il 23 agosto 2005 era ricoverato negli Stati Uniti ma che aveva ricevuto una bozza del comunicato stampa e aveva contattato telefonicamente l'Avv. G.S. e questi gli aveva confermato che, poiché numerosi elementi rimanevano da chiarire, l'ipotesi

di una rinegoziazione del contratto di equity swap non poteva considerarsi un'opzione concreta e attuale. In tali circostanze, il sig. G. approvò la bozza di comunicato.

Il comunicato stampa emesso in risposta, approvato dall'Avv. G.S., si limitava a indicare che la Exor non aveva «né avviato né studiato iniziative riguardanti la scadenza del prestito convertendo» e che auspicava «di rimanere l'azionista di riferimento della FIAT». Non fu fatta menzione dell'eventuale rinegoziazione del contratto di equity swap con una nota banca d'affari, considerata dai ricorrenti una mera ipotesi futura per mancanza di un fondamento fattuale e giuridico chiaro. La società Giovanni Agnelli confermò il comunicato stampa della Exor.

Il 14 settembre 2005, nel corso di una riunione della famiglia A., fu deciso che il piano studiato dall'Avv. G.S. dovesse essere sottoposto all'approvazione del consiglio di amministrazione della Exor per cui lo stesso giorno, la CONSOB ricevette una copia del contratto di equity swap e fu informata delle trattative in corso al fine di utilizzarlo per consentire alla Exor di acquisire azioni FIAT. Il 15 settembre 2005, in esecuzione di deliberazioni dei rispettivi consigli di amministrazione, la Exor e la banca d'affari interessata alla operazione, conclusero l'accordo che modificava il contratto di equity swap; il 17 settembre 2005, rispondendo alla domanda rivolta dall'Avv. G.S. il 12 agosto 2005 la CONSOB comunicò che, nell'ipotesi prospettata, non vi era l'obbligo di lanciare un'OPA. Il 20 settembre 2005 la FIAT aumentò il suo capitale sociale e le nuove azioni emesse furono acquisite dalle otto banche a compensazione dei loro crediti. Lo stesso giorno, entrò in vigore l'accordo che modificava il contratto di equity swap. Di conseguenza, la Exor conservò la sua

partecipazione del 30% nel capitale FIAT.

Il 20 febbraio 2006, la Divisione mercati e consulenza economica – ufficio Insider Trading – di seguito l'«ufficio IT») della CONSOB contestò ai ricorrenti la violazione dell'articolo 187 ter punto 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58⁽³⁾. Ai sensi di tale disposizione, intitolata «manipolazione del mercato» secondo la tesi dell'ufficio IT, l'accordo che modificava l'equity swap era stato concluso o era in procinto di esserlo prima della diffusione dei comunicati stampa del 24 agosto 2005, quindi non era normale che gli autori del comunicato non ne facessero menzione.

I ricorrenti furono invitati a presentare la loro difesa. L'ufficio IT trasmise poi il fascicolo all'ufficio sanzioni amministrative della CONSOB corredandolo di una relazione istruttoria datata 13 settembre 2006, che menzionava gli elementi a carico e le argomentazioni degli incolpati; stando a tale relazione, le difese avanzate dai ricorrenti non erano tali da consentire di archiviare il fascicolo. L'ufficio sanzioni comunicò la relazione ai ricorrenti e li invitò a presentare per iscritto, entro il termine di trenta giorni (che scadeva il 23 ottobre 2006) le argomentazioni che ritenevano necessarie per la loro difesa.

Nel frattempo, l'ufficio IT continuò ad esaminare la causa dei ricorrenti, acquisendo informazioni orali e analizzando i documenti ricevuti il 7 luglio 2006 dalla Banca d'affari interessata ed il 19 ottobre 2006, detto ufficio trasmise all'ufficio sanzioni una «nota complementare» in cui affermava che i nuovi documenti esaminati non

consentivano di giungere a conclusioni diverse.

Il 26 ottobre 2006, i ricorrenti ricevettero una copia della nota complementare del 19 ottobre 2006 e dei suoi allegati, fu concesso loro un nuovo termine di trenta giorni per presentare eventuali osservazioni. Senza comunicarla ai ricorrenti, l'ufficio sanzioni presentò la sua relazione (datata 19 gennaio 2007 e contenente le sue conclusioni) alla commissione - la CONSOB propriamente detta -, vale a dire all'organo incaricato di adottare l'eventuale provvedimento di applicazione di sanzioni.

Con provvedimento n. 15760 del 9 febbraio 2007, la CONSOB comminò ai ricorrenti le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie: €5.000.000 al sig. G.; €3.000.000 al sig. G.S.; €500.000 al sig. M.; €4.500.000 alla società Exor; €3.000.000 alla società Giovanni Agnelli; ai sigg.ri G. e G.S. e M. fu applicato, quale ulteriore sanzione accessoria, anche il divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa, rispettivamente per sei, quattro e due mesi. In particolare, secondo la CONSOB, dal fascicolo emergeva che il 24 agosto 2005, data dei comunicati stampa in questione, il piano volto a conservare una partecipazione del 30% nel capitale della FIAT sulla base di una rinegoziazione del contratto di equity swap sottoscritto con la Banca d'affari era già stato studiato e in corso di esecuzione. Ne conseguiva che i comunicati stampa davano una rappresentazione falsa della situazione dell'epoca. La CONSOB sottolineò anche la posizione occupata dalle persone interessate, la «gravità oggettiva» dell'illecito e l'esistenza del dolo. Tutti gli interessati proposero ricorso dinanzi la Corte di Appello competente avverso tali sanzioni e denunciarono la falsa ed erronea applicazione dell'invocato art. 187 septies del d.lvo n.58 del 1998 perchè non era stato rispettato il principio

3 «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.»

del contraddittorio nella procedura che ha determinato l'applicazione delle sanzioni amministrative da parte della CONSOB.

All'esito del ricorso, la invocata Corte di Appello, riduceva le sanzioni pecuniarie comminate ai ricorrenti nella seguente misura: €600.000 per la Giovanni Agnelli s.a.p.a.; €1.000.000 per la Exor s.p.a.; €1.200.000 per il sig. G.; per il sig. G.S. ed il sig. M, le sanzioni non furono riviste, quindi, confermate. La Corte d'appello osservò anche che corrispondeva a verità che la CONSOB aveva da un lato comminato le sanzioni previste dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 e dall'altro denunciato alla procura la commissione del reato di cui all'articolo 185 punto 1 dello stesso decreto⁽⁴⁾. Secondo la corte d'appello, queste due disposizioni avevano sì ad oggetto la stessa condotta (la «diffusione di informazioni false») e perseguivano lo stesso scopo (evitare manipolazioni del mercato) ma differivano quanto alla situazione di pericolo che si presumeva fosse stata generata da tale condotta: per l'articolo 187 ter, era sufficiente di per sé avere fornito indicazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, mentre l'articolo 185 richiedeva che tali informazioni fossero state tali da provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti in questione. Come indicato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n.409 del 12 novembre 1991, al legislatore era consentito di sanzionare un comportamento illecito al tempo stesso con una sanzione amministrativa pecuniaria e con una sanzione penale. Inoltre, l'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE (paragrafo 60 infra), che invitava gli Stati membri

4 Ai sensi di tale disposizione «Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 20.000 a euro 5.000.000»

dell'Unione europea ad applicare sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una manipolazione del mercato, conteneva anch'esso la menzione «fatto salvo il loro diritto di imporre sanzioni penali». Tutti gli interessati, ovviamente, non soddisfatti dall'esito del ricorso presso la Corte di appello, proposero anche un ricorso per Cassazione avverso la sentenza ma nel giugno del 2009 con sentenza, la Corte di cassazione rigettò i ricorsi ritenendo, in sintesi, che il principio del contraddittorio fosse stato rispettato nel procedimento dinanzi la Consob e che la (lamentata) mancata audizione dei ricorrenti e mancata trasmissione agli stessi delle conclusioni dell'ufficio non violavano detto principio perchè le disposizioni costituzionali in materia di “giusto processo” si applicavano solo ai procedimenti giudiziari e non anche a quelli per l'applicazione delle sanzioni amministrative.

Nelle more di tutto quanto era accaduto il 7 novembre 2008 gli interessati furono anche rinviati a giudizio dinanzi il Tribunale competente sempre per i medesimi fatti già oggetto di applicazione di sanzioni amministrative irrogate dalla Consob e, dopo il 30 settembre 2009, data del deposito in cancelleria della sentenza di rigetto del ricorso per cassazione, gli interessati chiesero l'abbandono delle azioni penali nei loro confronti in virtù del principio del *ne bis in idem*.

In particolare, all'udienza del 7 gennaio 2010, essi eccepirono l'incostituzionalità delle disposizioni del decreto legislativo n. 58 del 1998 e dell'articolo 649 del codice di procedura penale⁽⁵⁾, per incompatibilità, a loro

5 1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili (1) non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [669], neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. 2. Se ciò nonostante viene

giudizio, con l'articolo 4 del Protocollo n. 7.

Il Tribunale penale non si pronunciò immediatamente sulla questione incidentale di costituzionalità sollevata dalla difesa ma ordinò una perizia per determinare (e verificare) le fluttuazioni delle azioni FIAT tra il dicembre 2004 e l'aprile 2005 e per valutare gli effetti dei comunicati stampa del 24 agosto 2005 e delle informazioni diffuse il 15 settembre 2005.

