

SUPSI

Novità fiscali

L'attualità del diritto tributario svizzero
e internazionale

N° 1 – gennaio 2021

DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

Novità normative e di prassi fiscali cantonali valide
per l'anno fiscale 2020

Anna Maestrini

3

La nuova Circolare AFC n. 29b relativa al principio
dell'apporto di capitale

Louis Macchi e Matteo Gamboni

9

Cambio di sistema nell'ambito del valore locativo:
una riforma complicata

Samuele Vorpe

15

DIRITTO TRIBUTARIO ITALIANO

Il fondamento giuridico del principio di inerenza nel reddito
d'impresa

Livio Gucciardo

23

DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE E DELL'UE

Simulazione dell'indebitamento e imposta sui redditi
delle società nell'ordinamento europeo, italiano e svizzero

Roberto Iaia

30

IVA E IMPOSTE INDIRETTE

La responsabilità del rappresentante in ambito IVA

Mirya Favazzo

35

IVA in dogana nel confronto tra Svizzera e Italia

Fabrizio Vismara

44

DIRITTO FINANZIARIO

Finanza sostenibile: opportunità, rischi e nuove tendenze

Filippo Recalcati e Barbara Vanacore Carulli

49

DIRITTO SOCIETARIO

Responsabilità penale degli amministratori: delimitazioni

Giovanni Molo

61

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UE

Il regime fiscale differenziato dei pensionati non residenti
supera la prova del diritto europeo

Carmine Marrazzo

68

Introduzione

Novità fiscali

01/2021

Redazione

SUPSI

Centro di competenze
tributarie
Stabile Suglio
Via Cantonale 18
6928 Manno
T +41 58 666 61 75
F +41 58 666 61 76
diritto.tributario@supsi.ch
www.novitafiscali.supsi.ch

ISSN 2235-4565 (Print)
ISSN 2235-4573 (Online)

Direttore scientifico

Samuele Vorpe

Comitato scientifico dei revisori

Francesca Amaddeo
Flavio Amadò
Paolo Arginelli
Sacha Cattelan
Thierry De Mitri
Rocco Filippini
Simona Genini
Marco Greggi
Patrizia Lang
Giordano Macchi
Giovanni Molo
Andrea Pedroli
Paolo Piantavigna
Andrea Purpura
Filippo Recalcati
Nicola Sartori
Curzio Toffoli
Samuele Vorpe

Impaginazione e layout

Laboratorio cultura visiva



ASSOCIAZIONE
IMPRESE
FAMILIARI

FIDUCIARI | SUISSE



Il primo numero di NF del 2021 si apre con un'utile panoramica delle novità normative e di prassi cantonali introdotte per l'anno fiscale 2020, segnalate da Anna Maestrini. Louis Macchi e Matteo Gamboni commentano la Circolare n. 29b/2019 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni relativa alle riserve d'apporto di capitale. Samuele Vorpe analizza l'avamprogetto di legge presentato dalla Commissione economia e tributi del Consiglio degli Stati, pendente in Parlamento, che prevede un significativo cambio di sistema nell'imposizione del valore locativo. Alla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana si rivolge l'attenzione di Livio Gucciardo, che approfondisce la rilevanza del principio di inerenza nell'ambito della determinazione dei redditi d'impresa. In un'ottica comparatistica, Roberto Iaia analizza la fattispecie della simulazione dell'indebitamento, considerando la disciplina di fonte europea, italiana e svizzera. Mirya Favazzo indaga il delicato tema della responsabilità penale del rappresentante in ambito IVA. Fabrizio Vismara presenta uno studio sui rapporti fra la normativa doganale e la disciplina IVA, ponendo a confronto l'esperienza italo-svizzera. L'adozione del rapporto sulla "Sostenibilità nel settore finanziario svizzero" da parte del Consiglio federale rappresenta l'occasione per Filippo Recalcati e Barbara Vanacore Carulli per interrogarsi se nel contesto attuale sia necessaria un'ulteriore regolamentazione della piazza finanziaria. Giovanni Molo offre un quadro sistematico delle fattispecie di responsabilità penale degli amministratori previste dall'ordinamento svizzero. Carmine Marrazzo commenta la sentenza della CGUE del 30 aprile 2020, che ha ritenuto non discriminatoria la previsione di trattamenti impositivi differenziati per pensionati ex dipendenti privati e pubblici, a seconda che essi siano o meno residenti. Il 2021 inizia con tanti spunti di approfondimento su cui riflettere insieme. Buon anno e buona lettura!

Paolo Piantavigna

Novità normative e di prassi fiscali cantonali valide per l'anno fiscale 2020

Breve panoramica sui recenti aggiornamenti delle circolari e delle prassi valide per l'anno fiscale 2020



Anna Maestrini

Avvocato
Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law
Vicedirettrice della Divisione delle contribuzioni

Disclaimer: Le considerazioni del presente contributo sono espresse a titolo personale e non vincolano in nessun modo la Divisione delle contribuzioni

Nel corso del 2020 sono stati introdotti diversi adeguamenti normativi e di prassi rilevanti ai fini della determinazione delle imposte non ancora cresciute in giudizio, incluse pertanto le imposte ordinarie per l'anno fiscale 2020. Inoltre, la situazione pandemica venutasi a creare a partire dai primi mesi dell'anno scorso ha portato all'introduzione di misure urgenti temporanee in ambito di fiscalità che possono anch'esse avere una valenza sulla determinazione delle imposte per l'anno fiscale 2020. Per finire, un brevissimo accenno agli adeguamenti della Legge tributaria in vigore solo dal 1° gennaio 2021, i quali vertono principalmente sull'imposta alla fonte.

I. Le circolari della Divisione delle contribuzioni	3
A. La Circolare n. 7/2020 sulle deduzioni sui proventi della sostanza immobiliare privata	3
B. La Circolare n. 18/2020 sull'imposizione della famiglia	4
C. La Circolare n. 26/2020 sul deposito e quella n. 27/2015 sul calcolo provvisorio	4
D. La Circolare n. 29/2020 sul trattamento fiscale delle riserve occulte a seguito dell'abolizione degli statuti fiscali privilegiati	5
II. Le comunicazioni di prassi e le altre disposizioni particolari	6
A. Il trattamento delle indennità uniche versate in caso di costituzione o radiazione di un usufrutto o diritto di abitazione	6
B. Il trattamento fiscale delle indennità per disdetta anticipata di un mutuo ipotecario	6
C. La cura dei figli prestata da terzi e l'applicazione generalizzata dell'aliquota massima deducibile di fr. 10'000 ..	6
D. La deduzione delle spese professionali e altre misure particolari a seguito dell'emergenza Covid-19	7
III. Gli adeguamenti alla LT in vigore a partire dal 1° gennaio 2021 e le altre norme esecutive	7
A. Adeguamento della LT alla Legge federale sulla revisione dell'imposizione alla fonte del reddito da attività lucrativa ..	7
B. Il nuovo Regolamento sull'imposta alla fonte nel quadro della LT	8

I. Le circolari della Divisione delle contribuzioni

A. La Circolare n. 7/2020 sulle deduzioni sui proventi della sostanza immobiliare privata

La Circolare n. 7/2020 della Divisione delle contribuzioni (DdC) è stata aggiornata e ripubblicata nel corso del mese di aprile 2020 allo scopo di chiarire l'applicazione e l'interpretazione di alcune norme di adeguamento della Legge tributaria ticinese (LT; RL 640.100), entrate in vigore il 1° gennaio 2020, correlate alla nuova Legge federale sull'energia (Lene; RS 730.0) e relative ordinanze^[1]. In particolare si è proceduto ad inserire un nuovo Capitolo 8 relativo alle spese di demolizione in vista della costruzione di un immobile in sostituzione, le quali sono ora assimilate alle spese di manutenzione e risultano fiscalmente deducibili a determinate condizioni (art. 31 cpv. 2^{bis} LT)^[2]. Nella Circolare si precisa che le spese sono deducibili soltanto se è lo stesso contribuente che procede sia alla demolizione che alla successiva costruzione dell'immobile in sostituzione. I lavori di costruzione devono essere avviati entro un congruo termine, di principio, entro due anni dalla demolizione dell'edificio preesistente. L'immobile in sostituzione deve, inoltre, presentare un'utilizzazione simile a quella dell'edificio preesistente.

Inoltre, si è proceduto ad ancorare formalmente al Capitolo 15 un cambiamento di prassi cantonale entrato recentemente in vigore a fronte di decisioni interne alla Divisione delle contribuzioni, concernenti il trattamento fiscale delle spese di manutenzione relative a immobili gravati da usufrutto o diritto di abitazione. A partire dalla comunicazione della nuova prassi, avvenuta nel corso del mese di marzo 2020, per tutti i casi ancora pendenti, la deduzione delle spese di manutenzione può essere attribuita dall'autorità fiscale a colui (usufruttuario o nudo proprietario) che comprova di aver effettivamente sostenuto il costo e che ne richiede espressamente la

[1] Cfr. in particolare l'Ordinanza dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) concernente la deduzione dei costi di immobili della sostanza privata nel quadro dell'imposta federale diretta (RS 642.116).

[2] ANNA MAESTRINI, *Novità legislative in ambito fiscale per l'anno 2020*, in: NF n. 1/2020, p. 3 ss.

deducibilità. Restano riservati i casi di elusione fiscale. Si sottolinea, in questi casi, come la deduzione forfetaria e quella delle spese effettive non possono coesistere. L'usufruttuario non potrà pertanto far valere la deduzione delle spese forfetarie se il nudo proprietario rivendica la detrazione delle spese effettive straordinarie. In tal caso, l'usufruttuario potrà unicamente richiedere la deduzione delle spese effettive a sua volta sostenute. È, pertanto, auspicabile che usufruttuario e nudo proprietario si coordinino per quanto attiene alle rispettive presentazioni delle dichiarazioni fiscali. Le stesse regole valgono in caso di diritto d'abitazione.

La "previgente" prassi attuata dagli uffici di tassazione sino al mese di marzo 2020 prevedeva, per contro, che gli oneri di manutenzione ordinaria, essendo di principio posti a carico dell'usufruttuario o del beneficiario del diritto di abitazione esclusivo (artt. 764 cpv. 1, 765 cpv. 1 e 778 cpv. 1 del Codice civile [CC; RS 210]), potevano essere dedotti soltanto nella partita fiscale di quest'ultimi. Per contro, la manutenzione straordinaria, di competenza del nudo proprietario (*a contrario* artt. 764 cpv. 1 e 778 cpv. 1 CC), poteva essere dedotta soltanto da quest'ultimo (nei limiti dell'art. 31 cpv. 2 e 2^{bis} LT). Tale prassi si allineava in maniera molto restrittiva al diritto civile e, in particolare, traeva origine dal diritto svizzero della locazione, non considerando però la realtà economica di determinate fattispecie^[3]. Già diversi altri Cantoni, nel corso degli anni, hanno preso delle vie diverse, discostandosi dalla predetta regolamentazione prettamente civilistica e privilegiando un approccio più economico nel rispetto del principio della capacità contributiva dei propri contribuenti. Considerata la natura dispositiva della normativa in materia di ripartizione degli oneri, anche l'autorità fiscale ticinese, a fronte di questi sviluppi, ha ritenuto opportuno e giustificato modificare la propria prassi come riassunto precedentemente.

B. La Circolare n. 18/2020 sull'imposizione della famiglia

La nuova Circolare n. 18/2020 della DdC ripercorre i temi trattati nella Circolare n. 30 dell'AFC "Imposizione dei coniugi e della famiglia secondo la legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD)", con lo scopo di raccogliere ed evidenziare la nostra prassi cantonale in tale ambito.

Essa è arricchita da otto tavole sinottiche che riportano tutte le principali casistiche relative al trattamento fiscale dei redditi e delle rispettive deduzioni, come pure l'applicazione delle aliquote fiscali, per le seguenti categorie di "famiglie": (i) famiglia tradizionale; (ii) famiglia monoparentale; (iii) concubini; (iv) famiglia allargata/ricostituita^[4].

Tra le principali particolarità, ne abbiamo selezionate alcune che meritano un accenno:

- la deduzione dei premi assicurativi e degli interessi da capitali a risparmio per il figlio (art. 32 cpv. 1 lett. g LT)

è, di principio, collegata alla deduzione per figli oppure alla deduzione per persone bisognose a carico (qualora il figlio sia maggiorenne). Ne consegue che il genitore a cui è concessa l'una o l'altra deduzione può far valere anche la deduzione dei premi assicurativi e degli interessi da capitali a risparmio per il figlio, fermo restando che prevale il principio secondo cui chi paga, deduce (cfr. punto 6 della Circolare);

- il genitore che versa un contributo alimentare per il figlio e sostiene in maniera regolare delle spese per la cura prestata da terzi (art. 32a LT) durante il suo obbligo di custodia quand'anche il figlio non viva nella stessa economia domestica del genitore (ad es. durante i fine settimana oppure le vacanze scolastiche) può far valere in deduzione tali spese, nella misura in cui queste abbiano un nesso causale diretto con l'attività lucrativa, la formazione o l'incapacità di esercitare un'attività lucrativa (cfr. punto 7.3.2. della Circolare);
- in caso di genitori tassati separatamente (concubini), se il figlio sottostà all'autorità parentale in comune e non sono versati alimenti, la deduzione sociale per i figli è ripartita di principio per metà. Tuttavia, se un genitore non percepisce alcun reddito – nonostante il tenore letterale degli artt. 35 cpv. 1 lett. a seconda frase LIFD e 34 cpv. 1 lett. a seconda frase LT – la deduzione "può essere attribuita interamente" all'altro genitore, che si deve presumere provveda finanziariamente da solo al mantenimento del figlio. Tale principio può valere anche nel caso in cui sia un solo genitore a detenere l'autorità parentale, ma sia l'altro genitore a disporre di un reddito e a provvedere finanziariamente al mantenimento della famiglia (cfr. punto 8.4.2. della Circolare);
- nell'ambito della deduzione sociale per figli maggiorenni in formazione, a tirocinio o agli studi (art. 34 cpv. 1 lett. a LT), così come della deduzione per figli agli studi di cui all'art. 34 cpv. 1 lett. c LT (deduzione sociale aggiuntiva che riveste una particolarità cantonale) si precisa quanto segue (cfr. punti 8.5 e 9 della Circolare): (i) per poter beneficiare della deduzione è necessario che il contribuente contribuisca al mantenimento del figlio maggiorenne in formazione, ovvero che quest'ultimo dipenda da questo contributo. Si considera che il figlio maggiorenne non dipende dal contributo dei genitori, quando percepisce un reddito (compresi eventuali contributi di sostentamento versati dall'altro genitore) uguale o superiore a fr. 2'000 (netti) mensili oppure possiede della sostanza – priva di vincoli, facilmente disponibile – pari o superiore a fr. 150'000; (ii) se il contributo di mantenimento di un genitore è elevato (uguale o superiore a fr. 24'000) quest'ultimo ha diritto alla deduzione intera, l'altro genitore non ha in questi casi diritto alla (metà della) deduzione poiché a fronte di un contributo così rilevante versato da uno dei genitori al figlio maggiorenne, si può ritenere che quest'ultimo possa sostenersi economicamente in maniera autonoma per il tramite di tale contributo di mantenimento. In questi casi sono escluse altresì eventuali altre deduzioni per persone bisognose a carico ai sensi dell'art. 34 cpv. 1 lett. b LT in quanto il figlio non

[3] DdC, Circolare n. 7/2020, in: <https://www4.ti.ch/dfe/dc/basi-legali/circolari/2020> (consultato il 18.01.2021).

[4] DdC, Circolare n. 18/2020 e sentenze citate, in: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-CIRC/circ_2020_18.pdf (consultato il 18.01.2021).

può essere considerato come "*persona bisognosa*" ai fini fiscali.

C. La Circolare n. 26/2020 sul deposito e quella n. 27/2015 sul calcolo provvisorio

Con riferimento all'entrata in vigore, a far tempo dal 1° gennaio 2020, di alcune modifiche della LT riguardanti l'istituto del deposito, si è reso necessario procedere all'aggiornamento integrale della Circolare sul deposito[5].