Con sentenza del 21 dicembre 2010, il Tribunale penale assolse il sig. M. perchè non aveva contribuito alla pubblicazione dei comunicati stampa e assolse anche gli altri ricorrenti perchè non era stato provato che la loro condotta fosse stata tale da provocare una significativa alterazione del mercato finanziario. Il tribunale osservò (anche) che il fatto che i comunicati stampa contenessero informazioni false era già stato oggetto di applicazione di sanzioni da parte dell'autorità amministrativa. Secondo il Tribunale, la condotta contestata agli interessati mirava, probabilmente, a tenere nascosta alla CONSOB la rinegoziazione del contratto di equity swap e non a fare aumentare il prezzo delle azioni FIAT.

Il tribunale dichiarò manifestamente infondata la questione incidentale di costituzionalità sollevata dai ricorrenti ed osservò che la legge italiana (articolo 9 della legge n. 689 del 1981) vietava un «doppio giudizio», penale e amministrativo, su uno «stesso fatto». Ora, gli articoli 185 e 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 non punivano lo stesso fatto: solo la disposizione penale (l'articolo 185) richiedeva che la condotta fosse stata tale da provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, inoltre, di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo

l'applicazione della disposizione penale presupponeva l'esistenza di un dolo, mentre la disposizione amministrativa si applicava in presenza di un semplice comportamento colpevole. D'altra parte, le azioni penali successive alla pronuncia della sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 erano autorizzate dall'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE. La procura, non soddisfatta, propose ricorso per cassazione, sostenendo che il reato contestato ai ricorrenti era «di pericolo» e non «di danno» e poteva quindi essere integrato anche in assenza di danno per gli azionisti.

Il 20 giugno 2012 la Corte di cassazione accolse in parte il ricorso proposto dalla procura e cassò la decisione di assoluzione delle società Giovanni Agnelli e Exor, nonché dei sigg. G.S. e G., confermando invece la decisione di assoluzione del sig. M., poiché questi non aveva preso parte alla condotta contestata. Con sentenza del 28 febbraio 2013, la Corte d'appello, adita questa volta in sede penale, condannò i sigg. G. e G.S. per il reato previsto all'articolo 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998, ritenendo che fosse altamente probabile che, senza le false informazioni incluse nel comunicato stampa emesso il 24 agosto 2005, il valore delle azioni FIAT si sarebbe abbassato in misura assai più significativa. Le società Exor e Giovanni Agnelli, invece, ritenendo che non potessero essere giudicate responsabili di fatti illeciti. Rilevante è la circostanza per la quale la corte d'appello esclude nel modo più assoluto una violazione del principio del ne bis in idem, confermando, fundamentalmente, il ragionamento seguito dal Tribunale.

I sigg.ri G. e G.S. hanno proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza della Corte di Appello e, in pendenza, del ricorso i due ricorrenti hanno invocato la violazione del principio

ne bis in idem e chiesto di sollevare una questione incidentale di costituzionalità dell'articolo 649 del CPP dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Da qui la sentenza in commento. La premessa in fatto, purtroppo lunga, è stata inevitabile poiché l'iter processuale della vicenda sia sul piano amministrativo (Consob) che su quello penale costituiscono degli antefatti logico-giuridico importanti e parti integranti della sentenza, necessari per poter esaminare le questioni in punto di diritto che la sentenza medesima affronta e coinvolge.

Entrando, quindi, nel vivo va evidenziato subito che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dichiarava nella sentenza in commento, tra l'altro all'unanimità della votazione dei suoi componenti, che nel caso in questione vi era stata violazione dell'art. 4, prot. 7, CEDUE cioè del principio del "ne bis in idem" che tutela l'individuo non già contro la possibilità di essere sanzionato due volte per lo stesso reato ma, ancor prima, di essere sottoposto una seconda volta ad un processo per un reato per il quale è stato già giudicato, non importa se con esito assolutorio o di condanna. Una simile garanzia, corrispondente a quella di cui all'art. 649 c.p.p. previsto dal nostro ordinamento opera, secondo la Corte Europea, a prescindere dalla formale qualificazione come "penale", da parte dell'ordinamento nazionale, del provvedimento definitivo che chiude il primo procedimento sul medesimo fatto, quindi, anche "amministrativo".

In altre parole la Corte afferma che dopo che, nei confronti di una società, siano state comminate sanzioni amministrative (da parte della Consob) ed esse siano divenute definitive, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio giuridico del ne bis in idem.

Infatti, anche se il procedimento

innanzi alla Consob è amministrativo, le sanzioni inflitte possono essere considerate a tutti gli effetti come penali, invece che amministrative, considerata la loro natura repressiva per l'eccessiva severità delle stesse (sia per l'importo che per la natura delle sanzioni accessorie), oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato.

Pertanto, la previsione di un sistema del c.d. "doppio binario" -configurabilità di una forma cumulativa del reato e dell'illecito amministrativo per i medesimi fatti- previsto dagli articoli 184 e ss TUF secondo la CEDU viola il principio del ne bis in idem.

Inoltre, la possibile coesistenza di un doppio procedimento – amministrativo e penale - ex art 187-duodecies del T.U.F. integra, anch'essa, una violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 e la Corte ha ritenuto non sufficiente anche la garanzia costituita dal c.d. principio di specialità previsto dalla legge 689/1981 al fine di evitare che un medesimo fatto sia punito due volte (bis in idem); il principio di specialità prevede che, a mente dell'art. 9 della l. n. 689/81 prevede che **quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, o da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale.**

Il citato criterio di specialità esclude il concorso formale di reati e, quindi, l'applicazione cumulativa della pena e della sanzione amministrativa. Naturalmente, qualora il criterio di specialità conduca all'applicazione della norma penale, invece di quella amministrativa, l'instaurazione del giudizio penale dopo l'irrogazione della sanzione amministrativa da parte dell'autorità competente non provocherà violazione del ne bis in idem processuale, ma vi sarà violazione del ne bis in idem sostanziale applicando la pena in aggiunta

alla sanzione amministrativa. In altre parole tale principio si applica quando due infrazioni condividono gli stessi elementi costitutivi fondamentali, ma una delle due ha una portata più ristretta in ragione di una precisazione o di un'aggiunta ai fatti dell'infrazione (l'infrazione "speciale").

Il sistema italiano non proibisce l'apertura di una procedura penale in idem dopo l'adozione di una decisione definitiva di condanna per infrazioni "amministrative" – ma di fatto penali – da parte della giurisdizione competente. Si badi, però, che tale estensione della sfera applicativa del ne bis in idem non opera in via generale, ma solo nelle ipotesi in cui la procedura amministrativa sfoci in un provvedimento particolarmente affittivo e la decisione sia divenuta definitiva.

Il dibattito, quindi, si sposta allora sulla qualificazione della sanzione amministrativa applicata come penale per effetto della sua natura intrinsecamente affittivo-punitiva.

I criteri (oggi universalmente riconosciuti) per la qualificazione della natura penale sono quelli della c.d. sentenza Engel⁽⁶⁾, con l'aggiunta della 6 I c.d. criteri Engel sono stati elaborati elaborati dalla Corte di Giustizia di Strasburgo in una vecchia decisione del 1976 e progressivamente affinati (proprio con la decisione in commento della CEDU); al riguardo ha chiarito la CEDU che Al fine di verificare se un procedimento ha ad oggetto "accuse in materia penale" ai sensi della Convenzione stessa si devono considerare tre diversi fattori. Principalmente la qualificazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all'illecito contestato. Tale indicazione tuttavia ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa. Secondariamente infatti, va considerata la natura sostanziale dell'illecito commesso vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela erga omnes di beni giuridici della collettività, anche alla luce del denominatore comune delle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti. Va infine considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata poiché in una società di diritto appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura,

verifica della natura penale della norma sanzionatoria: a) per la qualificazione che della stessa fa il diritto nazionale (penale o amministrativa); b) in base alla natura dell'illecito; c) in base al grado di severità della sanzione applicabile (che non sia risarcitoria o ripristinatoria); questi tre requisiti devono intendersi come presenti in via alternativa.

Il Governo italiano, ovviamente, nel giudizio dinanzi la CEDU argomentava in favore della insussistenza del principio del ne bis in idem sostenendo la legittimità delle pronunce di condanna del Tribunale penale, della Corte di Appello, della Corte di cassazione e della applicazione delle sanzioni da parte della Consob. Secondo la tesi del Governo italiano infatti perché possa essere ritenuto esistente il principio in esame vi deve essere una identità del reato oggetto di due procedimenti (evidentemente solo) penali; vi sarebbe, invece, nel caso sottoposto alla Corte ad opera dei ricorrenti, una netta differenza tra gli illeciti previsti dagli articoli 187ter d. lgs. 58/1998 per il quale è sufficiente un comportamento negligente ed il 185 d. lgs. 58/1998 che esige una condotta dolosa. Ritiene sempre la tesi del Governo che una stessa condotta non potrebbe violare contemporaneamente l'art. 187ter e l'art. 185 perché si tratterebbe di un caso tipico di concorso formale di reati⁽⁷⁾, caratterizzato dalla circostanza che

durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno.