Le principali novità in ambito di obbligo di versamento del deposito in caso di trasferimento di proprietà immobiliare di cui agli artt. 253a e 253b LT[6] sono di ordine procedurale e possono essere riassunte come segue:

- in caso di trasferimento di proprietà immobiliare tramite atto pubblico, è stato formalmente introdotto l'obbligo per l'alienante di versare il deposito su un conto del notaio rogante, il quale funge da intermediario nell'incasso del dovuto;
- il notaio rogante è poi tenuto a riversare tale somma all'Ufficio esazione e condoni entro dieci giorni dalla sua ricezione, posto che il trapasso di proprietà sia già avvenuto;
- eventuali eccedenze di deposito, riservata la facoltà dell'autorità fiscale di effettuare determinate compensazioni, saranno ritornate su un conto del notaio, salvo istruzioni contrarie scritte da parte dell'alienante;
- la possibilità di consegnare una garanzia bancaria a prima richiesta direttamente all'Ufficio esazione e condoni invece del versamento su un conto del notaio rimane invariata.

La Circolare rammenta una serie di principi alla base di una corretta gestione dell'istituto del deposito e, in particolare, sottolinea come il versamento integrale del deposito non si limita a garantire il pagamento dell'imposta sugli utili immobiliari (TUI) ed eventuali altre imposte scadute in favore dell'autorità fiscale, ma tutela altresì il terzo proprietario dell'immobile (acquirente) da un'eventuale richiesta dell'autorità fiscale volta a realizzare il predetto bene. Il mancato versamento o il versamento solo parziale del deposito, indipendentemente dal dovuto di imposta finale in ambito TUI, comporta infatti che l'effetto liberatorio nei confronti del terzo proprietario non è dato per tutti i crediti di imposta a beneficio di ipoteche legali di pertinenza del debitore di imposta (alienante). L'autorità fiscale può pertanto,

[5] DdC, Circolare n. 26/2020, in: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-CIRC/circ_2020_26.pdf (consultato il 18.01.2021).

[6] Cfr. Messaggio del Consiglio di Stato n. 7685 del 10 luglio 2019, Modifica della Legge tributaria del 21 giugno 1994 (LT). Adeguamenti della Legge tributaria alla Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID), nonché modifica di altre disposizioni cantonali relative alla concessione di ammortamenti accelerati per nuovi investimenti, all'istituto del deposito, al calcolo provvisorio, agli investimenti in start up e agli obblighi procedurali delle persone giuridiche (cit.: Messaggio n. 7685), in: [https://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/dettaglio/?user_gcparlamento_pi8%5Battid%5D=101595&user_gcparlamento_pi8\[ricerca\]=7685](https://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/dettaglio/?user_gcparlamento_pi8%5Battid%5D=101595&user_gcparlamento_pi8[ricerca]=7685) (consultato il 18.01.2021), p. 8 ss.

a tutela del proprio credito fiscale, procedere all'intimazione del calcolo provvisorio e, in caso di mancato pagamento, all'iscrizione a Registro fondiario (RF) di ipoteche legali a suo favore gravanti l'immobile venduto.

Con riferimento all'istituto del calcolo provvisorio, rammentiamo che si tratta di uno strumento utilizzato dall'autorità fiscale prevalentemente nei casi in cui vi è la necessità di iscrivere a RF un'ipoteca legale su un immobile, rispettando i termini ristretti di cui all'art. 836 CC, affinché tale ipoteca risulti opponibile a eventuali terzi acquirenti in buona fede dell'immobile.

La versione aggiornata dell'attuale Circolare n. 27/2015 sul calcolo provvisorio (futura Circolare n. 27/2021 sul calcolo provvisorio), la quale fa anch'essa seguito alle modifiche legislative entrate in vigore il 1° gennaio 2020, è in fase di finalizzazione e sarà pubblicata al più presto. Tra le maggiori novità illustrate nella Circolare vi è il fatto che a partire dal 1° gennaio 2020 e giusta il nuovo art. 252a LT[7], l'autorità fiscale può emettere un calcolo provvisorio d'ufficio o su richiesta del contribuente, non solo in caso di compravendita generante un'imposizione sugli utili immobiliari (come nel caso illustrato poc'anzi), ma anche in relazione ad altre imposte cantonali e comunali che hanno una relazione particolare con l'immobile secondo l'art. 252 LT.

D. La Circolare n. 29/2020 sul trattamento fiscale delle riserve occulte a seguito dell'abolizione degli statuti fiscali privilegiati

I regimi fiscali privilegiati (società *holding*, società di amministrazione e società ausiliaria) definiti agli artt. 91-93 LT e altri articoli correlati sono stati aboliti e le relative disposizioni legali abrogate a partire dal 1° gennaio 2020 con l'entrata in vigore della Legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS del 28 settembre 2018 (RFFA) e con le modifiche contenute nel Messaggio cantonale di implementazione. Oltre ad abolire i predetti regimi fiscali, la RFFA ha introdotto una serie di disposizioni tra cui una norma transitoria (art. 78g della Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni [LAID; RS 642.14]). L'applicazione di questa disposizione transitoria è limitata ai primi cinque anni dalla data di entrata in vigore della RFFA stessa e regola il trattamento fiscale delle riserve occulte e del valore aggiunto generato internamente maturati in costanza di statuto speciale. Questa disposizione, detta "*anti-shock fiscale*", è stata recepita a livello cantonale tramite la disposizione transitoria di cui all'art. 314d LT, la quale prevede in particolare che se una persona giuridica è stata tassata conformemente agli artt. 91-93 LT del diritto anteriore, su richiesta del contribuente, in caso di realizzazione, le riserve occulte e il valore aggiunto generato internamente esistenti al termine del regime fiscale privilegiato sono tassati separatamente entro cinque anni.

[7] Cfr. Messaggio n. 7685 (nota 6), p. 11.

Anche le riserve occulte e il valore aggiunto rivalutati prima dell'entrata in vigore della disposizione transitoria e non ancora completamente ammortizzati al momento del passaggio a regime ordinario possono essere tassati con modalità separata. La tassazione separata è applicabile in ogni caso solo alla parte delle riserve che non era imponibile secondo il diritto anteriore. Fanno eccezione le riserve su partecipazioni di cui all'art. 77 LT. L'aliquota applicabile all'importo da imporre separatamente è dell'1%. L'applicazione pratica di questa norma transitoria è racchiusa nella Circolare n. 29/2020[8], la quale illustra molto concretamente, e con esempi pratici, la procedura da adottare per chiedere all'autorità fiscale il riconoscimento dell'ammontare delle riserve occulte e del valore aggiunto generato internamente che la società ritiene di aver accumulato durante il periodo in cui era a beneficio dello statuto fiscale privilegiato. Tale importo deve poi essere riconosciuto, tramite decisione impugnabile, dall'autorità fiscale. Si rileva, in particolare, come sia fondamentale per la persona giuridica inoltrare la richiesta congiuntamente alla dichiarazione del periodo fiscale oggetto del passaggio a tassazione ordinaria, pena la decadenza di tale diritto.

II. Le comunicazioni di prassi e le altre disposizioni particolari

A. Il trattamento delle indennità uniche versate in caso di costituzione o radiazione di un usufrutto o diritto di abitazione

Se fino alla fine del 2019 l'autorità fiscale, in caso di versamento di un'indennità unica come controprestazione per la costituzione o la radiazione di un usufrutto, applicava l'art. 22 lett. d LT (art. 23 lett. d della Legge federale sull'imposta federale diretta [LIFD; RS 642.11]) relativo agli indennizzi per mancato esercizio di un diritto oppure le norme generali sul conseguimento di un reddito (artt. 15 ss. LT e 16 ss. LIFD), andando ad imporre tale indennità come un reddito. A partire dal 1° gennaio 2020 l'autorità fiscale ha deciso di modificare la sua prassi, andando a qualificare tale indennità come una semplice riorganizzazione del patrimonio esente da imposta. Il nudo proprietario – in caso di concessione di un usufrutto – e l'usufruttuario – in caso di radiazione dello stesso – non sono più imposti sul capitale ottenuto a seguito del versamento di un'indennità unica.

Tale cambiamento di approccio si è reso necessario a seguito di importanti e recenti evoluzioni giurisprudenziali[9].

L'autorità fiscale parte dal presupposto, in questi casi, che l'indennità versata per la concessione (o radiazione) dell'usufrutto corrisponda al valore capitalizzato dello stesso in base alla speranza di vita dell'usufruttuario. Se dovessero però presentarsi casi in cui l'indennità è manifestamente sproporzionata rispetto al suo valore capitalizzato, l'autorità fiscale si riserva la facoltà di riesaminare la qualifica della fattispecie e valutare se si è in presenza di un'eccedenza (liberalità) soggetta ad imposizione. Contrariamente a quanto sembra sostenere il

Tribunale federale in una sua recente sentenza[10], la DdC è arrivata inoltre alla conclusione che, in ogni caso, l'eventuale eccedenza non può essere qualificata come utile in capitale derivante da sostanza immobiliare privata e, pertanto, non può essere assoggettata all'imposta sugli utili immobiliari. Le stesse regole valgono in caso di diritto di abitazione.

B. Il trattamento fiscale delle indennità per disdetta anticipata di un mutuo ipotecario

In una sentenza piuttosto recente, il Tribunale federale ha definitivamente stabilito come le indennità per la rescissione anticipata di un mutuo ipotecario possano essere dedotte dal reddito imponibile, a titolo di interessi passivi, soltanto quando viene convenuta una semplice modifica del rapporto di mutuo esistente (ad es. una riduzione del tasso di interesse), purché il creditore rimanga lo stesso[11]. Fatte queste premesse, per l'autorità fiscale ticinese ciò ha comportato la modifica delle sue prassi secondo le modalità che andremo ad illustrare.

Per tutelare i contribuenti che nel corso del 2020 hanno convenuto o stavano negoziando la rescissione di un contratto di mutuo esistente, con l'intenzione di stipularne uno nuovo con un altro creditore, la DdC ha deciso di applicare la nuova prassi solo a partire dal periodo fiscale 2021.

La prassi valida fino al 31 dicembre 2020 stabilisce che l'indennità per la rescissione anticipata di un mutuo ipotecario è sempre deducibile a titolo di interesse passivo, se la cancellazione del mutuo ipotecario non è direttamente dovuta all'alienazione dell'immobile gravato. Non è richiesto che il mutuo ipotecario annullato venga sostituito da un altro mutuo con lo stesso istituto di credito.

Per contro, la nuova prassi valida dal 1° gennaio 2021, prevede che l'indennità per la rescissione anticipata di un mutuo ipotecario può essere dedotta dal reddito imponibile, a titolo di interesse passivo, solo se il mutuo ipotecario annullato è sostituito da un altro mutuo con lo stesso creditore. Nel caso di stipulazione di un nuovo mutuo ipotecario con un altro creditore, l'indennità pagata per la rescissione del precedente contratto non sarà, per contro, più deducibile dal reddito. Se la rescissione anticipata del mutuo è direttamente dovuta all'alienazione dell'immobile gravato, l'indennità costituisce in ogni caso un costo di investimento deducibile nell'ambito dell'imposta sugli utili immobiliari[12].

C. La cura dei figli prestata da terzi e l'applicazione generalizzata dell'aliquota massima deducibile di fr. 10'000

In una recente sentenza l'Alta Corte ha ritenuto la deduzione regressiva, a dipendenza del reddito imponibile, per spese di cura dei figli con meno di 14 anni prestata da terzi attualmente prevista all'art. 32a LT come contraria al diritto

[10] DTF 143 II 402.

[11] Sentenza TF n. 2C_1009/2019 del 16 dicembre 2019.

[12] Per maggiori informazioni vi invitiamo a voler consultare il seguente link: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-PRASSI/2020_TrattamentoFiscaleDelleIndennitaPerDisdetta_AnticipataDiUnMutuoIpotecario.pdf (consultato il 18.01.2021).

[8] DdC, Circolare n. 29/2020, in: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-CIRC/circ_2020_29.pdf (consultato il 18.01.2021).

[9] DTF 143 II 402.

federale superiore e al principio dell'uguaglianza giuridica^[13]. In particolare, il Tribunale federale ha rilevato come, quella in discussione rientra in effetti tra le deduzioni generali (anorganiche), che sono elencate esaustivamente dall'art. 9 cpv. 2 LAID. Voluta per motivi *extra-fiscali*, non mira pertanto ad equilibrare il carico fiscale tra diversi gruppi di contribuenti, come fanno le deduzioni sociali, bensì a compensare spese reali, causate dalla cura prestata da terzi a figli che non hanno ancora raggiunto i 14 anni^[14]. In effetti, gli oneri per la cura dei figli da parte di terzi – di cui per l'appunto si occupa l'art. 32 cpv. 3 LT – riducono la capacità economica dei contribuenti indistintamente, in ogni fascia di reddito, di modo che – a parità di spese sostenute e in presenza delle condizioni oggettive richieste (comprova delle spese di cura effettive, età del minore per le quali esse sono fatte valere, nesso causale, ecc.) – anche le deduzioni riconosciute in relazione a tali oneri devono essere le medesime.

La DdC ha, pertanto, proceduto a disattendere la predetta aliquota regressiva e ad applicare a tutte le fattispecie ancora pendenti che adempiono ai requisiti legali, indipendentemente dal reddito imponibile del contribuente, l'aliquota massima attualmente prevista nella LT e pari a fr. 10'000. Il Gran Consiglio potrà, nell'ambito delle sue competenze legislative, rivedere formalmente la norma della LT conformemente al diritto federale superiore, stabilendo anche un importo massimo deducibile differente da quello di fr. 10'000 che è ora tenuto ad applicare ai casi pendenti.

D. La deduzione delle spese professionali e altre misure particolari a seguito dell'emergenza Covid-19

A fronte della chiusura di molte attività commerciali e produttive ("*lock-down*") avvenuta nel corso della primavera 2020, nonché della massiccia introduzione del telelavoro in molti settori, la DdC ha adattato le proprie istruzioni in relazione ad alcune categorie di spese professionali.

In particolare, osserviamo come le deduzioni delle spese di trasporto dal domicilio al luogo di lavoro effettuate con il veicolo privato (cfr. punto 2.2 del Modulo 4 della dichiarazione fiscale) e delle spese di doppia economia domestica (cfr. punto 3 del Modulo 4 della dichiarazione fiscale) possono essere fatte valere solamente se la spesa è stata realmente sostenuta e, quindi, unicamente nel caso in cui ci si sia effettivamente recati presso la sede di servizio. Ne consegue che per le giornate in cui il lavoro è stato svolto da casa non è possibile chiedere né la deduzione delle spese di trasporto né quella relativa ai pasti.

Sono, inoltre, considerate "*altre spese necessarie per l'esercizio della professione*", e come tali deducibili (cfr. punto 5 del Modulo 4 della dichiarazione fiscale), quelle sostenute dal contribuente per, ad es., l'acquisto di attrezzi e strumenti di lavoro (dunque, compresi computer e *software*, riviste e libri specializzati), l'uso di una camera privata a scopi professionali, ecc.

[13] Sentenza TF n. 2C_256/2018 del 14 settembre 2020.

[14] Cfr. Sentenze TF n. 2C_1047/2016 del 31 luglio 2017 consid. 3.2; n. 2C_272/2010 del 15 novembre 2010 consid. 3.2 e n. 2C_429/2008 del 10 dicembre 2008 consid. 7 e 8.3.

Per l'imposta cantonale la relativa deduzione è ammessa in forma forfettaria nella misura di fr. 2'500 complessivi all'anno, mentre per l'imposta federale diretta essa è calcolata in base al 3% del salario netto con un importo massimo deducibile di fr. 4'000. Spese eccedenti questi *forfait* sono ammesse solo su dimostrazione di costi effettivi. Per quanto attiene all'utilizzo di locali privati, la deduzione forfettaria comprende già le spese per l'uso di una camera privata per scopi professionali. I contribuenti possono far valere la deduzione di importi superiori solo se dimostrano di utilizzare, a titolo principale e regolare, uno specifico locale del loro appartamento privato a scopi professionali. Per contro, l'uso occasionale (come avvenuto durante il *lock-down*) o regolare ma a tempo parziale (telelavoro) dell'appartamento privato a scopi professionali non può essere considerato come un fattore che genera spese supplementari e non dà quindi diritto ad alcuna deduzione supplementare rispetto a quella già concessa tramite la deduzione forfettaria.

Le spese eccedenti il *forfait* continueranno ad essere ammesse solo su dimostrazione dei costi effettivi^[15].

Rammentiamo che sul sito internet della DdC^[16] sono inoltre consultabili una serie di FAQ ("*Frequent Asked Questions*") relative alla gestione delle proprie dichiarazioni fiscali e di altri obblighi fiscali in tempo di pandemia.

III. Gli adeguamenti alla LT in vigore a partire dal 1° gennaio 2021 e le altre norme esecutive

A. Adeguamento della LT alla Legge federale sulla revisione dell'imposizione alla fonte del reddito da attività lucrativa

Il Gran Consiglio ha recentemente approvato il Messaggio n. 7883 del 9 settembre 2020 in materia di imposta alla fonte, il quale recepisce a livello cantonale la corrispondente Legge federale concernente la revisione dell'imposizione alla fonte del reddito da attività lucrativa, la cui entrata in vigore è stata fissata al 1° gennaio 2021^[17]. La modifica di Legge federale prevede sostanzialmente che tutti i residenti e "quasi residenti", imposti alla fonte, siano sottoposti (o possano chiedere di essere sottoposti) ad una tassazione ordinaria ulteriore. In questo modo è garantita la parità di trattamento con i contribuenti già tassati usualmente secondo la procedura ordinaria.

Con una sentenza risalente al 2010^[18], il Tribunale federale aveva, infatti, esaminato per la prima volta la compatibilità del regime svizzero d'imposizione alla fonte con l'Accordo tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità

[15] Per maggiori informazioni si veda: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-IPF/2020/DC_flyer_covid_spese_professionali.pdf (consultato il 18.01.2021).

[16] Reperibile in: https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/coronavirus_FAQ_misure_fisco.pdf (consultato il 18.01.2021).

[17] Messaggio n. 7883 del 9 settembre 2020, Adeguamento della Legge tributaria cantonale alla legge federale sulla revisione dell'imposizione alla fonte del reddito da attività lucrativa, in: https://www4.ti.ch/poteri/gc/messaggi-e-atti/ricerca/risultati/dettaglio/?user_gcparlamento_pi8%5Battid%5D=103931 (consultato il 18.01.2021).

[18] DTF 136 II 241.

europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (ALC; RS 0.142.112.681). Per interpretare le disposizioni di tale Accordo, il Tribunale federale si è avvalso della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) in merito alla libera circolazione dei lavoratori. Nella sentenza citata, il Tribunale federale aveva constatato che il regime attuale svizzero di imposizione alla fonte dei non residenti assoggettati a tale imposta viola in determinati casi l'ALC. Il Tribunale federale ha preso spunto dalle sentenze della CGUE, secondo le quali sussiste una discriminazione inammissibile quando i contribuenti non residenti sono trattati diversamente dai contribuenti residenti che si trovano in una situazione analoga. Secondo la giurisprudenza della CGUE, si presuppone sempre una situazione analoga quando i non residenti non conseguono proventi significativi nel loro Stato di domicilio e il loro reddito imponibile deriva essenzialmente da un'attività esercitata nello Stato in cui è situato il luogo di lavoro. Se questa quota supera, infatti, il 90% dei proventi mondiali, il contribuente non residente deve essere qualificato come un "quasi residente". Secondo il Tribunale federale, tra la situazione di un "quasi residente" e quella di un residente, che è tassato secondo la procedura ordinaria ed esercita un'attività dipendente, non sussiste alcuna differenza oggettiva che possa giustificare una disparità di trattamento in ambito fiscale, prendendo in considerazione la situazione personale e familiare del contribuente.

Da allora, nella prassi amministrativa, si è tenuto conto delle sentenze menzionate, anche se le modifiche introdotte dalle stesse non erano ancora riflesse in un cambiamento legislativo, arrivato in seguito con la precitata Legge federale^[19]. Di conseguenza, sono stati apportati una serie di adeguamenti alla LT (cfr. in particolare gli artt. 104 ss. LT) al fine di prevedere l'obbligo – in caso di contribuenti imposti alla fonte residenti con redditi superiori a fr. 120'000 – oppure la facoltà – in caso di contribuenti imposti alla fonte residenti con redditi inferiori a fr. 120'000 o per contribuenti non residenti che soddisfano i requisiti della "quasi residenza" – di poter chiedere la tassazione ordinaria ulteriore, ossia di essere assoggettati alla procedura di imposizione ordinaria.

B. Il nuovo Regolamento sull'imposta alla fonte nel quadro della LT

A fronte del precitato Messaggio n. 7883 si è proceduto a scorporare le norme di applicazione relative all'imposizione alla fonte dall'attuale Regolamento della LT (RL 640.110) per introdurle in un nuovo Regolamento sull'imposta alla fonte nel quadro della Legge tributaria (RFLT; RL 640.120), il quale riprende in grandi linee quanto già previsto dall'Ordinanza del Dipartimento federale delle finanze (DFF) sull'imposta alla fonte nel quadro dell'imposta federale diretta (OIFo; RS 642.118.2).

[19] Messaggio concernente la legge federale sulla revisione dell'imposizione alla fonte del reddito da attività lucrativa del 28 novembre 2014, in: FF 2015 603, p. 610.

La nuova Circolare AFC n. 29b relativa al principio dell'apporto di capitale

Il 23 dicembre 2019 l'AFC ha pubblicato una versione aggiornata della circolare relativa al principio delle riserve d'apporto di capitale che contempla le modifiche introdotte dalla RFFA



Louis Macchi
Partner, PwC Lugano



Matteo Gamboni
Senior Manager, PwC Lugano

Il 23 dicembre 2019, l'AFC ha pubblicato una versione aggiornata della Circolare n. 29a relativa al principio dell'apporto di capitale, ossia la Circolare n. 29b che analizza le modifiche introdotte dalla RFFA relative al principio dell'apporto di capitale. Queste novità sono già state commentate dagli autori nel numero delle NF di dicembre 2019. Con questo contributo passeremo in rassegna i passaggi più rilevanti della Circolare 29b, non tutti necessariamente relativi alle modifiche introdotte dalla RFFA. In alcuni casi, l'AFC ha colto l'occasione per comunicare la propria prassi in modo chiaro ed univoco, mentre in altri casi ha inspiegabilmente omesso di palesare le prassi che da anni espone durante i seminari.

Con questo contributo non entreremo nel merito delle modifiche delle riserve d'apporto di capitale già ampiamente commentate in un contributo apparso in questa stessa rivista, al quale rimandiamo per intero[2]. Infatti, la Circolare AFC n. 29b relativa al principio degli apporti di capitale, del 23 dicembre 2019, riprende sostanzialmente la struttura ed i principi della vecchia Circolare limitandosi ad apportare un distinguo tra le riserve d'apporto di capitale e le riserve d'apporto di capitale estere, oltre ovviamente a commentare succintamente i nuovi disposti[3].

L'obiettivo primario di questo nuovo contributo è, invece, quello di evidenziare alcuni passaggi della nuova Circolare AFC n. 29b, nei quali l'AFC, da un lato, ha ufficializzato delle prassi che tutto sommato erano già note al pubblico e, dall'altro, ne ha rese note alcune che non erano precedentemente conosciute.

I. Introduzione	9
II. La Circolare AFC n. 29b	9
A. Principi.....	9
B. Valuta estera	10
C. Gli apporti di capitale derivanti da risanamenti	11
D. Incorporazione della società madre ("reverse merger")	11
E. Lo smembramento di partecipazioni e concentrazione avente carattere di fusione ("quasi-fusione").....	12
F. Le riserve d'apporto di capitale estere	14
III. Conclusione	14

I. Introduzione

Con la Circolare n. 29b del 23 dicembre 2019, l'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) ha colto l'occasione di non solo commentare i nuovi disposti introdotti dalla Legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS (RFFA)[1], segnatamente i cpvv. 1^{ter}-1^{sexies} dell'art. 5 della Legge federale sull'imposta preventiva (LIP; RS 642.21), ma anche di precisare, in parte, la sua prassi relativa alle riserve d'apporto di capitale.

II. La Circolare AFC n. 29b

A. Principi

La nuova Circolare sancisce alla cifra 2.1 il principio delle riserve d'apporto di capitale e delle riserve d'apporto di capitale estere, precisando che queste riserve devono essere allibrate su due conti separati facenti parte delle riserve legali da capitale: "[g]li apporti palesi di capitale provenienti dall'estero ai sensi degli articoli 20 capoverso 5 lettere a e b LIFD e 5 capoverso 1^{quater} lettere a e b LIP sono considerati riserve da apporti di capitale esteri. I conti separati per le riserve da apporti di capitale secondo l'articolo 5 capoverso 1^{bis} LIP e per le riserve da apporti di capitale esteri secondo l'articolo 5 capoverso 1^{quinquies} LIP devono essere indicati nelle riserve legali da capitale".

[2] LOUIS MACCHI/MATTEO GAMBONI, Le modifiche al principio delle riserve d'apporto di capitale, in: NF 12/2019, pp. 543-552.

[3] La Circolare AFC n. 29b è disponibile al seguente link: <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/it/dokumente/bundessteuer/kreisschreiben/2004/1-029b-dvs-2019.pdf.download.pdf/1-029b-DVS-2019-i.pdf> (consultato il 18.01.2021).

[1] RU 2019 2395.

Quello che la nuova Circolare omette di precisare è che questo distinguo tra riserve d'apporto di capitale e riserve d'apporto di capitale estere ha rilevanza unicamente ed esclusivamente per le società svizzere quotate in una borsa svizzera. Le piccole medie imprese (PMI), filiali svizzere di società estere quotate, come pure filiali (non quotate) di società svizzere quotate non sono toccate dal nuovo disposto. Ne consegue che in questi casi è sufficiente tenere un solo conto "riserve d'apporto di capitale" in quanto tutte le novità introdotte dai cpvv. 1^{ter}-1^{sexies} dell'art. 5 LIP, come pure dall'art. 4a cpv. 4 LIP, non trovano applicazione.

B. Valuta estera

Un'altra novità introdotta dalla Circolare AFC n. 29b riguarda gli apporti di capitale in valuta estera, rispettivamente gli apporti a società che tengono la contabilità in una valuta funzionale diversa dal franco svizzero. A questo proposito la Circolare precisa che "[p]er gli apporti in capitale in valuta straniera o per la contabilità in una moneta funzionale, devono essere convertiti in franchi svizzeri al corso del giorno sia gli apporti sia i rimborsi di riserve da apporti di capitale (al momento della scadenza)".

Non si tratta di una vera e propria novità, né tantomeno di un cambiamento di prassi, quanto piuttosto di una conferma della prassi già in vigore da anni secondo cui le riserve d'apporto di capitale sono confermate esclusivamente in franchi svizzeri^[4].

Per quanto riguarda gli apporti in valuta estera, la conversione in franchi svizzeri al corso del giorno al momento della scadenza ricalca l'attuale prassi dell'AFC, secondo cui se la prestazione imponibile è espressa in valuta estera, essa deve essere calcolata in franchi svizzeri al momento della sua scadenza (cfr. art. 4 cpv. 1 dell'Ordinanza sull'imposta preventiva [OIPrev; RS 642.211]).

Per le società che redigono i conti in moneta svizzera (art. 958d cpv. 3 del Codice delle obbligazioni [CO; RS 220]), non si pongono particolari problemi. L'importo sarà contabilizzato – indipendentemente dalla valuta (ad es. dollari americani o euro) – nelle riserve d'apporto di capitale al controvalore espresso in franchi svizzeri. Al momento della distribuzione, è irrilevante se l'apporto in valuta ha acquistato o perso valore rispetto al franco svizzero, poiché la decisione di distribuire le riserve d'apporto di capitale è presa solo con riferimento alle riserve d'apporto di capitale espresse in franchi svizzeri.

Per contro, per le società che presentano una valuta funzionale diversa dal franco svizzero, questo può creare dei problemi, in particolare dei disallineamenti notevoli tra i valori espressi in franchi svizzeri ed in valuta funzionale. Proviamo ad immaginare una società il cui azionista ha apportato 1 mio. di euro allorché il cambio euro/franchi svizzeri era 1,40 e che, quindi, ha costituito riserve d'apporto di capitale per 1,4 mio. di franchi svizzeri. Cinque anni dopo decide di

distribuire 1 mio. di euro sotto forma di dividendo dalle riserve d'apporto di capitale, ma il cambio euro/franchi svizzeri è sceso nel frattempo a 1,10. In questo caso, le riserve d'apporto di capitale in franchi svizzeri (valuta di presentazione) si ridurrebbero di soli 1,1 mio. di franchi svizzeri, mentre le riserve d'apporto di capitale in euro (valuta funzionale) si azzererebbero. Questo crea un palese disallineamento, poiché in valuta di presentazione saranno ancora presenti franchi svizzeri 300'000 di riserve d'apporto di capitale distribuibili in esenzione d'imposta, mentre zero in valuta funzionale. In funzione delle fluttuazioni di corso potrebbe anche proporsi il problema inverso.

A parere degli autori, sarebbe più opportuno se le riserve d'apporto di capitale delle società che redigono i conti in valuta estera, potessero vedersi confermate dall'AFC in detta valuta. Infatti, in questo contesto, il franco svizzero ha unicamente una funzione orientativa^[5] e le decisioni sull'ammontare del dividendo da distribuire sono di principio prese con riferimento alla valuta funzionale, ponendo unicamente un tetto massimo in franchi svizzeri^[6]. Poiché la conversione delle riserve d'apporto di capitale in franchi svizzeri deve sempre aver luogo al cambio storico^[7], sarebbe più sensato che sia gli apporti che le distribuzioni siano confermati in valuta funzionale. D'altronde non si tratterebbe di infrangere un vero e proprio tabù in quanto l'AFC già oggi è disposta a confermare le riserve d'apporto di capitale in valuta estera alle società con sede all'estero e amministrazione effettiva in Svizzera^[8].

In alternativa, al momento della distribuzione delle restanti riserve d'apporto di capitale di franchi svizzeri 300'000 di cui all'esempio precedente, la società dovrebbe poter allibrare nella sua contabilità in valuta funzionale un ammontare di altre riserve pari alle riserve d'apporto di capitale disponibile al corso applicabile alla scadenza. Ad es. ipotizzando che alla scadenza il corso euro/franchi svizzeri sia di 1,20 euro, 250'000 andrebbero a ridurre le altre riserve (ad es. riserve di utile) e ad incrementare le riserve d'apporto di capitale espresse in valuta funzionale. In valuta di presentazione (ossia il franco svizzero), questa operazione non verrebbe rilevata. Di principio questa contabilizzazione non sarebbe possibile poiché i disposti del CO relativi alla tenuta dei conti si applicano *mutatis mutandis* alle società che tengono i loro conti in valuta estera^[9], tuttavia poiché le riserve d'apporto di capitale sono conteggiate dall'AFC unicamente in franchi svizzeri, la rettifica summenzionata non può essere evitata. È in sostanza un caso di "umgekehrte Massgeblichkeit", ossia non è il diritto tributario a seguire il diritto contabile/commerciale, ma viceversa.

[5] MSA, ed. 2014, Partie II "Prescriptions comptables selon le droit suisse", cap. 3.4.3.1, p. 46.

[6] ExpertSuisse, *Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht*, 17 maggio 2017, p. 67, Esempio 6: Gewinnverwendungsantrag bei Rechnungslegung in Fremdwährung.

[7] Conferenza svizzera delle imposte (CSI), *Analyse du Comité CSI sur le nouveau droit comptable*, versione del 26 novembre 2014, p. 3.

[8] STEFAN OESTERHELT, *KS 29b der ESTV zum Kapitaleinlageprinzip*, in: *StR* 2020 p. 114.

[9] MSA (nota 5), p. 46.

[4] MAJA BAUER-BALMELLI/THOMAS FISLER, *Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer*, Band 2, N 5 ad art. 5 cpv. 1^{bis} LIP.

C. Gli apporti di capitale derivanti da risanamenti

Una novità introdotta dalla Circolare AFC 29b riguarda anche i risanamenti, segnatamente le rinunce a crediti da parte dei soci. La vecchia Circolare AFC 29a (cfr. cifra 2.2.3) partiva dal presupposto che unicamente le rinunce a crediti da parte dei soci nel quadro di un risanamento improprio potevano qualificarsi quale riserva d'apporto di capitale, sempreché la rinuncia fosse stata contabilizzata come aggio. Letto al contrario, un utile di risanamento proprio, quindi imponibile ai fini delle imposte sull'utile, non poteva mai costituire una riserva d'apporto di capitale nemmeno quando questo apporto era contabilizzato direttamente nelle riserve.

La Circolare AFC 29b introduce una novità, precisando che "[l]e rinunce a crediti e gli apporti di capitale forniti direttamente dai titolari di diritti di partecipazione, che nel quadro di un risanamento sono contabilizzati con incidenza sul conto economico, non sono mai considerati riserve da apporti di capitale o riserve da apporti di capitale esteri".

In altre parole, la Circolare AFC n. 29b non effettua più un distinguo tra risanamenti propri o impropri, bensì si limita a statuire che qualsiasi rinuncia a crediti può costituire una riserva d'apporto di capitale, sempreché tale rinuncia da parte dell'azionista diretto non sia stata contabilizzata quale reddito nel conto economico[10], rispettivamente non sia stata contabilizzata in diminuzione delle perdite a bilancio[11].