7 Secondo il nostro ordinamento penale si ha concorso formale (o ideale) di reati quando un medesimo soggetto con una sola azione od omissione commette più reati (ad esempio quando Caio ingiuria una platea). Si ha concorso formale eterogeneo quando i reati sono di specie diversa. Si parla di concorso formale omogeneo quando i reati sono della medesima specie. Il trattamento sanzionatorio del concorso formale è meno rigoroso di quello previsto per il concorso materiale. Nel primo caso infatti si applica il **cumulo giuridico** secondo cui va applicata la pena prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo, nel secondo il "cumulo materiale temperato", con la previsione appunto di una "attenuazione" di pena.

un unico fatto penale si scinde in due illeciti e, pertanto, non poteva ritenersi applicabile l'ipotesi del principio del "ne bis in idem".

La Corte EDU ha precisato, invece, che l'art. 4 del Prot. n.7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, ed ha completamente ribaltato le conclusioni rappresentate dal Governo italiano quando ha affermato che: 1) l'identità del reato vada accertata sulla base dell'identità della condotta punita dalle norme; 2) i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla **stessa condotta**; 3) la nuova azione penale riguarda un illecito basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva, in violazione del **ne bis in idem** da parte dello Stato italiano.

Secondo la Corte, a fronte di medesimi fatti riconducibili ad una medesima condotta, non solo non è possibile individuare due infrazioni ed irrogare una duplice sanzione ma, ancor prima, non è giusto che il soggetto sia sottoposto a due diversi giudizi per il medesimo fatto; una considerazione pura ed inviolabile del principio in oggetto.

La Corte ha ritenuto che lo svolgimento del procedimento sanzionatorio (amministrativo) avrebbe dovuto precludere l'avvio del processo penale, per la presenza di due distinti elementi:

1) l'afflittività della sanzione, qualificabile come sostanzialmente penale; 2) l'obbligo di assicurare il rispetto delle garanzie usualmente collegate all'esercizio del potere punitivo.

In altre parole la Corte afferma che dopo che, nei confronti di una società, siano state comminate sanzioni amministrative dalla Consob ed esse siano divenute definitive, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il

principio giuridico del ne bis in idem.

Infatti, anche se il procedimento innanzi alla Consob è amministrativo, le sanzioni inflitte possono essere considerate a tutti gli effetti come penali, invece che amministrative, considerata la loro natura repressiva, l'eccessiva severità delle stesse (sia per l'importo che per le sanzioni accessorie), oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato.

La sentenza della Corte Europea in commento ha prodotto e produrrà inevitabilmente effetti nel nostro ordinamento soprattutto in campo tributario.

Il sistema sanzionatorio tributario è stato a lungo governato dalla regola del cumulo tra sanzione penale ed amministrativa fino a quando non è intervenuto il d.lgs. 10 marzo 2000 n.74 che ha riformato in maniera radicale la disciplina delle sanzioni in materia. L'art. 19 del d.lgs. 74/2000 avrebbe, infatti, dovuto evitare che uno stesso fatto fosse contemporaneamente perseguito sia in sede penale che amministrativa e a tale proposito, giova prendere le mosse da una sentenza della Cassazione dell'8 aprile 2014 n.20266 che, con qualche giorno d'anticipo rispetto ai giudici di Strasburgo, è intervenuta su analoga questione, ma con esiti diametralmente opposti.

Nel caso di specie l'imputato era stato assolto in primo grado dal reato di omesso versamento delle ritenute (art. 10-bis d.lgs. n. 74/2000) e la sentenza era stata impugnata in Cassazione, il difensore dell'imputato sosteneva che, essendo il suo assistito già stato sanzionato per la stessa violazione della disciplina fiscale ai sensi dell'illecito amministrativo di all'art. 13 del d.lgs. 471/1997, l'eventuale condanna anche per il reato avrebbe comportato una violazione del principio del ne bis in idem giacché l'omesso versamento delle

ritenute sarebbe stato punito sia come illecito amministrativo sia come illecito penale. La Corte di cassazione, nel ritenere che il richiamo al caso Grande Stevens c. Italia sia del tutto irrilevante coglieva l'occasione per respingere la tesi in base alla quale vi sarebbe, anche in ambito tributario, mutatis mutandum, una violazione del principio del *ne bis in idem*. E lo faceva sostanzialmente sulla base di due ragioni: a) la sanzione amministrativa tributaria non può essere considerata una sanzione avente natura penale, *tout court*; b) l'omesso versamento-illecito amministrativo e l'omesso versamento-illecito penale, essendo caratterizzati da elementi costitutivi parzialmente divergenti, non sarebbero in rapporto di specialità, bensì di progressione illecita con la conseguenza che al trasgressore dovrebbero essere applicate entrambe le sanzioni perché una più grave dell'altra e, quindi, punito sulla base delle "diversa" gravità.

Il primo argomento utilizzato dalla Corte di cassazione per escludere la violazione del principio del *ne bis in idem* fa riferimento alla sentenza "Fransson" della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Nel ritenere astrattamente compatibile, con il principio del *ne bis in idem*, il doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale in materia tributaria, a condizione che la sanzione amministrativa non abbia in concreto natura penale, la Corte di cassazione ritiene che la qualificazione come amministrative delle sanzioni tributarie previste per l'omesso versamento di ritenute regga al vaglio dei già citati "criteri Engel".

Il secondo argomento trae, invece, origine da altra sentenza delle Sezioni unite della Cassazione (28 marzo 2013, n.37425), le quali, sia pure chiamate a risolvere un contrasto sull'applicazione temporale del reato cui all'art. 10-bis d.lgs. 74/2000, hanno

analizzato approfonditamente i rapporti tra quest'ultimo reato e l'illecito amministrativo di omesso versamento, escludendo che tra le due fattispecie vi sia un rapporto di specialità, e ritenendo al contrario che possa parlarsi di progressione illecita.

I giudici di legittimità giungono a negare che vi sia specialità (secondo il già richiamato ed illustrato principio) tra le due disposizioni: «pur nella comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse all'Erario con le modalità stabilite) e della condotta (omissione di uno o più versamenti mensili dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dal requisito della "certificazione" delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale e dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione": la fattispecie penale [...] costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa».

Comparazioni in ambito europeo

Sulla scia della sentenza in commento possiamo esaminare alcune altre sentenze recenti su controversie tributarie nate in paesi del Nord Europa che hanno dato un contributo alla questione oggetto dell'esame.

La Corte EDU, nel caso Nikänen c. Finlandia (C. eur. dir. uomo, Quarta Sezione, sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia), ha condannato lo Stato finlandese per violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione in relazione al doppio binario sanzionatorio

(penale-amministrativo) presente (anche) nella legislazione tributaria finlandese; un'altra interessante pronuncia della CEDU in materia tributaria, sul punto.

La vicenda che ha dato origine all'intervento della Corte EDU riguarda il sig. Nykänen, il quale è stato accusato di aver ricevuto, in modo occulto, dividendi pari a 33.000 euro. Per questa violazione, nel 2005, le autorità fiscali finlandesi hanno inflitto al sig. Nykänen una sanzione amministrativa pecuniaria (sovrattassa) pari a 1.700 euro. Nel procedimento penale iniziato nel 2008 per gli stessi fatti, il sig. Nykänen è stato condannato, dalla Corte di appello di Helsinki (sentenza poi confermata dalla Corte suprema finlandese) per frode fiscale ad una pena di 10 mesi di reclusione e al pagamento di 12.420 euro (somma pari all'importo delle tasse evase).

Il sig. Nykänen ha quindi proposto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione.

Per valutare il ricorso nel merito, la Corte muove dalla propria giurisprudenza (ormai consolidata) per stabilire, al di là delle etichette formali utilizzate dal legislatore nazionale, se una sanzione abbia (o meno) natura penale. Il riferimento è, in particolare, ai tre criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte a partire dalla celebre sentenza della Grande Camera nel caso Engel e altri c. Paesi Bassi (8 giugno 1976, ric. nn. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, n. 5354/72 e n. 5370/72): a) la qualificazione giuridica della violazione nell'ordinamento nazionale; b) la natura effettiva della violazione; c) il grado di severità della sanzione. La Corte richiamando altro proprio precedente (Grande Camera, sent. 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia, ric. n. 73053/01) riconosceva la natura penale della sovrattassa imposta in via amministrativa dall'ordinamento

finlandese. In quest'ultimo caso la Corte aveva dato rilievo determinante alla natura dell'infrazione, affermando che la sovrattassa non costituisce un semplice risarcimento dei danni, bensì una vera e propria sanzione penale con finalità sia preventive che repressive.

La sentenza giungeva a pochi giorni (dalla già citata) sentenza della Corte di Cassazione, con la sentenza 8 aprile - 15 maggio 2014, n. 20266 che aveva categoricamente escluso che il concorso tra sanzioni amministrative e penali previste in caso di omesso versamento di ritenute (art. 10-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471) potesse costituire una violazione del principio del *ne bis in idem* fissato dalla Convenzione e, questo, lascia intendere quanto oggi ci sia da lavorare per far sì che i principi sanciti dalla CEDU siano recepiti dallo Stato italiano che continua ostinatamente a non voler riconoscere in presenza del principio del "doppio binario" quello della violazione del "*ne bis in idem*".