Per contro, ai fini dell'imposta federale di bollo, che l'apporto sia contabilizzato quale ricavo, direttamente nelle riserve oppure in riduzione delle perdite, poco importa. Infatti, per l'art. 5 cpv. 2 lett. a della Legge federale sulle tasse di bollo (LTB; RS 641.10), i versamenti suppletivi che i soci fanno alla società di capitali o alla società cooperativa, senza una corrispondente controprestazione e senza aumento del capitale azionario iscritto nel Registro di commercio o dell'ammontare versato sulle quote sociali della società cooperativa, sono equiparati alla costituzione di diritti di partecipazione giusta il cpv. 1 lett. a dello stesso articolo di legge. In tal senso, tutti i versamenti suppletivi soggiacciono alla tassa di bollo di emissione, fatta salva la franchigia in virtù dell'art. 6 cpv. 1 lett. k LTB. Un eventuale condono della tassa di bollo di emissione resta possibile se le condizioni dell'art. 12 LTB sono soddisfatte[12].

Queste modifiche, almeno per ora, non hanno comunque rilevanza ai fini dell'imposta sull'utile. La distinzione – discutibile e criticabile – tra utile da risanamento proprio e improprio rimane in vigore così come disciplinata dalla Circolare AFC n. 32. Dicevamo discutibile e criticabile poiché il sottile distinguo tra rinuncia al prestito da parte dell'azionista e apporto non ha ragione di esistere da un profilo economico: (i) l'azionista potrebbe effettuare un apporto a fondo perso in contanti (art. 60 lett. a LIFD), così da permettere alla propria società di procedere al rimborso del prestito, oppure (ii) potrebbe semplicemente deliberare l'apporto affinché la società contabilizzi un credito nei confronti del proprio azionista che va a chiudersi per confusione[13]. Delle due varianti, la Divisione delle contribuzioni del Canton Ticino riconosce quale utile da risanamento improprio unicamente un apporto a contanti seguito da un rimborso del prestito. Il secondo *modus operandi* qui descritto è considerato – a nostro parere a torto – elusivo.

D. Incorporazione della società madre ("reverse merger")

Probabilmente si tratta di una delle operazioni di ristrutturazione più complesse allorquando occorre considerare anche le riserve d'apporto di capitale. Con la Circolare AFC n. 29b, è stata colta, quindi, l'occasione per mettere nero su bianco quella che era già la prassi dell'AFC, secondo cui se "la filiale incorporante dispone di riserve da apporti di capitale e di riserve da apporti di capitale esteri più elevate, dopo l'incorporazione della società madre queste sono ridotte sino a concorrenza dell'importo delle riserve da apporti di capitale e delle riserve da apporti di capitale esteri disponibile nella società madre".

Con questa riserva, l'AFC pone un limite alla costituzione di riserve d'apporto di capitale nell'ambito di una fusione, ossia se grazie alla fusione inversa il capitale azionario e le riserve d'apporto di capitale presso la società figlia superano il capitale azionario e le riserve d'apporto di capitale presenti presso la società madre, le riserve d'apporto di capitale in seno alla società figlia sono ridotte di conseguenza. Sussiste, quindi, una conversione automatica di riserve d'apporto di capitale in altre riserve. Un esempio numerico può aiutare a capire meglio[14]:

Madre SA			
Partecipazione Figlia SA	1'500	Capitale terzi	2'750
Altri attivi	6'250	Capitale azionario	2'500
		Riserve d'apporto di capitale	1'250
		Altre riserve	1'250

[10] OESTERHELT (nota 8), p. 112.

[11] BAUER-BALMELLI/FISLER (nota 4), N 13 ad art. 5 cpv. 1^{bis} LIP.

[12] AFC, Circolare n. 32, cifra 4.1.3.

[13] OESTERHELT (nota 8), p. 114, nm. 37.

[14] ROLAND JUNG/PETER RIEDWEG, Seminario ISIS del 14 marzo 2013 "Kapitaleinlageprinzip – offene Fragen in der Umsetzung", modulo 10 "Spezialfragen rund um das Kapitaleinlageprinzip".

Figlia SA			
Attivi	5'250	Capitale terzi	2'250
		Capitale azionario	1'000
		Riserve d'apporto di capitale	500
		Altre riserve	1'500

Con la fusione inversa, la Figlia SA entra in possesso di tutti gli attivi e passivi della Madre SA, pertanto, per un logico secondo, anche di tutte le azioni proprie. Le azioni proprie saranno, quindi, scambiate dalla Figlia SA con le azioni dell'allora Madre SA, per poi essere annullate.

Contabilmente, presso la Figlia SA, le seguenti diciture contabili hanno luogo:

- (D) Partecipazione Figlia 1'500
- (D) Altri attivi 6'250
- (A) Capitale terzi 2'750
- (A) Partecipazione Figlia 1'500
- (A) RAC (Aggio di fusione) 3'500

Di principio, un eventuale aggio di fusione^[15] (3'500) costituisce una riserva d'apporto di capitale, tuttavia se *“la filiale incorporante dispone di riserve da apporti di capitale e di riserve da apporti di capitale esteri più elevate, dopo l'incorporazione della società madre queste sono ridotte sino a concorrenza dell'importo delle riserve da apporti di capitale e delle riserve da apporti di capitale esteri disponibile nella società madre”*.

	Madre SA	Figlia SA	Differenza
Capitale azionario	2'500	1'000	
RAC	1'250	500	
Aggio (Riserve d'apporto di capitale)		3'500	
Totale	3'750	5'000	1'250

Ne discende che nella misura di 1'250 l'aggio di fusione non può essere accreditato alle riserve d'apporto di capitale, bensì alle altre riserve:

- (D) RAC (Aggio di fusione) 1'250
- (A) Altre riserve 1'250

^[15] In capo alla Figlia SA, l'aggio o il disaggio di fusione è rappresentato dalla differenza tra gli attivi trasferiti (senza la partecipazione alla Figlia SA) ed il capitale dei terzi. Cfr. anche STEFAN OESTERHELT/PASCAL TADDEI, in: Martin Zweifel/ Michael Beusch/Peter Riedweg/Stefan Oesterhelt (a cura di), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen*, N 179 ad f 3.

Il bilancio post fusione si presenta quindi come segue:

Figlia SA			
Attivi	11'500	Capitale terzi	5'000
		Capitale azionario	1'000
		Riserve d'apporto di capitale	2'750
		Altre riserve	2'750

Dal medesimo si può constatare come la somma di capitale azionario (1'000) e riserve d'apporto di capitale (2'750) non eccede la somma di capitale azionario (2'500) e riserve d'apporto di capitale (1'250) in essere in capo alla Madre SA prima della fusione inversa. Non c'è, quindi, stato un aumento del substrato distribuibile in esenzione d'imposta.

E. Lo smembramento di partecipazioni e concentrazione avente carattere di fusione (“quasi-fusione”)

Sbaragliamo subito il campo da dubbi: relativamente a questi temi, la Circolare AFC n. 29b non è cambiata se non, come accennato in entrata del presente contributo, per il distinguo tra riserve da apporto di capitale e riserve da apporto di capitale estere. Semmai, se possiamo muovere un rimprovero all'AFC in questo caso, è quello di aver mancato l'occasione di comunicare la propria prassi in modo chiaro e trasparente.

Infatti, il trend che si sta delineando in questi ultimi anni in materia di smembramento di partecipazioni e concentrazione avente carattere di fusione è di riquilibrare, anche dal profilo dell'imposta preventiva e segnatamente delle riserve da apporto di capitale, queste operazioni allorché nei cinque anni a seguire è posta in essere una fusione.

Questa prassi dell'AFC si basa su di un'applicazione per analogia di una decisione del Tribunale federale del 2001^[16] resa in materia d'imposta federale diretta secondo cui un aumento del valore nominale nella sfera privata, realizzato nell'ambito di una quasi-fusione mediante incorporazione successiva, può essere qualificato quale reddito imponibile da sostanza mobiliare se le due fasi della ristrutturazione, ossia cessione e fusione, succedono entro un breve lasso di tempo.

A parere degli autori questa prassi va oltre il quadro legale attualmente in vigore. Infatti nella legge non risulta alcun termine oggettivo di cinque anni entro il quale porre o non porre in essere una fusione. Contrariamente alle operazioni disciplinate agli 61 cpv. 1 lett. d della Legge federale sull'imposta federale (LIFD; RS 642.11) (smembramento) e 61 cpv. 3 LIFD (trasferimento all'interno di un gruppo) che prevedono un periodo di blocco di cinque anni sancito all'art. 61 cpv. 2, rispettivamente cpv. 4 LIFD. L'art. 61 cpv. 1 lett. c LIFD che disciplina le *“concentrazioni aventi carattere di*

^[16] StE 2002, B 24.4 n. 66.

fusione” non contempla nessun periodo di blocco. Inoltre, il Tribunale federale per il tramite della predetta sentenza non si è mai espresso compiutamente quanto al termine di cinque anni, ma semplicemente si era limitato a constatare, con riferimento al caso concreto, che le operazioni di acquisto dei diritti di partecipazione e fusione erano ravvicinate nel tempo (nel caso giudicato circa un anno). Il termine di cinque anni era semplicemente il termine previsto dalla prassi in vigore all’epoca affinché l’operazione non si qualificasse quale elusione d’imposta, ma il Tribunale federale non ha mai sancito che per “*breve lasso di tempo*” nel contesto delle quasi-fusioni si debbano intendere cinque anni[17].

Ora, in virtù della certezza del diritto e della trasparenza dell’amministrazione sarebbe stato auspicabile se l’AFC avesse colto l’occasione della pubblicazione della Circolare AFC n. 29b per comunicare in modo chiaro e trasparente la propria prassi in materia di concentrazioni aventi carattere di fusione, invece di comunicarle in occasione di seminari certamente aperti al pubblico, ma che non rappresentano un canale di comunicazione ufficiale.

In sostanza, tornando al nocciolo della questione, la Circolare AFC n. 29b ha omesso di indicare che, in analogia con la cifra 4.1.7.3.2 della Circolare AFC n. 5 sulle ristrutturazioni, anche in questo caso vige la prassi secondo cui se una quasi-fusione è seguita entro i cinque anni da una incorporazione successiva, essa è considerata ravvicinata nel tempo e, anche ai fini dell’imposta preventiva, ha le stesse conseguenze fiscali di una fusione diretta tra società sorelle.

Un esempio può aiutare a capire meglio le conseguenze:

T1: Situazione di partenza

A SA			
Attivi	1'000	Capitale terzi	700
		Capitale azionario	300

B SA			
Attivi	1'500	Capitale terzi	500
		Capitale azionario	1'000

T2: B SA è apportata ad A SA al suo valore di mercato, ossia 5'000 contro l’emissione di azioni per 1'300 e la differenza a riserva d’apporto di capitale. Il bilancio di A SA *post* quasi-fusione si presenta come segue:

A SA (post quasi-fusione)			
Attivi	1'000	Capitale terzi	700
Partecipazione B SA	5'000	Capitale azionario	2'000
		Riserve d’apporto di capitale	3'300

In pratica, l’AFC confermerà le riserve da apporto di capitale che si sono create tramite la quasi-fusione, tuttavia nella conferma delle medesime esprimerà una riserva, ossia che le riserve d’apporto di capitale sono tali se nei cinque anni a seguire non ha luogo una fusione.

T3: Trascorsi tre anni dalla fase 1, A SA incorpora B SA[18] (*up-stream merger*).

A SA (post up-stream merger)			
Attivi	2'500	Capitale terzi	1'200
Partecipazione B SA	4'000	Capitale azionario	2'000
		Riserve d’apporto di capitale	3'300

Poiché l’AFC ha formulato una riserva, può quindi rivedere l’operazione come se al momento della quasi-fusione avesse avuto luogo una fusione tra società sorelle, il cui bilancio *post side-stream merger* risulterebbe essere il seguente:

A SA (post up-stream merger)			
Attivi	2'500	Capitale terzi	1'200
		Capitale azionario	1'300

Ne consegue che le riserve d’apporto di capitale di 3'300 confermate inizialmente con riserva saranno disconosciute e considerate riserve di utile[19] e l’aumento del capitale azionario (700[20]) sarà parificato all’emissione di azioni gratuite soggette all’imposta preventiva.

[18] Si ipotizza che il bilancio di fusione di B SA corrisponda a quello della situazione di partenza.

[19] Tranne nell’ipotesi in cui queste riserve non sono già state nel frattempo distribuite, l’aumento delle riserve d’apporto non può essere considerato reddito in assenza di base legale (OESTERHELT/SCHREIBER [nota 17], p. 28).

[20] 2'000 (capitale azionario *post* quasi-fusione) dedotti i capitali azionari iniziali di A SA (300) e B SA (1'000).

[17] STEFAN OESTERHELT/SUSANNE SCHREIBER, *Umstrukturierungen mit zeitnaher Absorption*, in: IFF Forum für Steuerrecht 2020, p. 30.

Inoltre, un eventuale dividendo distribuito nel frattempo dalle riserve d'apporto di capitale diverrebbe un dividendo ordinariamente imponibile all'imposta preventiva, oltre ad essere dovuti anche gli interessi di mora.

Per contro, la logica conseguenza di questa riqualifica dovrebbe portare ad ignorare tutte le operazioni poste in essere durante i primi tre anni dalla quasi-fusione, ossia se la finzione fiscale porta ad una fusione tra società sorelle *ab initio*, allora eventuali prestazioni valutabili in denaro da B SA a A SA piuttosto che apporti soggetti al bollo federale di emissione da A SA a B SA intercorsi nei primi tre anni dovrebbero essere ignorati dal profilo fiscale^[21] e, quindi, posti a beneficio di una revisione^[22], se necessario.

Lo stesso principio si applica, *mutatis mutandis*, anche agli smembramenti di partecipazioni con contestuale creazione di riserve d'apporto di capitale^[23], con un'aggravante però. Oltre a mancare una base legale^[24], in questo caso non c'è nemmeno della giurisprudenza in materia di smembramenti, ma unicamente un'applicazione per analogia di una prassi in materia di quasi-fusione che si rifà ad una decisione del Tribunale federale che non disciplina in alcun modo un termine d'attesa di cinque anni. In ogni caso, anche nell'ambito di smembramenti di partecipazioni vige, secondo l'AFC, un termine d'attesa cinque anni e, anche in questo caso, le riserve d'apporto di capitale saranno confermate con riserva.

Non sappiamo se l'AFC abbia volutamente o meno rinunciato a disciplinare queste prassi nella Circolare n. 29b, ma in ogni caso è disdicevole che non ci sia una modalità di comunicazione chiara e trasparente come accade invece in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA).

F. Le riserve d'apporto di capitale estere

Con la Circolare n. 29b, l'AFC ha confermato che sia per le riserve d'apporto di capitale che per le riserve d'apporto di capitale estere, deve essere tenuto un conto separato^[25]. Questa soluzione ha chiaramente il pregio di offrire maggior chiarezza e trasparenza, per contro impone un'eccessiva suddivisione delle poste di bilancio, non disciplinata dal diritto commerciale. Un'indicazione separata nel conto economico sarebbe stata sufficiente.

Premesso quanto precede, l'AFC ha comunque dato seguito alla volontà legislativa in tema di rimborsi avvenuti dopo il 24 febbraio 2008. L'avevamo già anticipato nel contributo apparso in questa stessa rivista, secondo cui compete alla

società che presenta riserve d'apporto di capitale "normali" ed estere valutare quali delle due sono state ridotte in occasione di distribuzioni che hanno avuto luogo tra il 24 febbraio 2008 ed il 31 dicembre 2019. L'AFC si è pronunciata su questa questione in modo chiaro e netto, ossia *"un eventuale rimborso delle riserve da apporti di capitale effettuato dopo il 24 febbraio 2008 riduce dapprima l'ammontare delle riserve da apporti di capitale e, soltanto in secondo luogo, quello delle riserve da apporti di capitale esteri"*^[26].

Infine, l'AFC ribadisce che il distinguo tra riserve d'apporto di capitale e riserve d'apporto di capitale estere è rilevante soltanto per le società quotate in una borsa svizzera. Se una società intende quotarsi in borsa in un successivo momento, la suddetta ripartizione può essere effettuata in seguito, mediante comunicazione successiva^[27].

III. Conclusione

La Circolare 29b non introduce delle vere e proprie novità. In nome della certezza del diritto, l'AFC ha palesato alcune sue prassi già note al pubblico e aggiornato la Circolare ai nuovi disposti introdotti dal 1° gennaio 2020 con la RFFA.