Ancora, sempre in ambito europeo altra pronuncia del 2013 dalla Corte di giustizia dell'Unione europea Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson (causa C-617/10), secondo la quale una combinazione di sanzioni amministrative e penali per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA è (astrattamente) compatibile con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art 4 del Protocollo n. 7 della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, salvo che la sanzione amministrativa non debba essere (in concreto) ritenuta di natura penale all'esito di una valutazione rimessa al giudice nazionale.

Un'altra sentenza importante riguarda il caso Lucky Dev c. Svezia. Nel 2005, l'Agenzia delle entrate svedese ha contestato alla sig.ra Lucky Dev di non aver dichiarato redditi pari a circa

83.000 euro e di aver evaso l'IVA per un ammontare pari a circa 41.000 euro. Per queste violazioni la sig.ra Lucky Dev è stata condannata a pagare, rispettivamente, sovrattasse del 40 e del 20 per cento; per questi fatti è iniziato, nello stesso anno, anche un procedimento penale, all'esito del quale la sig.ra Lucky Dev è stata condannata per il reato di frode fiscale derivante dalla mancata presentazione della dichiarazione dei propri redditi e dall'evasione dell'IVA. I due procedimenti hanno proceduto parallelamente: quello penale è divenuto definitivo nel gennaio 2009, mentre quello amministrativo nell'ottobre dello stesso anno. Adita dalla sig.ra Lucky Dev, la quale lamentava la violazione del divieto di ne bis in idem, la Corte ha preliminarmente affrontato le eccezioni del Governo svedese in relazione all'ammissibilità del ricorso fondate sul fatto che: a) la ricorrente non aveva esaurito le vie di ricorso interne, avendo rinunciato a proporre appello nei confronti della condanna (penale) pronunciata dalla Corte distrettuale; b) la violazione del principio del ne bis in idem non era mai stata in precedenza sollevata dalla ricorrente dinanzi alle autorità nazionali; c) il caso sottoposto all'esame della CEDU si è concluso, sul versante penale, l'8 gennaio 2009, ossia un mese prima della sentenza sul caso Sergey Zolotukhin c. Russia del 10 febbraio 2009, che ha imposto un revirement alla giurisprudenza della Corte in tema di ne bis in idem; d) nel 2004 la Corte aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto nel caso Rosenquist c. Svezia, con il quale si lamentava la violazione del divieto di ne bis in idem in relazione al doppio binario penale-amministrativo previsto dalla legislazione svedese in materia tributaria. In questo ultimo caso la CEDU rilevava le profonde differenze tra l'illecito penale e quello amministrativo non solo in relazione agli elementi costitutivi, ma anche in

riferimento agli scopi perseguiti: mentre per l'integrazione del reato è richiesto il dolo intenzionale o la colpa grave, l'illecito amministrativo non prevede tale connotazione del profilo psicologico e ha il fine di garantire che i contribuenti adempiano il fondamentale dovere di fornire al fisco informazioni approfondite e accurate per gli accertamenti tributari. Per respingere nel caso ora all'esame le eccezioni del Governo svedese, la Corte, dopo aver ribadito la necessità che le vie di ricorso interne siano accessibili ed effettive, osserva che la ricorrente non avrebbe avuto alcuna possibilità di vedersi accolta l'eccezione fondata sulla violazione del ne bis in idem da parte delle autorità nazionali, stante l'esistenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale che, fino al 2013, ha costantemente ribadito la legittimità convenzionale del doppio binario penale-amministrativo in materia tributaria.

Quindi, ritornando all'esame della sentenza (Lucky Dev c. Svezia) alla luce dei ricordati principi la Corte conclude nel senso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati "penali" anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione perché la sovrattassa deve essere considerata una vera e propria "pena" e quindi i procedimenti amministrativi e penali siano sostanzialmente analoghi.

Ciò che invece conta, nella prospettiva dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione, è stabilire se i fatti all'origine dei due procedimenti sono sostanzialmente gli stessi; a tal fine è, dunque, necessario concentrarsi sull'insieme degli elementi fattuali del caso concreto che coinvolgono la stessa persona e che sono inestricabilmente legati sul piano spaziale e temporale; fatti la cui esistenza deve essere dimostrata per avviare un procedimento o per pervenire ad una condanna. Vi è un aspetto ulteriore

che merita di essere messo in evidenza. Nel delineare i confini del diritto a non essere giudicato o punito due volte, la Corte chiarisce che la celebrazione di due procedimenti paralleli è compatibile con la Convenzione, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo.

Ritornando al nostro studio iniziale il riferimento alla violazione dell'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla Cedu a proposito del divieto del ne bis in idem sancito nella Sentenza Grande Stevens passa attraverso il vaglio della sussistenza di una violazione della suindicata regola attraverso una serie di filtri costituiti da: 1) la natura penale o meno dei procedimenti e delle sanzioni; 2) l'autenticità delle offese che hanno portato all'avvio i procedimenti; 3) la definitività della decisione; 4) la duplicazione dei procedimenti.

All'esito di questa ricostruzione, è facile immaginare quali travolgenti ricadute si dovranno avere sull'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte EDU sul doppio binario penale-amministrativo in materia tributaria. Ricadute che saranno ancora più incisive di quelle (ancora parzialmente) prodotte dalla sentenza Grande Stevens c. Italia, poiché i procedimenti in materia tributaria sono decisamente più numerosi rispetto a quelli cui i fatti della causa afferiscono.

In conclusione, quindi, appare assai opportuno che il legislatore si impegni al più presto in un complessivo intervento di razionalizzazione del sistema sanzionatorio attuale eliminando gli effetti nefasti e stridfenti del principio del "doppio binario" alla luce proprio (ed anche) delle numerose pronunce della CEDU ma viene da chiedersi se non sia anche il caso che la magistratura italiana eviti, nelle more dell'auspicato processo di revisione, il prodursi o il protrarsi di nuove violazioni convenzionali, in

particolare ponendo fine al più presto a tutti i procedimenti penali relativi ai medesimi fatti già giudicati dalla CONSOB con provvedimenti ormai definitivi.

Diversamente non si potrà non immaginare per il futuro una serie di nuove ed ulteriori condanne a Strasburgo sulla scia del caso Grande Stevens anche in considerazione del fatto che la Corte non ha ritenuto di accogliere la richiesta di rinvio alla Grande Camera del caso in questione.

Elusione e abuso del diritto alla luce delle ultime novità normative: primo intervento della Suprema Corte.

di Federica Colaiuda

Premessa sistematica

Con sentenza n. 40272 del 1° ottobre 2015 la Corte di Cassazione – sez. penale – dopo essersi pronunciata sul particolare profilo della retroattività della norma che depenalizza i casi di abuso del diritto, si è soffermata, per la prima volta, sulla nuova disciplina sull'abuso del diritto contenuta nel art. 10-bis dello Statuto del contribuente¹. Sotto il profilo penale, la norma, entrata in vigore dal 1° ottobre 2015, prevede che le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie, ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.

La pronuncia ha riguardato il reato di **dichiarazione infedele** (art. 4, D.Lgs. n. 74/2000) contestato ad un amministratore di società di capitali per aver indicato nella dichiarazione IRES elementi passivi fittizi, conseguenza di un'operazione negoziale formalmente lecita (contratto di stock lending agreement²), posta in essere al solo scopo di conseguire un risparmio di imposta con superamento delle soglie di punibilità previste dalla norma penale tributaria.

In sostanza, era contestato all'amministratore di aver conseguito un **indebito risparmio di imposta** avendo

¹ Introdotto dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, recante "Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23"

² contratto con il quale un soggetto detto prestatore (**lender**) cede la proprietà di determinati titoli (per lo più titoli nominativi e al portatore), riferibili ad un determinato emittente, ad un altro soggetto, detto prestatario (**borrower**), il quale è tenuto a restituire altrettanti titoli della stessa specie e quantità a una data contrattualmente stabilita, pagando un corrispettivo al lender.

esposto elementi passivi fittizi derivanti dalla stipula del **contratto di stock lending agreement**.

I giudici di merito, pur ammettendo in astratto la liceità dell'operazione negoziale «*in quanto non fraudolenta, ma al più elusiva*», avevano rilevato la natura fittizia della stessa in quanto unico fine perseguito era stato quello del risparmio fiscale. Pur riconoscendo l'esistenza degli elementi passivi, le commissioni tributarie li avevano ritenuti fittizi in quanto creati artificialmente al solo scopo di essere esposti nella dichiarazione dei redditi, senza che gli stessi facessero riferimento a una effettiva operatività.

La sentenza della Suprema Corte, che si segnala per tempestività (è stata emessa il 1° ottobre 2015, giorno di entrata in vigore della nuova disciplina) e per il notevole contributo consegnato agli operatori del diritto nella *vexata quaestio* dell'abuso del diritto, ha giustamente ritenuto che la controversia dovesse essere decisa alla luce della nuova disciplina, introdotta dal D.Lgs. n. 128 del 5 agosto 2015 e nel fare ciò si è fatta carico di una duplice problematica: a) la portata retroattiva, in ossequio al principio del *favor rei*, della disposizione dell'art. 10-bis comma 13 legge 212/2000; b) la definizione degli elementi costitutivi dell'abuso/elusione del diritto.

1. Principio del favor rei

La problematica della retroattività dell'art. 10 – bis comma 13 legge 212/2000 trova causa nella non felice formulazione del quinto comma dell'art. 1 d.lgs. n. 128/2015.

Secondo tale previsione "*Le disposizioni dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, hanno efficacia a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano anche alle operazioni poste in essere in data anteriore alla loro efficacia per le quali, alla stessa data, non sia stato notificato il relativo atto impositivo*".

Il comma 13 del citato art. 10 – bis prevede, come detto, la c.d. “depenalizzazione” dell’abuso con la conseguente sanzionabilità della relativa condotta in via amministrativa³.

Una lettura poco attenta di tali norme avrebbe potuto portare a ritenere la prima in palese contrasto con il principio generale del *favor rei* sancito dall’art. 2 c.p.. Come rilevato, inoltre, in sede di giudizio di legittimità da parte ricorrente, una limitazione del principio di retroattività della norma più favorevole sarebbe risultata in contrasto con gli artt. 76 Cost. (eccesso di delega), 117 comma 1 Cost. (rispetto vincoli internazionali) nonché con l’art. 3 Cost. (diritto di eguaglianza) nella particolare ipotesi in cui tale limitazione dovesse essere fatta dipendere da un comportamento unilaterale della P.A. (notifica dell’atto di accertamento in data anteriore all’entrata in vigore del decreto).

La Corte di Cassazione ha superato tali eccezioni attraverso una lettura costituzionalmente orientata del citato comma 5 dell’art. 1.

In primo luogo, ha evidenziato come tale norma contenga, a ben vedere, due distinte disposizioni transitorie: “con la prima, il legislatore ha inteso rendere efficaci fin dal 1 ottobre 2015 tutte le disposizioni contenute nell’art. 10 bis, dello Statuto dei diritti del contribuente. Pertanto, le disposizioni che recano la nuova **disciplina tributaria** dell’abuso del diritto sono destinate ad esplicare effetto per le operazioni poste in essere dalla data del 1 ottobre 2015 in virtù del principio del *tempus regit actum*, ovvero del principio di irretroattività della legge sopravvenuta sancito dall’art. 11 preleggi. Per contro, la disposizione del comma 13, che reca la statuizione di irrilevanza penale delle operazioni abusive è destinata ad esplicare effetto, oltre che naturalmen-

3 “Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l’applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.”

te per le nuove operazioni abusive poste in essere dalla data del 1 ottobre 2015, anche per quelle poste in essere prima di tale data per il principio di retroattività della **legge penale** più favorevole sancito dall’art. 2 c.p..

Con la seconda statuizione, il legislatore ha inteso chiaramente estendere l’applicabilità della nuova **disciplina tributaria** dell’abuso del diritto anche alle operazioni poste in essere prima del 1 ottobre 2015 in quanto tale disciplina non sarebbe stata altrimenti applicabile in virtù del principio del *tempus regit actum* ovvero del richiamato principio di irretroattività della legge sopravvenuta, facendo tuttavia salva l’applicazione della vecchia disciplina tributaria dell’abuso del diritto fiscale alle predette operazioni, qualora sia stato notificato il relativo atto impositivo prima della predetta data per evitare che siano posti nel nulla gli atti impositivi già notificati.”

La Suprema Corte ha quindi distinto gli effetti penali da quelli meramente tributari: i primi non possono che muoversi secondo i principi generali del diritto penale, ivi compresa l’applicazione della norma più favorevole per il reo; i secondi sopportano la irretroattività, espressamente voluta dal legislatore, della norma sopravvenuta nella ipotesi di avvenuta notifica dell’atto impositivo⁴.

Supportano tale interpretazione gli stessi lavori preparatori; in particolare quanto ritenuto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati, secondo cui non solo “nell’ipotesi di procedimento penale in corso occorrerà applicare le norme più favorevoli che escludono la rilevanza penale di simili comportamenti

4 TABET G. Sull’efficacia temporale della nuova disciplina dell’abuso del diritto in materia fiscale, Rassegna tributaria, 2016

“, ma che “occorre considerare altresì il principio del favor rei secondo il quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato... (art. 2 c.p., comma 2)” nonché dal Governo nella Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 128 del 2015, art. 1, comma 5. In tale sede, l'esecutivo precisa che tale disposizione “declina il principio “tempus regit actum” secondo cui la normativa sopravvenuta si applica a ciascun procedimento amministrativo non ancora concluso mediante l'adozione dell'atto finale”, e nel fare ciò ha chiaramente dato per acquisito, secondo la Suprema Corte, che tale disposizione è volta a regolamentare esclusivamente l'efficacia della nuova disciplina tributaria dell'abuso del diritto e non anche di quella penale.

Un'adversa lettura della norma, osservano i giudici di legittimità, oltre a risultare in contrasto con l'art. 8 della legge delega n. 23 del 2014, avrebbe comportato una duplice violazione dell'art. 117 Cost., comma 1 “ laddove disponendo che “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”, impone al legislatore di conformarsi agli obblighi derivanti anche dai trattati internazionali ratificati dall'Italia.”

Sotto il primo aspetto, infatti, la delega al Governo a configurare come fattispecie di reato, “i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa”, non conteneva alcuna limitazione temporale all'efficacia di tali nuove fattispecie di reato.

Per quanto concerne, invece, l'osservanza degli obblighi derivanti dai trattati

internazionali, la Corte evidenzia come il principio del favor rei sia espressamente previsto dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966⁵ e dall'art. 7 della CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza della Grande Camera del 17 settembre 2009⁶.

Esclusa, altresì, la possibilità di operare in regime di deroga in virtù del limite di ragionevolezza⁷.

La previsione d'inapplicabilità della statuizione d'irrelevanza penale delle operazioni abusive anche alle operazioni abusive poste in essere prima della data del 1 ottobre 2015 per le quali sia stato già emanato il relativo atto impositivo non sarebbe conforme a tale principio.

Sarebbe, infatti, afferma la Corte, del tutto “irragionevole far dipendere l'applicazione di un deteriore trattamento penale di un'operazione asseritamente abusiva da un fatto - e cioè quello della notifica di un atto impositivo - che non solo è rimesso alla discrezionalità dall'Agenzia delle Entrate che è libera di decidere quando procedere alla sua notifica entro il termine perentorio di legge, ma non è comunque tale da poter giustificare tale deteriore trattamento penale, essendo la notifica di un tale atto del tutto irrilevante a questi effetti”.

5 “se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne”

6 ric. n. 10249/03, Scoppola contro Italia: la Corte di Strasburgo ha espresso l'avviso che tale disposizione sancisce non solo “il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa” e che “se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato”.

7 Corte Cost., sentenza n. 236 del 2011

In conclusione, tale ultima disposizione opera esclusivamente in ambito amministrativo-tributario con l'evidente fine di salvare l'attività di accertamento già portata a termine da parte del Fisco con la notifica del relativo provvedimento⁸.

Resta, in materia penale, impregiudicato il principio del *favor rei*.

La sentenza in commento, sicuramente pregevole, lascia comunque alcune questioni "aperte", prontamente rilevate dalla dottrina⁹. In particolare, ritengo meritevole di approfondimento la sorte delle sanzioni irrogate con gli avvisi notificati antecedentemente al 1° ottobre 2015.

Invero, se il comma 5 dell'art. 1 D.lgs. N. 128 del 2015, fa salva la disciplina previgente per gli avvisi di accertamento già notificati, osta alla sanzionabilità di condotte non più illecite per effetto della normativa sopravvenuta, lo stesso principio del *favor rei*, di natura penale, recepito, in ambito sanzionatorio tributario, dall'art. 3, comma 2 del D.Lgs. n. 472 del 1997.¹⁰

E' pur vero che il legislatore del 1997 ha previsto una deroga ("Salvo diversa previsione di legge...") all'applicazione del principio generale e che tale deroga potrebbe essere individuata proprio nel comma 5, ma, attesa la natura punitiva della sanzione tributaria, in gran parte improntata ai medesimi principi del diritto

⁸ SCARIONI P. ANGELUCCI P. *I pregiudizi dell'Agenzia dell'Agenzia delle entrate in tema di abuso del diritto*, Bollettino tributario d'informazioni, 2015

⁹ MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti ed ambiti applicativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

¹⁰ Art. 3, comma 2 D.Lgs. n. 472 del 1997: "Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile. Se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato".

to penale, ritengo più coerente al sistema limitare la portata del comma 5 alla disciplina sostanziale dell'abuso e non estenderla anche al profilo sanzionatorio.

2. L'abuso del diritto nella disciplina dettata dall'art. 10 – bis dello Statuto del contribuente

La Suprema Corte ha poi affidato agli operatori del diritto un significativo contributo circa gli elementi costitutivi della nuova figura dell'abuso del diritto. La sentenza assume particolare rilevanza in quanto costituisce il primo intervento giurisprudenziale sulla disciplina dell'art. 10 – bis dello Statuto del contribuente.

2.1 Precedenti normativi

Pregevole appare la ricognizione della normativa anti-abuso effettuata dai giudici di legittimità. Dopo aver evidenziato l'assenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di una norma generale antielusiva hanno individuato nell'art. 10 della legge 29 dicembre 1990 n. 408 e, successivamente, nell'art. 37 – bis DPR n. 600 del 1973 i precedenti normativi dell'attuale disciplina¹¹.