Peccato che non abbia colto l'occasione per comunicare in modo chiaro, diretto ed univoco tutte le proprie prassi. Non sappiamo se non è stato fatto per non prestare il fianco a critiche, per concedersi una maggiore flessibilità al fine di valutare il caso concreto o se all'interno dell'AFC stessa ci sono dubbi quanto alla liceità di alcune prassi. Quello che è sicuro è che sentiremo ancora parlare delle riserve da apporto di capitale a lungo.

[21] OESTERHELT/SCHREIBER (nota 17), p. 29.

[22] Cfr. l'art. 12 OIPrev e l'art. 8 dell'Ordinanza concernente le tasse di bollo (OTB; RS 641.101).

[23] STEFAN OESTERHELT/DAVID TSCHAN, IFF-Seminar zum Unternehmensbesteuerung 20/21, agosto 2019, *Entwicklungen in der Verrechnungs- und Stempelsteuer*, slide n. 39.

[24] Si osserva che lo smembramento di partecipazioni non è retto dall'art. 61 cpv. 1 lett. d LIFD in rimando all'art. 61 cpv. 2 LIFD, bensì dagli artt. 69 e 70 LIFD (cfr. PETER RIEDWEG/RETO HEUBERGER, in: Zweifel/Beusch/Riedweg/Oesterhelt [nota 15], N 220 ad § 6).

[25] AFC, Circolare 29b, cifra 9.1.

[26] AFC, Circolare 29b, cifra 9.3.

[27] AFC, Circolare 29b, cfr. 9.3.

Cambio di sistema nell'ambito del valore locativo: una riforma complicata

La CET-S propone un cambio di sistema che però non convince pienamente



Samuele Vorpe

Responsabile del Centro di competenze tributarie della SUPSI

Disclaimer: questo contributo è stato redatto nell'ambito del modulo "Recht und Wirtschaftswissenschaft" tenuto dalla prof.ssa dr. iur. Andrea Opel e dal MA UZH Christian Frey presso l'Università di Lucerna, facoltà di giurisprudenza

In Parlamento è pendente un'avamprogetto di legge redatto dalla CET-S, presentato il 14 febbraio 2019, che prevede la soppressione del valore locativo di un immobile che funge da abitazione primaria tanto ai fini dell'imposta federale diretta, quanto ai fini delle imposte cantonali. Allo stesso tempo il proprietario non potrà più far valere le spese di manutenzione e di riattazione di immobili di nuova acquisizione, i premi d'assicurazione e le spese d'amministrazione da parte di terzi. Restano, per contro, imponibili il valore locativo di abitazioni secondarie o parti di esse occupate a titolo personale. Per quanto riguarda le deduzioni riguardanti gli investimenti destinati al risparmio energetico e alla protezione dell'ambiente, le spese per i lavori di cura di monumenti storici e le spese di demolizione, queste non saranno più ammesse ai fini dell'imposta federale, mentre saranno facoltative ai fini delle imposte cantonali. Sono inoltre previste delle limitazioni alla deducibilità degli interessi passivi maturati su debiti privati, così come l'introduzione di una deduzione per primo acquisto. La proposta della CET-S che mantiene esclusivamente l'imposizione del valore locativo delle abitazioni secondarie contraddice il principio di uguaglianza orizzontale se confrontato con la mancata imposizione del valore locativo di analoghi beni di lusso, senza che vi siano motivi oggettivi per giustificare una simile deroga. Ulteriori problemi si presentano in relazione alla deducibilità degli interessi passivi privati e all'armonizzazione orizzontale e verticale. Ritenuto che, in maniera generale, il sistema odierno penalizza soprattutto le persone con proprietà interamente pagate (tra di esse figurano anche numerosi pensionati), una variante più prudente potrebbe essere quella di ancorare nella LIFD e nella LAID i cd. "casi di rigore", già conosciuti da diversi Cantoni, che permettono di frenare l'imposizione del valore locativo quando questo supera una determinata percentuale di proventi imponibili.

I. Introduzione.....	15
II. De lege lata: imposizione del valore locativo	16
A. Le basi legali	16
B. La natura del valore locativo e i vincoli costituzionali.....	17
III. De lege ferenda: abrogazione del valore locativo per le abitazioni primarie.....	18
A. Il progetto preliminare di legge.....	18
B. Considerazioni critiche.....	19
1. La mancata semplificazione del sistema fiscale e la ripartizione intercantonale.....	19
2. Le deduzioni extra-fiscali per il risparmio energetico, la protezione ambientale, la cura dei monumenti storici e le spese di demolizione.....	19
3. Il mantenimento dell'imposizione del valore locativo per l'abitazione secondaria.....	19
4. La deducibilità degli interessi passivi.....	20
5. La deduzione di primo acquisto.....	21
6. I casi di ottimizzazione fiscale vs. elusione fiscale.....	21
C. Le decisioni della CET-S dopo aver appreso i risultati della procedura di consultazione	21
IV. Conclusioni.....	22

I. Introduzione

Il sistema fiscale svizzero conosce sin dagli anni quaranta del secolo scorso l'imposizione del valore locativo di un immobile o di un appartamento ad uso personale, vale a dire l'importo che il proprietario o l'usufruttuario dovrebbe spendere per la locazione di un oggetto analogo^[1]. Benché siano stati

[1] PIERRE GROSHEINTZ/CHARLES PERRET, Kommentar zur eidgenössischen Wehrsteuer, Zurigo 1941, p. 59; Commissione Valeur Locative, Changement de Système (KES), Rapport à l'attention du Département fédéral des finances, Berna 2000, p. 3; Messaggio concernente l'iniziativa popolare "Sicurezza dell'alloggio per i pensionati", n. 10.060, del 23 giugno 2010, in: FF 2010 4667, p. 4673 s. (cit.: Messaggio 10.060); Team documentazione e informazione fiscale AFC, L'imposition de la valeur locative, Informazioni fiscali edite dalla CSI, marzo 2015, in: https://www.estv.admin.ch/dam/estv/fr/dokumente/allgemein/Dokumentation/Publikationen/dossier_steuerinformationen/f/Die%20Besteuerung%20der%20Eigenmietwerte.pdf.download.pdf/f_bestuerung_

innumerevoli gli atti parlamentari e i disegni di legge presentati a livello federale per eliminare questa tipologia di reddito in natura attribuito ai proprietari di un'abitazione in Svizzera, nonché le numerose critiche a questo sistema, ancora oggi rimane saldamente ancorato nel nostro sistema fiscale^[2]. Oggetto di questo contributo è l'ultimo tentativo, in ordine di tempo, che riguarda l'iniziativa parlamentare "Cambio di sistema nell'ambito dell'imposizione della proprietà abitativa", depositata il 2 febbraio 2017 dalla Commissione economia e tributi del Consiglio degli Stati (CET-S). Attraverso questa iniziativa viene chiesta l'abrogazione del valore locativo limitatamente all'abitazione primaria, mantenendolo invariato per le abitazioni secondarie^[3]. Per la CET-S il nuovo sistema non deve avere ripercussioni sul gettito fiscale, creare delle disparità di trattamento tra locatari e proprietari, nonché deve continuare a promuovere la proprietà abitativa conformemente all'art. 108 della Costituzione federale (Cost.; RS 101)^[4]. Dopo aver ottenuto il consenso della Commissione economia e tributi del Consiglio nazionale (CET-N), è stato redatto un progetto preliminare di legge che è stato messo in consultazione il 14 febbraio 2019^[5]. La consultazione è terminata il 15 agosto 2019 con la pubblicazione del relativo rapporto^[6]. In considerazione dei pareri pervenuti, che si sono rivelati molto disparati, la CET-S ha incaricato l'AFC di procedere ad ulteriori accertamenti in relazione alla problematica relativa all'imposizione del valore locativo delle abitazioni secondarie, alle deduzioni degli interessi passivi e ad un'eventuale soppressione delle deduzioni giustificate da ragioni *extra-fiscali* per gli investimenti destinati al risparmio energetico e alla protezione dell'ambiente^[7]. Non avendo potuto terminare il progetto entro la sessione autunnale 2019, la CET-S ha chiesto alla propria Camera, conformemente all'art. 113 cpv. 1 della Legge federale sull'Assemblea

federale (LParl; RS 171.10), di poter prorogare il termine di due anni di trattazione dell'iniziativa parlamentare, ossia fino alla sessione autunnale 2021^[8].

In questo contributo verranno presentati e analizzati criticamente i contenuti del progetto preliminare di legge volto ad abrogare il valore locativo per l'abitazione primaria.

II. De lege lata: imposizione del valore locativo

A. Le basi legali

Secondo il sistema vigente, gli immobili adibiti ad uso proprio non appartengono ai beni di consumo, i quali sono irrilevanti ai fini fiscali, ma ai beni d'investimento, che generano una fonte di reddito "produttiva"^[9]. Il valore locativo costituisce un reddito da sostanza immobiliare e viene disciplinato tanto dalla Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD; RS 642.11) quanto dalla Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID; RS 642.14). Nel primo caso, l'art. 21 cpv. 2 lett. b LIFD prevede l'imponibilità del "valore locativo di immobili o di parti di essi che il contribuente ha a disposizione per uso proprio in forza del suo diritto di proprietà o di un usufrutto ottenuto a titolo gratuito", mentre l'art. 7 cpv. 1, primo periodo LAID specifica che tra i redditi imponibili vi rientra anche "l'utilizzazione a scopo personale di fondi". Inoltre, l'art. 21 cpv. 2 LIFD sancisce che il valore locativo viene stabilito tenendo conto delle condizioni locali usuali e dell'utilizzazione effettiva dell'abitazione al domicilio del contribuente^[10]. Secondo detta disposizione e la giurisprudenza in materia d'imposta federale diretta, il valore locativo deve essere stimato in base al valore di mercato^[11], prendendo in considerazione le condizioni locali^[12]. Il valore locativo deve, inoltre, corrispondere all'ammontare che il proprietario o il detentore dei diritti di godimento dovrebbe pagare sul mercato per occupare il bene immobile nelle stesse condizioni^[13]. La giurisprudenza del Tribunale federale afferma, al fine di promuovere l'accesso all'abitazione primaria secondo l'art. 108 Cost., che il valore locativo fissato dal Cantone in materia di imposta federale diretta non deve situarsi al di sotto del 70% del valore di mercato, mentre ai fini dell'imposta cantonale e comunale la soglia minima ammonta al 60%^[14]. Queste

[eigenmietwerte_f.pdf](#) (consultato il 18.01.2021), p. 1. Sull'evoluzione del valore locativo nei Cantoni e nella Confederazione si rimanda a HEINZ WEIDMANN, *Besteuerung des Eigenmietwertes und Förderung des Wohneigentums*, in: StR 35/1980, p. 344 s.

^[2] Per una panoramica sugli atti parlamentari concernenti l'imposizione del valore locativo che sono stati trattati a livello parlamentare dal 2004 in avanti, cfr.: https://www.estv.admin.ch/dam/estv/fr/dokumente/allgemein/Aktuell/2_Direkte_Bundessteuer/d_2_15.pdf.download.pdf/F_2_15.pdf (consultato il 18.01.2021); cfr. anche CET-S, *Cambio di sistema nell'ambito dell'imposizione della proprietà abitativa*, Iniziativa parlamentare n. 17.400, Rapporto della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati, del 14 febbraio 2019, in: <https://www.parlament.ch/centers/documents/it/bericht-wak-s-17-400-i.pdf> (consultato il 18.01.2021), p. 6 (cit.: Rapporto del 14 febbraio 2019).

^[3] Cfr. l'oggetto parlamentare n. 17.400, disponibile in: <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170400> (consultato il 18.01.2021).

^[4] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 5.

^[5] Il progetto preliminare riguardante la "Legge federale concernente il cambio di sistema nell'ambito dell'imposizione della proprietà abitativa" è disponibile al seguente link: <https://www.parlament.ch/centers/documents/it/vorentwurf-wak-s-17-400-i.pdf> (consultato il 18.01.2021).

^[6] Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC), *Attuazione Iv. Pa. 17.400, Procedura di consultazione sulla legge federale concernente il cambio di sistema nell'ambito dell'imposizione della proprietà abitativa*, Rapporto sui risultati, del 15 agosto 2019, in: https://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/3036/Imposizione-della-proprietà-abitativa_Rapporto-risultati-v2_it.pdf (consultato il 18.01.2021), p. 1 ss. (cit.: Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019).

^[7] CET-S, Rapporto del 14 novembre 2019 (nota 2), p. 2.

^[8] CET-S, Rapporto del 14 novembre 2019 (nota 2), p. 2. Due iniziative cantonali depositate nel 2018, una di Basilea Città (n. 18.301 del 10 gennaio 2018) e l'altra di Ginevra (n. 18.302 del 30 gennaio 2018), che chiedevano un cambiamento del sistema d'imposizione per la proprietà d'abitazione, sono state respinte dalle Camere federali nel corso del 2020. La maggioranza della CET-N ha argomentato questo rifiuto poiché tale tematica è già affrontata nel progetto della CET-S (n. 17.400) e non avrebbe, quindi, senso trattarla parallelamente (CET-N, Comunicato stampa del 23 giugno 2020, in: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-n-2020-06-23.aspx?lang=1040> (consultato il 18.01.2021)).

^[9] PETER LOCHER/PETER GURTNER, *Theoretische Aspekte der Eigenmietwertbesteuerung*, in: ASA 69, p. 598.

^[10] Il Tribunale federale ha negato che l'art. 21 cpv. 2 LIFD, che fa riferimento alle condizioni locali, vieti di calcolare il valore locativo servendosi di un metodo forfetario basato su una percentuale del valore fiscale dell'immobile (sentenza TF n. 2C_829/2016 e n. 2C_830/2016 del 10 maggio 2017 consid. 7.2).

^[11] DTF 123 II 9 consid. 4b.

^[12] Sentenze TF n. 2C_829/2016 e n. 2C_830/2016 del 10 ottobre 2017 consid. 7.1; n. 2C_757/2015 dell'8 dicembre 2016 consid. 5.1.

^[13] Sentenza TF n. 2C_829/2016 del 10 ottobre 2017 consid. 7.1 e riferimenti.

^[14] DTF 143 137 consid. 3.4; sentenza TF n. 2C_829/2016 del 10 mag-

soglie rappresentano il limite inferiore affinché non venga violato il principio costituzionale dell'uguaglianza giuridica tra proprietari e inquilini[15]. È, quindi, generalmente ammesso che il valore locativo sia fissato con moderazione e nettamente inferiore al valore di mercato. Si tratta di un elemento che favorisce l'accesso e il mantenimento dell'abitazione in proprietà[16].

L'imposizione del valore locativo è controbilanciata dalla concessione di diverse deduzioni organiche ed anorganiche. Vi rientrano, in particolare, le spese di manutenzione, le spese di riattazione di immobili di nuova acquisizione, i premi d'assicurazione e le spese d'amministrazione da parte di terzi (art. 32 cpv. 2, primo periodo LIFD; art. 9 cpv. 3, primo periodo LAID), che rappresentano delle spese di conseguimento del reddito. Il legislatore, per motivi di natura *extra*-fiscale, ha deciso di assimilare alle spese di manutenzione gli investimenti destinati al risparmio di energia e alla protezione dell'ambiente, nonché le spese di demolizione in vista della costruzione di un immobile di sostituzione. Vi rientrano inoltre le spese per lavori di cura di monumenti storici e per la demolizione (art. 32 cpv. 2 e 3 LIFD; con formulazione potestativa per i Cantoni art. 9 cpv. 3 LAID). Oltre a queste deduzioni, il contribuente può dedurre gli interessi maturati su debiti privati, sino a concorrenza dei redditi da sostanza imponibili (incluso il valore locativo) e ulteriori fr. 50'000 (art. 33 cpv. 1 lett. a LIFD; art. 9 cpv. 2 lett. a LAID)[17].

La combinazione tra valore locativo moderato e deduzione totale degli interessi passivi privati fa sì che il sistema attuale sia particolarmente favorevole ai contribuenti molto indebitati[18]. Il quadro legislativo non stimola il proprietario ad ammortizzare i suoi debiti ipotecari. Inoltre, la deduzione degli interessi passivi offre possibilità di pianificazione fiscale vantaggiosa per coloro che, disponendo di mezzi finanziari sufficienti, possono rinunciare all'ammortamento ipotecario a profitto di investimenti più remunerativi[19]. Vi è, quindi, un

incentivo a non rimborsare l'ipoteca, anche se il contribuente è nella situazione di farlo, al fine di poter dedurre gli interessi passivi. Questa situazione genera delle disparità di trattamento nei confronti di altri contribuenti[20].