In particolare, l'art. 10 stabiliva che: "E' consentito all'Amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazione, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori immobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta".

L'art. 37 – bis stabiliva, invece, al comma 1, che "Sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni

¹¹ CORASANITI *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario* in *Diritto e pratica tributaria*, 2009

economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti" ed al comma 3, elenca le operazioni censurabili come elusive (trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie, ecc.).

L'intervento operato con l'art. 37 - *bis* si era reso necessario per superare le varie diatribe che l'art. 10 della legge n. 408/90 aveva suscitato utilizzando, per definire la condotta elusiva, il termine "fraudolentemente". Ci si era, infatti, chiesto se, per la realizzazione della fattispecie elusiva, fosse necessaria o meno la tenuta di un comportamento fraudolento. "L'art. 37 - *bis* del DPR n. 600/1973, come emerge dalla relativa relazione illustrativa, è intervenuto a chiarire che l'elusione prescinde completamente non solo dalla simulazione ma anche dalla frode".¹²

La norma, in definitiva, andava a coprire una "zona grigia" individuata tra il concetto di evasione e quello di legittimo risparmio di imposta: la zona dell'elusione.

Chiarito, infatti, che l' "evasione" si realizzava quando vi è nascondimento di ricchezza imponibile e che il "legittimo risparmio di imposta" si verificava quando, tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adottava quello meno oneroso, si aveva abuso o elusione quando quest'ultimo conseguiva un vantaggio fiscale indebito che tradiva la *ratio* della norma o comunque un vantaggio disapprovato dal sistema.¹³

Lungi dal reclamare una valenza generale, entrambe le norme contenevano un elenco di quelle operazioni che il legislatore aveva ritenuto più significative e alle quali occorreva opporre la clausola dell'elusività¹⁴.

In particolare l'art. 37 - *bis* si poneva come norma che, in quale modo, rompeva il sistema

12 VACCA, *L'abuso e la certezza del diritto* in *Corr. Trib. n. 15/2014*

13 DEOTTO, *L'abuso del diritto non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio di imposta*, in *Corr. Trib. n. 12/2013*

14 LUPI- STEVANATO, *Elusione e abuso del diritto come nuova frontiera dell'inferno di ciò che è palese*, in *Dialoghi tributari*, 2009

perché prevedeva, in presenza di precise condizioni, la inopponibilità al fisco di "atti, fatti e negozi" fino ad allora incontestabili. Proprio per tale sua funzione il legislatore aveva ritenuto di limitarne l'efficacia ad alcune fattispecie.

L'art. 37 - *bis*, inoltre, conteneva una norma di estrema importanza sotto il profilo delle garanzie procedurali. Al quarto comma prevedeva che: "l'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati i motivi per cui si reputano applicabili i commi primo e secondo" ed al quinto che: "l'avviso di accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente". È quella che la dottrina ha chiamato la "supermotivazione".¹⁵

D'altra parte occorre evidenziare come il contraddittorio preventivo previsto dalla norma costituisse un momento essenziale del procedimento di emanazione dell'atto di accertamento¹⁶ e si muovesse all'interno di quella partecipazione del cittadino all'attività di produzione amministrativa voluta, in via generale, dalla legge n. 241/1990, ma perseguita anche in ambito tributario¹⁷.

Il diritto tributario, come ritenuto da autorevole dottrina¹⁸, "non potrebbe muoversi su linee divergenti da quelle del restante settore del diritto amministrativo, linee che sono in definitiva quelle dell'economicità e dell'efficienza dell'attività amministrativa,, fondate su una visione più duttile e democratica di tale attività e degli strumenti attraverso i quali essa si esplica".

15 TUNDO, *Abuso del diritto ed elusione: un'anomala sovrapposizione*, in *Corr. Trib. n. 4/2011*

16 RENDA, *Elusione e abuso del diritto, l'incidente della Cassazione sul diritto al contraddittorio preventivo*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014

17 MARONGIU, *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corriere tributario*, 2009

18 SALVINI, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente ed oltre)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000.

Tali guarentigie, a parere di alcuni¹⁹, non sarebbero accordate dalla disciplina dell'abuso, nonostante la sostanziale sovrapposibilità delle due figure.²⁰

2.2 Il "decreto certezza del diritto"

Su questo scenario²¹ è intervenuto il legislatore con il D.Lgs. 5 agosto 2015 n. 128 (c.d. decreto certezza del diritto) inserendo nello Statuto del contribuente l'art. 10-bis contenente "la disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale".

Vediamola più in dettaglio per verificare se sono stati effettivamente superati quegli elementi di incertezza più volte lamentati dalla dottrina.

In primo luogo appare interessante la collocazione sistematica che la Suprema Corte opera della nuova disciplina.

*"Il nuovo art. 10 bis, dello "Statuto", - scrivono i giudici di legittimità - "prevede, anzitutto, che l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di disposizioni del D.Lgs. n. 74 del 2000, ovvero la violazione di altre disposizioni. Il che conferma che la disciplina dell'abuso del diritto ha **applicazione solo residuale** rispetto alle disposizioni concernenti la simulazione o i reati tributari, in particolare, l'evasione e la frode: queste fattispecie vanno perseguite con gli strumenti che l'ordinamento già offre."*

La norma, evidenzia la Corte, è la soluzione ad un problema di fronte al qua-

le si era trovato il legislatore delegato: eliminare tout court la rilevanza penale dell'elusione senza conseguenze nemmeno sul piano sanzionatorio amministrativo, oppure prevedere unicamente la loro sanzionabilità amministrativa nel caso in cui si violino norme tributarie. La scelta è caduta su questa seconda opzione in considerazione del disvalore che comunque caratterizzano le condotte elusive.

Sicuramente da apprezzare l'unificazione della nozione di abuso del diritto con quella di elusione fiscale, come da tempo sostenuto dalla migliore dottrina, nonché l'abrogazione dell'art. 37 - bis.

Vengono così a cessare tutte quelle questioni, sopra riferite, che hanno animato il dibattito sulla definizione dell'una e dell'altra figura e del rapporto tra le stesse²².

La nuova norma, in attuazione di quanto indicato nella legge di delega²³, osserva la Suprema Corte, ridisegna i confini della condotta abusivo-elusiva cercando di oggettivarne, in un'ottica di certezza, quanto più possibile, i presupposti costitutivi²⁴.

La stessa, inoltre, conferisce alla disciplina una indubbia valenza generale essendo applicabile tanto alle imposte sui redditi, come finora previsto dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, quanto a quelle indirette, fatta salva la speciale disciplina in materia doganale.

Evidenzia la Corte come "l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello Statuto dei diritti del contribuente conferisce ad essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto da questa Corte relativamente alle altre disposizioni contenute nello Statuto²⁵".

19 Cfr. CTP di Reggio Emilia, sent. n. 242 del 2010

20 TUNDRO, *Abuso del diritto ed elusione: un'anomala sovrapposizione*, in *Corr. Trib.* n. 4/2011

21 FICARI, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra 'diritto' giurisdizionale e certezza normativa*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2008

22 GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna tributaria*, 2015

23 legge delega 11 marzo 2014, n. 23

24 GIOVANNINI, *La delega unifica elusione e abuso de diritto: nozione e conseguenze*, in *Corriere tributario*, 2014

25 Cass. Civ., Sez. T, sentenza n. 9308 del 17 aprile 2013

In dettaglio, la norma stabilisce che configurano "abuso del diritto" le operazioni "prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti."

Coerentemente con la costruzione normativa la Suprema Corte individua, pertanto, i seguenti presupposti: 1) assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate; 2) realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; 3) circostanza che il vantaggio è l'effetto essenziale dell'operazione.²⁶

Questa costruzione ci appare più attenta alle istanze di certezza di quanto non fosse quella evincibile dai principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, appiattita, come rilevato da alcuni²⁷, sulle posizioni della Suprema Corte. E ciò perché è forte, nel legislatore delegato, l'esigenza di armonizzare, in un contesto di internalizzazione della lotta all'elusione quale quello attuale, la nozione stessa di abuso/elusione con quella degli altri Paesi europei, ed a tale fine non poteva non tenersi conto della definizione dell'abuso contenuta nella raccomandazione in materia di pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012 resa dalla Commissione Europea²⁸.

Secondo tale documento è considerata condotta abusiva *"Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale"* (punto 4.2.), *chiarendosi che "una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza economica"* (punto 4.4.).

26 La dottrina ha invece ritenuto elementi costitutivi: a) il **formale rispetto della legge**; accompagnato però da b) la sostanziale frustrazione degli obiettivi della legge (**il carattere indebito del risparmio**); c) l'utilizzo di **strumenti privi di sostanza economica**; d) l'**"essenzialità"** dello scopo di realizzare vantaggi fiscali indebiti. Cfr. CONTRINO e MARCHESELLI, *Luci ed ombre nella struttura dell'abuso fiscale riformato*, in *Corr. Trib.* n. 37/2015

27 *Idem* nota 32

28 ZIZZO, *L'abuso del diritto tra incertezza della delega e raccomandazioni europee*, in *Corriere tributario*, 2014

Due sono, pertanto, gli elementi costitutivi dell'abuso: a) che la condotta sia priva di sostanza economica; b) e che sia finalizzata "essenzialmente" allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

Per meglio definire il primo requisito la raccomandazione contiene un elenco di figure sintomatiche che costituiscono un sicuro elemento di certezza, mentre, per quanto concerne il secondo, quello cioè del risparmio d'imposta quale scopo "essenziale" della condotta, la stessa afferma che la condizione deve ritenersi integrata "se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso" (punto 4.6.), e cioè quando le finalità extrafiscali siano insignificanti, pretestuose o comunque marginali nello specifico contesto fattuale e giuridico".