B. La natura del valore locativo e i vincoli costituzionali

Secondo il Tribunale federale, il valore locativo rappresenta un reddito in natura che va ad aggiungersi agli altri proventi imponibili[21] e corrisponde alla pigione che il proprietario dell'immobile avrebbe potuto ottenere se avesse deciso di locare il suo immobile. Non siamo di fronte, quindi, ad un reddito fittizio, benché a livello psicologico sia percepito come tale[22]. Attraverso l'uso a scopi abitativi, il proprietario risparmia una spesa (*in casu* la pigione) che altri contribuenti sono invece tenuti versare, senza poterla dedurre dal reddito. Pertanto, il godimento della proprietà abitativa è da considerare come una prestazione economica in denaro che aumenta la sua capacità contributiva[23]. Ne consegue pertanto che, sulla base del principio del reddito globale netto, devono essere considerati in deduzione gli interessi ipotecari e le spese di manutenzione e di amministrazione dell'immobile[24]. L'imposizione del valore locativo ha, quindi, l'obiettivo di evitare delle disparità di trattamento tra i proprietari che, senza questa imposizione, verrebbero esonerati dal prodotto della sostanza investita nella loro proprietà, e gli altri contribuenti, in particolare i locatari, che non possono dedurre dal loro reddito gli affitti versati[25]. Considerato che, di principio, tutti i contribuenti devono poter abitare, ognuno ha quindi bisogno di un "tetto sopra la testa", ed è per questo motivo che proprietari di abitazione e inquilini devono essere trattati allo stesso modo secondo la legge tributaria[26].

Come evidenziato dall'Alta Corte, dal punto di vista della parità di trattamento tra proprietari e inquilini di cui agli artt. 8 e 127

p. 2700).

[20] MATTEOTTI (nota 14), nm. 42.

[21] DTF del 13 aprile 1983, in: StR 39/1984, p. 139 s.; DTF 112 Ia 240 consid. 3b; cfr. anche PETER LOCHER, *Eigenmietwertbesteuerung in der Schweiz*, in: Peter Locher/Urs R. Behnisch/Adriano Marantelli (a cura di), *Beiträge zur Methodik und zum System des schweizerischen Steuerrechts*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Locher, Berna 2014, p. 338.

[22] DTF 143 I 137 consid. 3.3.; MATTEOTTI (nota 14), nm. 8(a); Messaggio 01.021 (nota 14), p. 2723; DANIELLE YERSIN, *L'impôt sur le revenu, Etendue et limites de l'harmonisation*, in: ASA 61, p. 303. Di altra opinione THOMMEN secondo il quale si tratta di un reddito fittizio, poiché a differenza della locazione a terzi, non vi è alcun aumento effettivo della sostanza del contribuente (THOMMEN [nota 14], p. 641).

[23] DTF 143 I 137 consid. 3.3.; MATTEOTTI (nota 14), nm. 8(a).

[24] MATTEOTTI (nota 14), nm. 8(b).

[25] DTF 112 Ia 240 consid. 3b; Team documentazione e informazione fiscale AFC (nota 1), p. 3; YERSIN (nota 22), p. 304. Per effetto dell'imposizione del valore locativo dell'abitazione primaria tra il 60-70% in luogo di un'imposizione piena, anche nel sistema attuale non vi è una perfetta parità di trattamento tra proprietari e inquilini. La disparità di trattamento è comunque giustificata da obiettivi *extra*-fiscali sulla base dell'art. 108 Cost. Le deduzioni per ragioni *extra*-fiscali per risparmio energetico e protezione dell'ambiente, così come per la manutenzione dei monumenti storici, accentuano ulteriormente questa disparità (cfr. anche MATTEOTTI [nota 14], nm. 22).

[26] REICH (nota 14), p. 722.

gio 2017 consid. 7.1 e riferimenti; DTF 141 I 137 consid. 4.5.2; Commissionne Valeur Locative (nota 1), p. 11 ss.; RENÉ MATTEOTTI, *Parlamentarische Initiative (17.400) betreffend Systemwechsel bei der Wohneigentumsbesteuerung*, Kurzgutachten im Auftrag der FDK, Zurigo, 10 maggio 2019, nm. 8(d); Team documentazione e informazione fiscale AFC (nota 1), p. 6; Messaggio concernente il pacchetto fiscale 2001, n. 01.021, del 28 febbraio 2001, in: FF 2001 2655, p. 2703 ss. (cit. Messaggio 01.021); MARKUS REICH, *Die Furcht vor dem Systemwechsel oder das Beharrungsvermögen des Bisherigen*, in: ST 8/01, p. 722; Nico THOMMEN, *Der systematisch korrekte und faire Eigenmietwert*, in: StR 72/2017, p. 642.

[15] Sentenze TF n. 2C_829/2016 e n. 2C_830/2016 del 10 maggio 2017 consid. 10.1; DTF 124 I 145 consid. 4d. La giurisprudenza non si applica, invece, alle abitazioni secondarie, per le quali non è ammessa una riduzione del valore locativo (DTF 132 I 157 consid. 5.3).

[16] Messaggio 01.021 (nota 14), p. 2699.

[17] Cfr. anche CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 8 s. L'attuale regolamentazione consente di dedurre gli interessi passivi della sostanza privata anche in mancanza di proventi imponibili, ad es. in caso di possesso di beni di consumo come un'automobile, oppure di proventi dichiarati esenti dal legislatore, ad es. gli utili in capitali ai sensi degli artt. 16 cpv. 3 LIFD e 7 cpv. 2 lett. d LAID.

[18] Messaggio 01.021 (nota 14), p. 2699.

[19] Gli ammortamenti indiretti, attraverso il pilastro 3a, possono rivelarsi particolarmente vantaggiosi sul piano fiscale (Messaggio 01.021 [nota 14],

cpv. 2 Cost., non si escludono soluzioni alternative al sistema vigente[27], ritenuto che la soppressione del valore locativo non potrebbe avvenire mantenendo inalterate le attuali deduzioni[28]. Il Tribunale federale non ha rinunciato ad enunciare delle vie praticabili dal punto di vista costituzionale. Una di questa potrebbe essere quella di defiscalizzare integralmente la proprietà di abitazioni primarie e secondarie, nel senso che tutte le spese legate all'abitazione costituirebbero delle spese private per il mantenimento del tenore di vita e non sarebbero, pertanto, deducibili (compresi gli interessi ipotecari), rispettivamente i relativi proventi non sarebbero più imponibili. Tuttavia, in tal caso, il proprietario che ha finanziato con mezzi propri la sua abitazione sarebbe avvantaggiato rispetto a colui che lo ha fatto attraverso un'importante quota di mezzi di terzi, così come rispetto al locatario che deve pagare le imposte sul reddito della sua proprietà[29]. Un'ulteriore via, secondo l'Alta Corte, sarebbe quella di rinunciare all'imposizione del valore locativo, lasciando inalterate le deduzione per spese di manutenzione e di amministrazione e ammettendo contestualmente in deduzione la pigione per i locatari[30].

Quale sia la soluzione da preferire è una decisione che dipende, secondo il Tribunale federale, da considerazioni amministrative e di politica finanziaria[31]. Sicuramente un'abrogazione del valore locativo, come sopra indicato, privilegierebbe tendenzialmente i proprietari con un basso o nullo indebitamento[32].

III. De lege ferenda: abrogazione del valore locativo per le abitazioni primarie

A. Il progetto preliminare di legge

Il progetto preliminare presentato dalla CET-S il 14 febbraio 2019 prevede la soppressione del valore locativo di un immobile che funge da abitazione primaria tanto ai fini dell'imposta federale diretta, quanto ai fini delle imposte cantonali. Allo stesso tempo il proprietario non potrà più far valere le spese di manutenzione e di riattazione di immobili di nuova acquisizione, i premi d'assicurazione e le spese d'amministrazione da parte di terzi, che vengono assimilate a spese per il mantenimento del contribuente e della sua famiglia, come già avviene per gli affitti corrisposti dai locatari (art. 34 lett. a LIFD)[33].

Restano, per contro, imponibili il valore locativo di abitazioni secondarie o parti di esse occupate a titolo personale

[27] Per una disamina dei diversi modelli possibili si rimanda a Commissione Valeur Locative (nota 1), p. 39 ss.; LOCHER (nota 21), p. 331 ss., in particolare p. 349 ss.

[28] DTF 143 I 137 consid. 3.2; DTF 123 II 9 consid. 3b; DTF 112 Ia 240 consid. 5a; DTF 116 Ia 321 consid. 3d; CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 9; MATTEOTTI (nota 14), nm. 8(e); FRANCIS CAGIANUT/ULRICH CAVELTI, Zur Verfassungsmässigkeit der neuen Bestimmungen über die Wohneigentumsbesteuerung, in: ASA 72, p. 527. LOCHER rileva tuttavia che l'abrogazione dell'imposizione del valore locativo – in qualsiasi combinazione – viola il principio dell'imposizione del reddito netto (LOCHER [nota 21], p. 352).

[29] DTF 123 II 9 consid. 3b; YERSIN (nota 22), p. 304.

[30] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 9 s. con riferimento a DTF 123 II 9 consid. 3b; MATTEOTTI (nota 14), nm. 8(f).

[31] DTF 123 II 9 consid. 3b.

[32] Il grado di ineguaglianza dipende dall'ammontare dell'indebitamento e, di conseguenza, dall'importo degli interessi passivi, così come dal tasso applicabile (MATTEOTTI [nota 14], nm. 24).

[33] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 21.

(art. 21 cpv. 1 lett. b Avamprogetto [AP]-LIFD; art. 7 cpv. 1, primo periodo AP-LAID)[34], così come i redditi da immobili locati o affittati, i quali continuano ad essere assoggettati ad imposizione. Di conseguenza, in relazione a questi redditi, il proprietario potrà continuare a dedurre le spese concettualmente agli immobili (art. 32a AP-LIFD; art. 9a AP-LAID). Per quanto riguarda le deduzioni di natura *extra*-fiscale riguardanti gli investimenti destinati al risparmio energetico e alla protezione dell'ambiente, le spese per i lavori di cura di monumenti storici e le spese di demolizione, queste non saranno più ammesse ai fini dell'imposta federale diretta[35], mentre saranno facoltative ai fini delle imposte cantonali (art. 9a cpv. 2 e 3 AP-LAID)[36].

Per quanto riguarda il trattamento fiscale degli interessi passivi maturati su debiti privati, il progetto preliminare propone cinque varianti, ciascuna delle quali determina una restrizione rispetto al diritto vigente (art. 33 cpv. 1 lett. a AP-LIFD; art. 9 cpv. 2 lett. a AP-LAID): (1) deducibilità sino a concorrenza dei redditi da sostanza imponibili; (2) deducibilità sino a concorrenza dell'80% dei redditi da sostanza imponibili[37]; (3) deducibilità sino a concorrenza dei redditi imponibili da sostanza immobiliare e di ulteriori fr. 50'000 in caso di detenzione di una o più partecipazioni qualificate; (4) deducibilità sino a concorrenza dei redditi imponibili da sostanza immobiliare; (5) nessuna deducibilità[38].

Infine, viene prevista l'introduzione di nuova deduzione generale regressiva al fine di agevolare l'acquisto di un'abitazione primaria che consente di aumentare la deducibilità degli interessi passivi riguardanti la proprietà abitativa ("*Interessi su debiti in caso di abitazioni a uso proprio di nuova acquisizione*") [39].

[34] Secondo la CET-S si considerano abitazioni secondarie anche quelle ad uso proprio in un edificio plurifamiliare locato o l'abitazione secondaria che comprende anche un'abitazione supplementare locata (CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 [nota 2], p. 20). Va osservato che una proposta analoga volta però a prevedere un'imposta speciale sulle abitazioni secondarie era prevista anche dal Pacchetto fiscale 2001 con il progetto di nuovo art. 4a LAID (FF 2001 2811, p. 2813), poi respinto in votazione popolare. Anche l'avamprogetto di legge nell'ambito del contro-progetto all'iniziativa popolare "*Sicurezza per l'alloggio per i pensionati*" proponeva un'imposta speciale sulle abitazioni secondarie, che però presentava problemi di costituzionalità (Messaggio 10.060 [nota 1], p. 4682). Cfr., con riferimento al Pacchetto fiscale 2001, CAGIANUT/CAVELTI (nota 28), p. 543.

[35] E ciò anche con riferimento ai proprietari di abitazione secondarie o locate a terze persone, dalle quali conseguono un reddito imponibile.

[36] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 17.

[37] Questa variante era stata proposta dal Consiglio federale nell'ambito del contro-progetto all'iniziativa popolare "*Sicurezza per l'alloggio per i pensionati*" (Messaggio 10.060 [nota 1], p. 4688).

[38] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 21 ss.

[39] Questa nuova deduzione è stata ripresa dal modello previsto dal contro-progetto indiretto del Consiglio federale all'iniziativa popolare "*Sicurezza dell'alloggio per i pensionati*" (Messaggio 10.060 [nota 1], p. 4689). Il calcolo della deduzione di primo acquisto si fonda su tre premesse: (i) possono essere dedotti unicamente gli interessi passivi inerenti a un debito giuridicamente connesso con la proprietà abitativa; (ii) gli interessi su debiti privati già considerati nel quadro della deduzione generale di interessi non possono essere valere nuovamente nel quadro della deduzione di primo acquisto; (iii) nel quadro della deduzione generale di interessi su debiti vengono considerati dapprima altri tipi di interessi debitori e solo secondariamente gli interessi passivi sulla proprietà abitativa (CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 [nota 2], p. 25).

Dal Rapporto della CET-S, la deduzione entra in linea di conto sia in caso di acquisto oneroso dell'abitazione, sia in caso di successione o donazione. Diversamente dal chiaro tenore letterale della norma (*"i contribuenti che acquistano per la prima volta"*), la CET-S prescinde dal fatto che l'acquisto avvenga a titolo oneroso o gratuito[40]. Si tratta di una deduzione di natura *extra-fiscale* per promuovere la proprietà abitativa (art. 108 cpv. 1 Cost.). La durata di questa deduzione è limitata a dieci anni e l'ammontare è diversificato tra coniugi e altri contribuenti (art. 33a AP-LIFD; art. 9b AP-LAID)[41]. In caso di vendita e riacquisto entro un congruo termine dell'abitazione primaria, è stabilita la possibilità di continuare a beneficiare della deduzione. Per coloro che hanno già acquistato un'immobile adibito ad uso primario nel corso dei dieci anni precedenti l'entrata in vigore della legge si applica la norma transitoria che permette di far uso della deduzione di primo acquisto per i periodi fiscali restanti (art. 205g AP-LIFD; art. 78g AP-LAID).

B. Considerazioni critiche

1. La mancata semplificazione del sistema fiscale e la ripartizione intercantonale

L'abrogazione dell'imposizione del valore locativo conduce, di principio, a una semplificazione del sistema fiscale, poiché tale valore non deve più essere determinato dalle autorità fiscali. Ciò vale, tuttavia, se il cambiamento di sistema è completo e non soltanto per le abitazioni primarie[42]. Con la proposta della CET-S, due sistemi differenti devono essere applicati parallelamente, ciò che non permette di semplificare il sistema fiscale e difficilmente si giustifica secondo la tecnica fiscale[43]. Degli aggiustamenti si impongono, di conseguenza, per la ripartizione intercantonale, poiché altrimenti i Cantoni con abitazioni secondarie devono accollarsi una quota superiore di interessi passivi, perdendo del substrato fiscale[44].

[40] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 24. La CDCF e il Consiglio di Stato del Canton Ticino pure sostengono che non si debba concedere la deduzione in caso di trapasso gratuito dell'immobile (CDCF, 17.400 lv. parl. CER-CE. Imposition du logement. Changement de système. Prise de position concernant le projet mis en consultation, Berna, 13 giugno 2019, in: https://www.fdk-cdf.ch/-/media/FDK_CDF/Dokumente/Themen/Steuerpolitik/Wohneigentumsbesteuerung/190613_EMW_VI_Stn_FDK_UZ.pdf?la=fr-CH (consultato il 18.01.2021), nm. 58; Consiglio di Stato del Cantone Ticino, Procedura di consultazione, 17.400 s.lv. Pa. CET-S. Cambio di sistema nell'ambito dell'imposizione della proprietà abitativa, Bellinzona, 10 luglio 2019, in: https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/CdS/procedure_di_consultazione_federale/2019/19_3394_DFE_Legge_federale_imposizione_della_proprieta_abitativa.pdf [consultata il 18.01.2021], p. 15).

[41] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 18 s., p. 24.

[42] MATTEOTTI (nota 14), nm. 25.

[43] AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 (nota 6), p. 10; CDCF (nota 40), nm. 22 e nm. 63; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 9.

[44] AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 (nota 6), p. 10; CDCF (nota 40), nm. 22 e nm. 38; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 9.

2. Le deduzioni extra-fiscali per il risparmio energetico, la protezione ambientale, la cura dei monumenti storici e le spese di demolizione

L'abrogazione ai fini dell'imposta federale diretta delle deduzioni per gli investimenti destinati al risparmio di energia e alla protezione dell'ambiente, nonché per lavori di cura di monumenti storici e la demolizione di un immobile in vista della costruzione di un immobile di sostituzione ha, da un lato, il pregio di migliorare la sistematica fiscale e, dall'altro, di ridurre le disparità tra proprietari e inquilini[45]. Queste deduzioni contraddicono il principio dell'imposizione secondo la capacità contributiva e sono giustificate unicamente da interessi di natura ambientale, energetico e di salvaguardia dei monumenti storici[46]. Sulla base di questi motivi, queste deduzioni dovrebbero essere abrogate non solo ai fini dell'imposta federale diretta, ma anche ai fini delle imposte cantonali. Il loro mantenimento (facoltativo) nella LAID violerebbe, inoltre, il principio di armonizzazione verticale e orizzontale (art. 129 cpv. 2 Cost.), creando inevitabilmente delle complicazioni nei riparti intercantionali[47]. Mantenere queste deduzioni nella LAID creerebbe delle difficoltà anche sul piano amministrativo, dato che le autorità di tassazione dovrebbero verificare se le deduzioni richieste riguardano effettivamente tali misure o non piuttosto spese di manutenzione non deducibili[48]. La CET-S non spiega poi le ragioni in base alle quali ai Cantoni si debba continuare ad accordare questo margine di apprezzamento che permette loro di decidere se mantenere queste deduzioni nel loro diritto interno oppure no[49].

3. Il mantenimento dell'imposizione del valore locativo per l'abitazione secondaria

Ai fini dell'imposta federale diretta e delle imposte cantonali, il progetto preliminare di legge prevede il mantenimento dell'imposizione del valore locativo nei confronti dei proprietari di abitazioni secondarie, i quali possono continuare a far valere le deduzioni per costi di conseguimento. Il diverso trattamento tra i contribuenti che possiedono un'abitazione primaria e quelli che possiedono un'abitazione secondaria viola il principio dell'uniformità dell'imposizione secondo l'art. 127 cpv. 2 Cost. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale una norma viola il principio costituzionale della parità di trattamento quando istituisce differenziazioni giuridiche che non appaiono giustificate da alcun motivo ragionevole nella circostanza da disciplinare, oppure quando traslascia di fare siffatte differenziazioni che la circostanza data impone[50]. Il

[45] MATTEOTTI (nota 14), nm. 34.

[46] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 16; MATTEOTTI (nota 14), nm. 30.

[47] AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 (nota 6), p. 14; CDCF (nota 40), nm. 20 e nm. 30; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 8; MATTEOTTI (nota 14), nm. 35. Nei rapporti intercantionali occorrerebbe, infatti, chiarire se nella ripartizione fiscale dell'altro Cantone le spese relative agli immobili comprendono anche le spese per misure di risparmio energetico e di protezione dell'ambiente (AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 [nota 6], p. 9).

[48] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 17; CDCF (nota 40), nm. 15 e nm. 31.

[49] MATTEOTTI (nota 14), nm. 35.

[50] DTF 128 I 295 consid. 7b; DTF 112 Ia 240; Messaggio 10.060 (nota 1),

mantenimento del valore locativo per le abitazioni secondarie o parti di esse si giustificerebbe secondo la CET-S sulla base dell'art. 108 cpv. 1 Cost. che considera degno di promozione unicamente "il fabbisogno privato personale", ossia la residenza primaria^[51]. Lo stesso Tribunale federale ha ammesso una differenziazione nell'imposizione tra abitazione primaria e secondaria proprio in virtù di questa norma costituzionale per cui nulla vieta al legislatore di procedere in questa direzione, purché le ineguaglianze non siano sproporzionate^[52].

L'esenzione dalla prima abitazione senza deduzioni annesse e l'imposizione della seconda abitazione con possibilità di beneficiare delle deduzioni ad essa connesse, così come proposto dalla CET-S, rappresenta una disparità di trattamento tra proprietari della sostanza immobiliare giustificata, però, da ragioni *extra-fiscali* di natura costituzionale legate al promovimento dell'abitazione primaria.

Un differente trattamento impositivo delle abitazioni secondarie rispetto ad altri beni di lusso quali collezioni di dipinti, auto lussuose, aerei, *yacht* e simili pone pure un problema con il principio di uguaglianza orizzontale. I proprietari di abitazioni secondarie si trovano, infatti, nella medesima situazione dei contribuenti che hanno investito in beni di lusso, poiché entrambe le categorie non ritraggono alcun reddito, se non in natura. Da un lato, però, i primi vengono imposti sul valore locativo della loro abitazione secondaria, mentre i secondi non subiscono alcun tipo di imposizione. Da un punto di vista fiscale non esiste una spiegazione plausibile per trattare le abitazioni secondarie in modo diverso dagli investimenti in altri beni di lusso^[53]. La CET-S tenta di giustificare questo differente trattamento sulla base del principio di praticabilità e del requisito dell'economicità della riscossione, senza però spiegarne esattamente le ragioni^[54]. L'applicazione del principio di praticabilità nel campo del diritto tributario consente di derogare, seppur entro certi limiti al principio di uguaglianza, purché si possano invocare dei motivi oggettivi. Il Tribunale federale ammette che non è possibile raggiungere un'esatta e matematica parità di trattamento e, per tale

ragione, autorizza un certo schematismo ed una standardizzazione^[55]. Nel presente caso è difficile comprendere questa differenziazione nell'imposizione scelta dalla CET-S, ritenuto che questi beni vengono dichiarati al valore venale ai fini dell'imposta sulla sostanza (art. 14 LAID) e che anche per i beni di lusso sarebbe possibile per le autorità fiscali stabilire forfettariamente un valore locativo. La giustificazione della CET-S non convince in tal senso. Si osserva, inoltre, che interessi fiscali volti a salvaguardare il substrato imponibile nei Cantoni turistici non sono sufficienti per una deroga al principio di uguaglianza^[56]. Piuttosto, al fine di evitare una censura costituzionale^[57], si potrebbe pensare ad un'imposta a destinazione vincolata a taluni costi particolari prelevata sulle abitazioni secondarie^[58].

4. La deducibilità degli interessi passivi

Il progetto preliminare della CET-S propone cinque varianti concernenti il trattamento fiscale degli interessi passivi. Ognuna di queste prevede una restrizione rispetto al diritto vigente^[59].

La prima variante propone di espungere l'aggiunta di fr. 50'000 dalla legge. Questa variante non toglie comunque la possibilità ai proprietari più agiati di abitazioni primarie di continuare a dedurre gli interessi passivi se essi possiedono altra sostanza che genera dei redditi imponibili^[60]. Per contro, in assenza di redditi imponibili, non sarebbe più possibile dedurre gli interessi maturati su debiti privati. Gli effetti poc'anzi indicati si ripresentano anche se in misura più attenuata nella seconda variante, che riduce la deducibilità sino ad un massimo dell'80% dei redditi da sostanza imponibili^[61]. La terza variante stabilisce la deducibilità degli interessi passivi sino a concorrenza dei redditi sostanza immobiliare e di ulteriori fr. 50'000 in caso di partecipazioni qualificate. Questa variante accentua una disparità di trattamento già presente nella legge, poiché secondo il Tribunale federale privilegiare contribuenti con partecipazioni superiori al 10% viola il principio di uguaglianza (art. 127 cpv. 2 Cost.)^[62]. Inoltre questa variante potrebbe portare a dei casi di ottimizzazione fiscale laddove il contribuente decida di creare una società a garanzia limitata per dedurre gli interessi

p. 4699. Per un esame dei principi costituzionali riferiti all'imposizione del valore locativo si veda CAGIANUT/CAVELTI (nota 28), p. 514 ss.

[51] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 44. MATTEOTTI sostiene che si potrebbe parimenti argomentare che il mantenimento dell'imposizione del valore locativo per le sole abitazioni secondarie sia da considerarsi incostituzionale (MATTEOTTI [nota 14], nm. 40 s.).

[52] DTF 133 II 206 consid. 11.2; DTF 132 I 157 consid. 5.3. Per un esame della norma costituzionale concernente il promovimento dell'abitazione si veda CAGIANUT/CAVELTI (nota 28), p. 517 ss. Il legislatore fiscale per raggiungere gli obiettivi *extra-fiscali* di natura economica e sociale deve considerare i tre seguenti aspetti: (i) si deve essere in presenza di una base legale chiara oppure di un fondamento costituzionale; (ii) la legislazione deve essere idonea a raggiungere gli scopi perseguiti dalle misure; (iii) l'interesse pubblico appare tanto più legittimo quanto più il mandato affidato al legislatore è preciso (DTF 133 II 2006 consid. 11.1).

[53] CAGIANUT/CAVELTI (nota 28), p. 542 s.; REICH (nota 14), p. 724; MADELEINE SIMONEK, Rechtsgutachten betreffend die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung einer Zweitliegenschaftsteuer als kantonale Sondersteuer, Zurigo, 15 febbraio 2010, p. 6; ARTHUR TEREKHOV, Interkantonale Rechtsgleichheiten beim Eigenmietwert trotz harmonisierungsrechtlicher Natur der Materie, in: StR 73/2018, p. 194; THOMMEN (nota 14), p. 641.

[54] CET-S, Rapporto del 14 febbraio 2019 (nota 2), p. 44 s.

[55] DTF 131 I 291 consid. 3.2.1.

[56] Si veda in tal senso DTF 133 I 206, consid. 11.

[57] Il controllo della costituzionalità delle norme è limitato dall'art. 190 Cost., secondo cui le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto. In altre parole, le leggi federali e il diritto internazionale si applicano anche quando sono contrari alla Costituzione e sono, pertanto, "immuni" da qualsiasi controllo di costituzionalità.

[58] Sull'istituzione di un'imposta sulle abitazioni secondarie si vedano in dottrina ADRIANO MARANTELLI, Tourismus- und Zweitwohnungsabgaben – eine Bestandesaufnahme, in: Jusletter del 2 febbraio 2015, p. 1 ss.; SIMONEK (nota 53), p. 1 ss.

[59] CDCF (nota 40), nm. 33.

[60] CDCF (nota 40), nm. 40; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 13; MATTEOTTI (nota 14), nm. 44 ss.

[61] CDCF (nota 40), nm. 42; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 14; MATTEOTTI (nota 14), nm. 48.

[62] DTF 136 I 49; DTF 136 I 65; CDCF (nota 40), nm. 44; MATTEOTTI (nota 14), nm. 49.

passivi da partecipazioni qualificate[63]. La quarta variante permette di dedurre solamente gli interessi passivi sino a concorrenza dei redditi da sostanza immobiliare, riducendo le possibilità di ottimizzazione fiscale, anche se non le elimina completamente. Tant'è che non permettendo la deducibilità di interessi passivi provenienti dalla sostanza mobiliare si verrebbe a creare un incentivo fiscale nel possedere sostanza immobiliare i cui interessi sono deducibili, che contraddice la garanzia della neutralità delle decisioni[64]. D'altro canto, si potrebbe giustificare una differenziazione per il fatto che oggi gli utili in capitale provenienti dalla sostanza mobiliare sono esenti da imposta[65]. Infine, la quinta variante non permette la deducibilità degli interessi passivi, anche quando questi rappresentano un costo di conseguimento del reddito, violando il principio dell'imposizione del reddito netto[66].

Ad eccezione della quinta variante, i proprietari di abitazioni primarie che dispongono di redditi provenienti da sostanza risultano avvantaggiati rispetto ad altri contribuenti meno fortunati, che dispongono di un'unica abitazione, poiché attraverso l'effetto leva riescono a portare in deduzione gli interessi ipotecari legati alla prima casa. Di fatto, i debiti non possono essere sempre attribuiti a un determinato bene patrimoniale ed è, quindi, difficile trovare una soluzione matematica corretta per il trattamento fiscale degli interessi maturati su debiti privati[67]. Sarebbe auspicabile separare gli interessi sui debiti relativi ad un'abitazione primaria da tutti gli altri interessi (ancora deducibili) sui debiti, il che porterebbe a notevoli difficoltà di demarcazione e causerebbe di nuovo enormi problemi[68].

5. La deduzione di primo acquisto

L'inserimento nella legge di una deduzione di primo acquisto avvantaggerebbe ulteriormente i proprietari di abitazione primarie rispetto agli inquilini e ai proprietari di sostanza mobiliare, poiché anche in assenza dell'imposizione del valore locativo potranno dedurre parzialmente gli interessi passivi sino ad un importo previsto dalla legge[69]. Da punto di vista amministrativo questa deduzione accrescerebbe le attività di accertamento, poiché le autorità fiscali sarebbero tenute a verificare se si tratta di una prima acquisizione da parte del contribuente, con la necessità di creare una banca dati di riferimento[70].

6. I casi di ottimizzazione fiscale vs. elusione fiscale

La riforma proposta contiene al suo interno diversi elementi di ottimizzazione fiscale per i proprietari di immobili che

andranno valutati anche alla luce dell'elusione fiscale[71]. In primo luogo il cambio di sistema contraddice la garanzia della neutralità delle decisioni e incoraggia il contribuente, che possiede due immobili, ad eleggere il proprio domicilio nel Cantone in cui beneficia di un minor carico fiscale, segnatamente quello in cui il valore locativo dell'immobile è più alto[72]. Il cambiamento di domicilio porta poi con sé l'effetto di poter dedurre le spese di manutenzione nel Cantone in cui l'abitazione diventa secondaria[73].

Inoltre, il proprietario è incoraggiato ad anticipare le spese di manutenzione prima dell'entrata in vigore della legge per poter beneficiare della piena deducibilità fiscale[74].

Per gli immobili della sostanza privata ad uso misto, si pensi ad un'abitazione adibita ad uso proprio e locata a terze persone, si renderebbe necessario un esame approfondito per determinare l'imputabilità delle spese all'una o all'altra parte[75].

Il mantenimento di due sistemi differenti consentirebbe di ottimizzare la situazione fiscale in relazione alle spese di manutenzione degli immobili: da un lato, l'abitazione primaria verrebbe per un breve periodo affittata, ristrutturata e, in seguito, di nuovo riabitata dal proprietario; dall'altro l'abitazione primaria verrebbe acquistata e ristrutturata senza che venga ancora utilizzata dal proprietario, il quale si trasferirebbe nel periodo fiscale successivo la ristrutturazione[76].

C. Le decisioni della CET-S dopo aver appreso i risultati della procedura di consultazione

Il 15 agosto 2019 è stato pubblicato il rapporto sui risultati della procedura di consultazione[77]. Con comunicato stampa del 30 agosto 2019, la CET-S dopo aver preso visione dei risultati contrastanti[78], ha incaricato l'AFC di effettuare

[71] Secondo la giurisprudenza, vi è elusione fiscale quando: (i) la forma del diritto civile, scelta dal contribuente, appare insolita, inadeguata o singolare e comunque del tutto inappropriata rispetto alla situazione economica; (ii) si deve supporre che la scelta sia stata fatta abusivamente nel solo intento di risparmiare imposte che sarebbero invece dovute qualora i rapporti fossero configurati in modo adeguato alla realtà; (iii) il procedimento adottato condurrebbe effettivamente a un rilevante risparmio d'imposta, se fosse accettato dall'autorità fiscale (cfr. ad es. DTF 138 II 239 consid. 4.1).

[72] Infatti, per effetto della mancata imposizione del valore locativo conviene eleggere il domicilio fiscale laddove questo è più elevato rispetto a quello di altre abitazioni del contribuente.

[73] AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 (nota 6), p. 10; CDCF (nota 40), nm. 23; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 9; MATTEOTTI (nota 14), nm. 60.

[74] CDCF (nota 40), nm. 12; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 6.

[75] CDCF (nota 40), nm. 13; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 7.

[76] AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 (nota 6), p. 12; CDCF (nota 40), nm. 25; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 10.

[77] AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 (nota 6), p. 1 ss.

[78] La CDCF, la Conferenza svizzera delle imposte (CSI) e ben 21 Cantoni hanno respinto il progetto posto in consultazione. Soltanto Ginevra si è espresso favorevolmente, mentre Nidvaldo, Obvaldo, Svitto e Zurigo sono comunque dell'opinione che un intervento legislativo sia necessario. Anche a livello di partiti manca una condivisione del progetto, in particolare Verdi e Partito socialista respingono la proposta della CET-S. Le associazioni che tutelano gli interes-

[63] CDCF (nota 40), nm. 46; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 14; MATTEOTTI (nota 14), nm. 49.