Oltre a tali definizioni la raccomandazione offre poi un chiaro concetto, alla luce del quale deve essere interpretata l'intera condotta elusiva; si tratta del principio secondo cui: "la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili" (punto 4.5.)²⁹.

Non si ha abuso del diritto in assenza di contrasto tra il vantaggio fiscale conseguito e la ratio della disciplina non applicata.

E' il contrasto tra il formale rispetto della legge e la "sostanziale frustrazione degli obiettivi della legge" che rende indebito il risparmio d'imposta, non l'idea stessa che possa essere perseguito un risparmio d'imposta nel pieno rispetto delle finalità della norma.

Il legislatore delegato³⁰, molto opportunamente, pertanto, ha aderito alla nozione

29 MUNARI, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015

30 GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014

comunitaria dell'abuso del diritto prevedendo al comma 1 dell'art. 10 – bis dello Statuto che *“Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*; ma ancor più importante, a nostro parere è la definizione contenuta nel comma 2 secondo cui *“si considerano vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.”*

Ancor più chiaramente la Suprema Corte, rileva come la norma ribadisca *“il principio generale secondo cui il contribuente può legittimamente perseguire un risparmio di imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo tra gli atti, i fatti e i contratti quelli meno onerosi sotto il profilo impositivo”*. *“L'unico limite alla suddetta libertà”* – si legge ancora – *“è costituito dal divieto di perseguire un vantaggio fiscale indebito. Di qui la già sottolineata delicatezza dell'individuazione delle rationes delle norme tributarie ai fini della configurazione dell'abuso”*.

Non può sottacersi, infatti, come il problema, in termini di certezza, si sposti inevitabilmente sulla individuazione delle finalità della norma fiscale o dei principi dell'ordinamento tributario; ammonisce, infatti, la Corte: *“la ricerca della ratio e la dimostrazione della violazione di essa deve costituire il presupposto oggettivo imprescindibile per distinguere il perseguimento del legittimo risparmio d'imposta dall'elusione”*.

La citata sentenza, inoltre, interviene anche sull'altro requisito, quello delle *“operazioni prive di sostanza economica”* e fungendo le perplessità sollevate in dottri-

na³¹ sulla *“incompletezza”* della norma³² afferma il **carattere meramente esemplificativo** dell'indicazione dei due indici di mancanza di sostanza economica, vale a dire: 1) la non coerenza della qualifi-

31 CONTRINO e MARCHESELLI, *Luci ed ombre nella struttura dell'abuso fiscale riformato*, in *Corr. Trib. n. 37/2015*: *“Sul punto, assai dettagliata è, ancora una volta, la raccomandazione europea (§ 4.4), laddove si individuano come sintomi della carenza di sostanza economica (9): a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme: tale sintomo ricorre quando vi è una costruzione che, nel suo complesso, è idonea a determinare effetti giuridici ed economici, ma, all'interno di essa, alcuni passaggi (una parte) sono giuridicamente incoerenti con l'operazione complessiva (il tutto) (siccome distonici o inutili); b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe altrimenti impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale: tale sintomo ricorre quando il percorso seguito non sarebbe stato adottato da un operatore ragionevole che segua la ordinaria prassi commerciale, in quanto più tortuoso e meno lineare, in assenza di vantaggio fiscale; c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente: tale sintomo ricorre quando all'interno del percorso seguito ci sono passaggi che, pur dotati di effetti se singolarmente presi, nella loro successione invece si azzerano (e si giustificano solo perché idonei a determinare il regime fiscale favorevole); d) le operazioni concluse sono di natura circolare: tale condizione ricorre quando il percorso seguito conduce a un risultato finale identico al punto di partenza; e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa; f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali: tale condizione ricorre quando, sul piano quantitativo, i vantaggi extrafiscali correlati al percorso seguito sono economicamente irrilevanti rispetto a quelli fiscali. Non può non rilevarsi che, sul punto, il Decreto delegato è stato, alla lettera, assai più timido, limitandosi a enunciare il riferimento ai soli primi due sintomi.”*

32 Art. 10-bis, comma 2, lett. a) Statuto del contribuente: *“Ai fini del comma 1 si considerano: a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, idonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; b)...*

cazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme; 2) e la non conformità degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

Ciò, a nostro parere, introduce, però, un ulteriore elemento di incertezza. Se da un lato permette di ampliare le ipotesi delle operazioni "prive di sostanza economica", attingendo, magari, da quelle espressamente enunciate nella raccomandazione comunitaria, dall'altra finisce per rendere indeterminato il contenuto della norma, lasciando agli interpreti l'arduo compito di individuare gli ulteriori indici.

La tecnica normativa con cui è stata redatta la raccomandazione comunitaria, con la enucleazione di un numero chiuso di figure sintomatiche, appare sicuramente contenere maggiori elementi di certezza della norma interna.

Ulteriore elemento di preoccupazione, da parte della dottrina citata, era dato dall'art. 5 della legge delega in virtù del quale il conseguimento del vantaggio fiscale indebito doveva costituire la "causa prevalente" della condotta. La discrezionalità sottesa all'utilizzo dell'aggettivo "prevalente" avrebbe potuto riproporre gli stessi inconvenienti, in termini di certezza, già lamentati in passato.

Il comma 3 del citato art. 10 – bis, nell'intento di eliminare gli spazi di "discrezionalità", prevede che: *"Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente"*.

La norma ha il sicuro pregio di eliminare l'aggettivo "prevalente" e di utilizzare il diverso termine della "non marginalità"

ma riteniamo comunque che il problema della certezza permanga, dovendo quest'ultima essere anch'essa oggetto di valutazione da parte dell'operatore e/o del giudice³³.

Questo profilo non è sfuggito al giudice di legittimità che ha rilevato come *"la riconosciuta possibile coesistenza di ragioni economiche extrafiscali con quelle fiscali lasci margini di incertezza sul peso specifico che le une devono assumere rispetto alle altre, affinché possa essere superato il connotato di abusività dell'operazione"*.

"Tuttavia, per cogliere la non marginalità delle ragioni extrafiscali", afferma la Corte, "occorre guardare all'intrinseca valenza di tali ragioni rispetto al compimento dell'operazione di cui si sindacava l'abusività. In questo senso, le ragioni economiche extrafiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza. In altri termini, dunque, sarà necessario dimostrare che l'operazione non sarebbe stata compiuta in assenza di tali ragioni".

È senz'altro da apprezzare il tentativo della giurisprudenza di legittimità di delineare gli ambiti della marginalità, ma non vorremmo che si riproponesse, per tale via, quell'attività di "supplenza" foriera, in passato, di incertezze e di contenziosi.

In particolare, è da scongiurare una lettura della norma che porti a ritenere abusiva una determinata operazione solo perché non vi siano "ragioni economiche extrafiscali non marginali" che la sottendono, negando, in tal modo, come fatto dalla precedente giurisprudenza della Cassa-

33 GIOVANNINI, *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto*, in *Corriere tributario*, 2015

zione, l'esistenza stessa di un legittimo risparmio d'imposta, risparmio ampiamente riconosciuto dall'intero impianto della nuova disciplina ed espressione di quella libertà di iniziativa economica richiamata anche dal comma 4 dell'art. 10-bis (*"Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale"*).

La previsione del comma 3, infatti, va letta come rafforzativa dell'intero impianto posto dai precedenti commi 1 e 2 (*"Non si considerano abusive, in ogni caso, ..."*) e tende a fugare dubbi sorti nella precedente produzione giurisprudenziale. La norma, però, si muove all'interno dall'istituto disegnato nei commi 1 e 2; ne consegue, a nostro parere, che la stessa non possa prescindere dai requisiti sopra indicati, primo fra tutti quello **del contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario**.

Una maggiore determinatezza della norma sarebbe stata sicuramente opportuna.

2.3 Diritto di difesa e nuova disciplina dell'abuso

Queste brevi osservazioni non potrebbero dirsi complete se non facessi cenno alla tutela del diritto di difesa contenuta nell'art. 10 – bis.

La norma, pur riecheggiando vagamente il soppresso art. 37 – bis, è palesemente preoccupata di assicurare la più ampia tutela al contribuente fin dalle prime battute del procedimento amministrativo, ed ancor prima.

L'introduzione, infatti, di un apposito interpello (comma 5 dell'art. 10 – bis)

si muove all'interno del nuovo rapporto di collaborazione fisco-contribuente che caratterizza l'intera riforma del sistema tributario³⁴. La possibilità di rivolgersi all'Amministrazione prima ancora di porre in essere l'operazione significa risolvere alla fonte eventuali dubbi sulla disciplina applicabile ed evitare contenziosi lunghi e dagli esiti incerti, a tutto vantaggio della certezza del diritto.

La tutela del diritto di difesa passa, inoltre, attraverso la valorizzazione del contraddittorio. Come osservato da autorevole dottrina³⁵, tale contraddittorio endoprocedimentale obbligatorio era già codificato per gli accertamenti antielusivi ex art. 37 – bis, ma qui la preoccupazione dell'**effettività** dello stesso appare evidente.

Fin dalle prime battute la norma intende assicurare un confronto effettivo tra l'Amministrazione ed il contribuente. La prima, infatti, nella fase istruttoria dell'accertamento, deve rivolgere a quest'ultimo una "richiesta di chiarimenti" *"in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto"*. L'Ufficio palese, quindi, immediatamente la propria volontà di perseguire una condotta elusiva e/o abusiva e comunica i motivi che sono alla base di questa sua iniziativa. La norma non è nuova (anche l'art. 37 – bis ne conteneva una simile) ma l'attenzione al contraddittorio è evidenziata dalle forme in cui lo stesso deve instaurarsi.

La precedente disciplina, più che altro, lo presupponeva, nel momento in cui affermava che l'avviso di accertamento dovesse essere emanato *"previa richiesta al contribuente, anche per lettera raccomandata, di chiarimenti"*; l'attuale di-

34 GALLO, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014

35 CONTRINO e MARCHESELLI, *Difesa nel procedimento e nel processo dopo la riforma dell'abuso del diritto*, in *Corr. Trib. n. 38/2015*

sciplina prevede, invece, che la richiesta di chiarimenti debba essere “*notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni*”.

Il contribuente, pertanto, deve essere, con certezza, messo nella condizione di interloquire con l'Amministrazione procedente già nella fase endoprocedimentale.

Egli deve essere immediatamente reso edotto che si sta procedendo nei suoi confronti con la contestazione dell'abuso ed ha 60 giorni di tempo per far pervenire le proprie osservazioni e di provare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui si è detto.

Il momento del contraddittorio assume una tale centralità che viene addirittura prorogato il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo qualora tra il ricevimento dei chiarimenti e quest'ultimo non fossero disponibili i sessanta giorni previsti per lo svolgimento del contraddittorio.

E' questo momento di dialettica che definisce il contenuto del successivo accertamento se è vero, com'è vero, che l'Amministrazione dovrà “*specificamente*” motivare, a pena di nullità, “*in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente*” (comma 8).

Il precedente art. 37 – bis prevedeva solo che l'avviso di accertamento dovesse essere specificamente motivato, sempre a pena di nullità, “*in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente*”. Nessun obbligo, per l'Amministrazione, di motivare, in maniera puntuale, le ragioni per le quali riteneva abusiva la condotta e di

indicare la normativa elusa e gli indebiti vantaggi realizzati³⁶.

L'accertamento antielusivo muove, pertanto, da presupposti propri che nulla hanno a che fare con altri fenomeni fraudolenti o di natura evasiva, analiticamente indicati nella motivazione, una motivazione redatta, potremmo dire, con la partecipazione dello stesso contribuente. Il contraddittorio, pertanto, non potrà che essere effettivo, pena la insufficiente motivazione dell'atto con conseguente annullabilità dello stesso in sede contenziosa.

Infine, un ultimo tassello a tutela del diritto di difesa: la non rilevabilità d'ufficio, prevista dal comma 9, dell'abuso del diritto. E' di tutta evidenza che, se l'avviso di accertamento deve essere preceduto, a pena di nullità, dal contraddittorio e deve essere motivato in maniera così specifica, non può prevedersi la rilevabilità d'ufficio. Riconoscere al giudice una tale possibilità avrebbe significato vanificare il contraddittorio endoprocedimentale previsto, invece, dal legislatore come momento centrale del procedimento; inoltre avrebbe disconosciuto la specificità dell'accertamento antielusivo. Sarebbe stato, infatti, permesso al giudice di qualificare come elusivo un accertamento costruito dall'ufficio su presupposti diversi che nulla hanno a che fare con l'abuso. Abbiamo, invece, visto come questo tipo di accertamento abbia una propria specificità, sia nell'iter procedimentale che nella motivazione.

Viene così, anche per questa via, rafforzata la tutela del diritto di difesa.

36 MOSCATELLI, *Profili procedurali della rilevazione dell'abuso del diritto e tutela del contraddittorio*, in GT, 2014

3. Considerazioni conclusive

A questo punto occorre porsi una domanda: l'intervento del legislatore è riuscito a dare alla figura dell'abuso quegli elementi di certezza da tempo invocati dagli operatori economici prima ancora che dalla dottrina³⁷?

La risposta non è così netta. Quello dell'abuso e/o elusione è sicuramente un terreno scivoloso e mal si presta ad essere definito attraverso disposizioni normative. Probabilmente tali difficoltà sono alla base della depenalizzazione della condotta e della "residualità" della figura³⁸.

Appare, pertanto, apprezzabile il risultato ottenuto dal legislatore delegato³⁹ anche se, come abbiamo avuto modo di evidenziare, permangono zone grigie che potrebbero dare adito a nuove stagioni contenziose.

L'intervento della Suprema Corte ha sicuramente definito alcuni tratti della nuova figura ma altri profili aspettano di essere chiariti.

Meritevole di ulteriori approfondimenti è, come rilevato dalla dottrina⁴⁰, la nozione stessa di abuso del diritto nonché la portata del comma 12 dell'art. 10 – bis⁴¹

37 MELILLO, *Elusione e abuso del diritto: tra ipotesi di integrazione ed esigenze di certezza normativa*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2010

38 Art. 10-bis, comma 9: "In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie".

39 ZIZZO, *Gli obiettivi della riforma e la clausola generale per il contrasto dell'abuso di diritto*, in *Corriere tributario*, 2012

40 MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti ed ambiti applicativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

41 Art. 10 – bis, comma 12: "In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche

che esclude l'abuso nella ipotesi in cui i vantaggi fiscali possono essere disconosciuti applicando specifiche disposizioni.

Parimenti da chiarire resta il rapporto tra la nuova figura dell'abuso e le fattispecie penali previste dalla l. n. 74 del 2000, come modificata dal D.Lgs. n. 158 del 2015.

Volendo, però, dare un giudizio sul nuovo assetto della materia riteniamo che lo stesso debba essere valutato nella sua interezza ed in tale ottica particolare rilevanza deve essere riconosciuta a quelle disposizioni che regolamentano il contraddittorio endoprocedimentale. E' questa la sede ove fare chiarezza ed elevare il livello di certezza.

Il successo della nuova disciplina è rimesso alla effettività del contraddittorio, sperando che l'Ufficio rifugga da formule stereotipate di rigetto dei chiarimenti forniti dal contribuente e quest'ultimo dalla tentazione di rinviare la propria tutela alla fase contenziosa.

E' auspicabile che questo momento non venga declassato a mera incombenza formale ma sia visto da entrambe le parti come un'occasione per accertare, nel pieno rispetto delle opposte raffigurazioni, l'esistenza o meno di una condotta elusiva. La completa ed effettiva partecipazione al contraddittorio del contribuente favorirà inoltre la definizione stessa della pretesa tributaria e contribuirà alla deflazione del contenzioso.

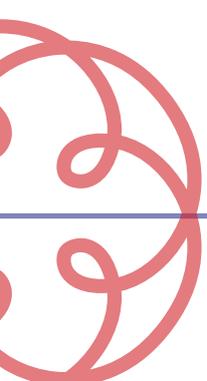
Occorrerà, in particolare, da parte dell'organo accertatore, un'analisi più attenta e meno superficiale dei fatti economici ed aziendali suscettibili di abuso; gli uffici dovranno abbandonare quella prassi, sostenuta fino ad ora dalla giurisprudenza

disposizioni tributarie".

della Suprema Corte, di motivare i propri accertamenti invocando l'abuso laddove non riescano ad accertare per altre vie la sottrazione di materia imponibile. Dovranno, inoltre, rinunciare a quella posizione, spesso di comodo, secondo cui vi è abuso ogni qualvolta vi sia un risparmio d'imposta. L'analisi andrà condotta in maniera puntuale ed approfondita sulla *ratio* della norma e sulle finalità della stessa per verificare se la condotta tenuta dal contribuente sia coerente con le stesse.

E' un'attività sicuramente impegnativa ma altrettanto necessaria se si vuole uscire dalla indeterminatezza che fino ad ora ha caratterizzato la materia. Il contraddittorio, se effettivo, favorirà sicuramente l'esame e la valutazione dei fatti oggetto di accertamento e consentirà agli operatori di affrontare con maggiore serenità il relativo procedimento. Una serenità assicurata, sicuramente, anche dalla depenalizzazione della condotta elusiva prevista dal legislatore delegato.

Si poteva fare di più? Forse. Ma ciò che è importante è aver disegnato i caratteri essenziali della condotta elusiva ed aver messo al centro dell'intero procedimento accertativo il contraddittorio. Spetta ora all'ufficio ed al contribuente utilizzare tale strumento per consentire al primo di perseguire le sole condotte effettivamente elusive, ed anche in quest'ultimo caso, l'auspicio è quello di pervenire ad un accertamento partecipato ed in qualche modo "condiviso" in modo da degradare a mera eventualità l'ipotesi di far ricorso al giudice tributario.





Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili
Circostrizione del Tribunale di Foggia