[64] CDCF (nota 40), nm. 50; MATTEOTTI (nota 14), nm. 50.

[65] LUKAS M. SCHNEIDER/PETER SCHWARZ/DAVID STAUBLI, Welche Auswirkungen hat die Abschaffung des Eigenmietwerts?, in: Die Volkswirtschaft 6/2019, p. 34.

[66] CDCF (nota 40), nm. 51; MATTEOTTI (nota 14), nm. 51.

[67] Messaggio 10.060 (nota 1), p. 4699.

[68] LOCHER (nota 21), p. 353.

[69] Cfr. anche CDCF (nota 40), nm. 55.

[70] CDCF (nota 40), nm. 56; Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 15.

ulteriori chiarimenti, anche a livello cantonale, sull'imposizione del valore locativo delle abitazioni secondarie, sulla deduzione degli interessi passivi e su quella di primo acquisto motivata da obiettivi *extra*-fiscali per interessi passivi, nonché sull'eventuale soppressione delle deduzioni *extra*-fiscali[79]. In seguito, con comunicato stampa del 15 novembre 2019, la CET-S ha chiesto al Consiglio federale, mediante parere, se ritiene appropriato un cambio di sistema e, se del caso, come si prefigura un pacchetto di misure equilibrate[80]. L'ultima informazione ufficiale risale al 28 agosto scorso, quando la CET-S ha incaricato l'AFC di redigere un rapporto su questioni quali gli effetti distributivi o la ripartizione fiscale intercantonale[81]. Il percorso legislativo è, dunque, ancora lungo.

IV. Conclusioni

La soluzione di mantenere inalterato l'attuale sistema d'imposizione del valore locativo è, nel complesso, migliore rispetto al progetto preliminare di legge sottoposto dalla CET-S in consultazione. Infatti, l'ordinamento vigente federale e cantonale ha il pregio di trattare in modo uguale tutte le categorie di contribuenti, ciò che non è il caso con quello proposto[82]. L'imposizione del valore locativo delle abitazioni secondarie contraddice il principio di uguaglianza orizzontale se confrontato con la mancata imposizione del valore locativo di analoghi beni di lusso, senza che vi siano motivi oggettivi per giustificare una simile deroga. La proposta della CET-S pone pure dei problemi in relazione alla deducibilità degli interessi passivi privati. Infatti, a dipendenza dei redditi da sostanza mobiliare e immobiliare del singolo contribuente, nessuna delle varianti proposte convince pienamente. Nella maggior parte dei casi vi è, infatti, la possibilità per il proprietario immobiliare di ottenere una deduzione, parziale o integrale, degli interessi passivi sull'abitazione primaria attraverso l'effetto "leverage". La possibilità poi di prevedere una norma potestativa nella LAID per consentire ai Cantoni di continuare a far uso delle deduzioni *extra*-fiscali (spese per investimenti destinati al risparmio energetico, alla protezione dell'ambiente, per la cura di monumenti storici, nonché per spese di demolizione), quando queste vengono, invece, abrogate a livello federale contraddice il principio di armonizzazione verticale e orizzontale (art. 129 cpv. 2 Cost.). Per quanto riguarda la deduzione di nuovo acquisto, questa comporta un

notevole aumento dei lavori di accertamento da parte delle autorità fiscali, poiché rende necessario verificare che venga applicata soltanto alle nuove acquisizioni. Si tratta, inoltre, di una norma che andrebbe ulteriormente ad accentuare le disparità di trattamento tra proprietari di abitazioni ad uso proprio e locatari.

Ritenuto che, in maniera generale, il sistema odierno penalizza soprattutto le persone con proprietà interamente pagate (tra di esse figurano anche numerosi pensionati)[83], una variante più prudente sarebbe potrebbe essere quella di ancorare nella LIFD e nella LAID i cd. "casi di rigore", già conosciuti da diversi Cantoni[84], che permettono di frenare l'imposizione del valore locativo quando questo supera una determinata percentuale di proventi imponibili. Lo stesso Tribunale federale ha avuto modo di ritenerlo conforme ai principi costituzionali vigenti[85].

si dei proprietari immobiliari si sono espresse a favore del cambio di sistema. Due Cantoni (Sciaffusa e Vallese) ritengono che per attenuare i casi di rigore, in cui il valore locativo computabile ai contribuenti costituisce una parte sproporzionatamente elevata dei proventi imponibili complessivi, sia più opportuno effettuare adeguamenti alla legislazione in vigore piuttosto che effettuare un cambio di sistema. Questa posizione è condivisa dal Partito popolare democratico, dall'Unione sindacale svizzera e dall'Associazione svizzera degli inquilini (AFC, Rapporto sui risultati del 15 agosto 2019 [nota 6], p. 3 s.).

[79] CET-S, Comunicato stampa del 30 agosto 2011, in: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-s-2019-08-30-handout.aspx?lang=1040> (consultato il 18.01.2021).

[80] CET-S, Comunicato stampa del 15 novembre 2020, in: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-s-2019-11-15.aspx> (consultato il 18.01.2021).

[81] CET-S, Comunicato stampa del 28 agosto 2020, in: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-s-2020-08-28.aspx> (consultato il 18.01.2021).

[82] Cfr. anche Consiglio di Stato del Cantone Ticino (nota 40), p. 1.

[83] Messaggio 01.021 (nota 14), p. 2723.

[84] Cfr. Canton Obvaldo (*Ausführungsbestimmungen über die Gewährung eines Einschlags auf dem Eigenmietwert in Härtefällen* [GDB 213.713]), Canton Ginevra (art. 24 cpv. 2 LT-GE), Canton Grigioni (art. 22 cpv. 4 LT-GR), Canton Lucerna (art. 28 cpv. 4 LT-LU), Canton San Gallo (art. 34 cpv. 4 LT-SG), Canton Sciaffusa (art. 15 cpv. 3 LT-SH), Canton Vaud (art. 39 LT-VD) e Canton Zurigo (*Weisung der Finanzdirektion betreffend Gewährung eines Einschlags auf dem Eigenmietwert in Härtefällen* [ZStB-Nr. 21.3]). Per il Canton Ticino si veda l'iniziativa parlamentare elaborata del 7 maggio 2018, depositata da Paolo Pamini, dal titolo "Freno dell'impatto del valore locativo", in: https://www4.ti.ch/user_librerie/php/GC/allegato.php?allid=123339 (consultato il 18.01.2021).

[85] DTF del 13 aprile 1983, in: StR 39/1984, p. 145.

Il fondamento giuridico del principio di inerenza nel reddito d'impresa

Secondo un recente orientamento della Corte di Cassazione si tratta di un principio generale insito nella nozione di reddito d'impresa



Livio Gucciardo

Dottorando di Ricerca in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche presso l'Università di Enna "Kore"

Il principio di inerenza non trova espressa definizione nel TUIR, dovendosi ritenere un principio generale insito nella nozione di reddito d'impresa. Si tratta, insomma, di un principio immanente, dato che non può negarsi che la deduzione dei costi inerenti alla produzione del reddito non costituisca una contingente scelta legislativa, ma una caratteristica strutturale del concetto stesso di reddito d'impresa, che rappresenta una condizione necessaria per la corretta misurazione della capacità economica reddituale. L'art. 109, comma 5, TUIR, che tradizionalmente si riteneva costituire l'ossatura del citato principio, riguarda, invece, il diverso aspetto legato alla riferibilità dei componenti negativi ai proventi imponibili, esclusi ed esenti; la norma, infatti, è diretta ad evitare che componenti negativi legati a proventi esenti possano essere dedotti dal reddito. Il contributo mira ad illustrare il passaggio dalla vecchia alla nuova impostazione, di recente accolta dalla Corte di Cassazione.

Corte di Cassazione nel 2018, con due ordinanze depositate a breve distanza l'una dall'altra, la n. 450 e la n. 3170, ha fornito una nuova impostazione. La Suprema Corte ha, infatti, identificato l'inerenza nel vincolo tra la spesa sostenuta e l'attività d'impresa esercitata, indipendentemente da relazioni di utilità o vantaggio. Gli ermellini, in particolare, hanno asserito che l'inerenza è un principio generale insito nella nozione di reddito d'impresa e che deve essere apprezzato solamente attraverso un giudizio di tipo qualitativo, prescindendo dall'aspetto quantitativo.

Con il presente contributo si intende esaminare la recente impostazione della Cassazione, così da mettere in risalto il ragionamento giuridico che fonda i presupposti teorici che hanno condotto al superamento della posizione classica. L'individuazione del fondamento giuridico del principio di inerenza nel complesso sistema di determinazione del reddito d'impresa appare, infatti, essenziale per cogliere la portata della nuova impostazione, che assume particolare importanza sul piano del diritto e, conseguentemente, sul sorgere dell'obbligazione tributaria.

Il percorso argomentativo del presente contributo è volto a valorizzare la ricostruzione sistematica del principio di inerenza fornito dalla Corte di Cassazione dal 2018 ad oggi e mira a coglierne i tratti salienti che ne lega l'essenza alla nozione di reddito d'impresa.

Muovendo dal concetto di attività d'impresa e dalla nozione di reddito d'impresa, si procederà ad inquadrare la nozione di costo nel diritto tributario e, solo successivamente, si tenterà di identificare il fondamento normativo del principio di inerenza.

II. L'attività d'impresa e la quantificazione del relativo reddito

Per individuare il fondamento giuridico del principio di inerenza è indispensabile fornire, seppur succintamente, una definizione di attività d'impresa fiscalmente rilevante, così da identificare la *ratio* che ispira le regole concernenti la

I. Introduzione: superamento dell'impostazione tradizionale e recenti approdi giurisprudenziali	23
II. L'attività d'impresa e la quantificazione del relativo reddito	23
III. La nozione di costo nel diritto tributario	25
IV. Il fondamento giuridico del principio immanente di inerenza	27
V. Conclusioni	29

I. Introduzione: superamento dell'impostazione tradizionale e recenti approdi giurisprudenziali

Tradizionalmente, dottrina e giurisprudenza ritenevano il principio di inerenza disciplinato dall'art. 109, comma 5, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)[1]. Tuttavia, la

[1] Cfr. *ex multis* ENRICO DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Milano 2002, p. 189; LAURA ROSA, *Il principio di inerenza*, in: Giuliano Tabet (a cura di), *Il reddito d'impresa*, Padova 1997, p. 137 ss.

determinazione del suo reddito. Solo dopo avere tracciato tali concetti sarà, quindi, segnatamente possibile collocare sistematicamente il principio di inerenza.

Circa il primo dei due aspetti, l'attività d'impresa fiscalmente rilevante, consiste nell'espletamento di una funzione produttiva che si estrinseca attraverso un complesso di azioni volte all'impiego combinato di capitale e lavoro dirette ad ottenere prodotti finiti[2]. La funzione produttiva, dunque, si articola in più fasi, che, dal momento di acquisizione dei fattori[3] e dalla loro combinazione, culmina nella cessione di prodotti finiti[4]. In estrema sintesi, l'attività produttiva che caratterizza l'impresa è costituita dall'organizzazione di una serie di atti, coordinati e ripetuti, aventi la funzione di ordinare i fattori produttivi impiegati nella gestione dell'impresa per il fine della generazione di beni e servizi[5].

L'attività d'impresa fiscalmente significativa, quindi, è costituita dall'organizzazione dei fattori produttivi, al fine di perseguire la creazione di ricchezza novella, che sortisce nella cessione di beni o prestazione di servizi o, più genericamente, nell'accrescimento di valore dei beni ascrivibili ad essa[6].

Per procedere alla trattazione è, dunque, necessario fornire talune precisazioni in ordine ai beni d'impresa, che – come anticipato – concorrono allo svolgimento della funzione produttiva e assumono, quindi, un ruolo cruciale nella determinazione del reddito d'impresa.

Nel vasto insieme dei beni d'impresa, a norma dell'art. 65 TUIR, si possono distinguere beni merce, beni strumentali e beni meramente patrimoniali[7], i quali sono idonei a

concorrere alla determinazione del reddito e assumono una somma valenza sin dal momento della loro acquisizione al patrimonio dell'impresa.

I primi, i beni merce, ai sensi dell'art. 85 TUIR, sono costituiti dai beni alla cui produzione e al cui scambio è diretta l'attività d'impresa, dalle materie prime e sussidiarie, semilavorati e tutti gli altri beni mobili acquistati o prodotti per essere impiegati nella produzione, nonché dalle prestazioni di servizio[8].

I beni strumentali, disciplinati dagli artt. 102, 102-bis e 103 TUIR, sono invece fattori di produzione cd. a fecondità ripetuta[9], costituiti da immobilizzazioni durevoli, che dispiegano gradatamente la loro utilità nei processi produttivi, ossia nel corso di più esercizi, subendo per effetto di siffatto impiego un progressivo logorio e deperimento del rispettivo valore economico[10].

[8] Chiarisce NOCERINO (nota 4), p. 182 s., che tale categoria di beni, destinati ad essere direttamente impiegati nel processo produttivo, al momento della loro acquisizione generano un componente negativo di reddito pari alla spesa sostenuta per il loro acquisto e, per effetto della loro inclusione nella combinazione produttiva, perdono la loro identità così da subire una trasformazione in beni e servizi intermedi (prodotti in corso di lavorazione) o finali alla cui produzione e scambio è diretta l'attività d'impresa. La loro immissione sul mercato si traduce contabilmente in un ricavo pari al corrispettivo pattuito o al valore normale (in caso di fuoriuscita del bene merce a seguito di autoconsumo, assegnazione ai soci ovvero finalità estranee all'impresa). In quest'ultimo caso, ossia quando ha luogo l'estromissione del bene merce senza contropartita patrimoniale, l'imputazione di un corrispettivo virtuale pari al valore normale genera il duplice effetto di neutralizzare il decremento del patrimonio asserito all'impresa e di far assumere significato ai fini dell'imposizione alla variazione di ricchezza accumulata dai cespiti nel corso del tempo in cui gli stessi sono rimasti nella sfera dell'impresa. In questi termini NICOLA FORTUNATO, *Profili tributari delle assegnazioni di beni ai soci*, Torino 2012, p. 136. Il valore della consistenza dei beni merce al termine di ogni esercizio amministrativo concorre a determinare il reddito esprimendo un componente positivo, rappresentativo del valore dei beni ancora presenti nel patrimonio relativo all'esercizio in chiusura e un componente negativo per l'esercizio successivo, costituito del valore dei beni merce acquisiti in periodi antecedenti ma ancora presenti nel patrimonio ad essa relativo. Così TESAURO (nota 2), p. 123 ss. Il metodo con cui i beni merce concorrono alla formazione del reddito imponibile viene definito "costi, ricavi, rimanenze".

[9] Che li distingue dai beni merce, denominati a fecondità semplice.

[10] In ragione delle caratteristiche del cespite, questo concorre alla determinazione del reddito mediante una quota annua di ammortamento attraverso la quale viene ripartito il costo sostenuto per l'acquisto dell'immobilizzazione strumentale sull'intera durata pluriennale di utilizzazione dello stesso e in virtù della sua residua possibilità di utilizzo. Così NOCERINO (nota 4), p. 185. Qualora abbia luogo la dismissione del bene strumentale, la differenza positiva tra il corrispettivo (valore di realizzo) o, in mancanza, il valore normale del bene e il valore fiscalmente riconosciuto, costituito dal costo non ammortizzato, determina una plusvalenza. Se il corrispettivo o altro valore sia inferiore al valore fiscalmente riconosciuto si ha una minusvalenza, vale a dire un componente negativo di reddito (art. 101 TUIR). In questi termini FALSITTA (nota 2), p. 440. Occorre evidenziare che la costruzione dell'art. 86 TUIR contempla due categorie di plusvalenza: la prima, relativa alle plusvalenze in senso stretto, si riferisce al realizzo del maggior valore mediante la cessione dei beni a titolo oneroso; la seconda, definita assimilata, ricomprende quelle emerse in seguito alla destinazione dei beni al consumo personale o familiare dell'imprenditore o alle altre finalità estranee all'esercizio dell'impresa ovvero, in ambito societario, in seguito alla distribuzione ai soci mediante assegnazione dei beni. Le plusvalenze proprie sono il frutto di una operazione che ha arricchito il patrimonio dell'impresa e la plusvalenza stessa misura l'ammontare di tale arricchimento. Le plusvalenze assimilate, in cui manca il corrispettivo, invece, sono il frutto di un'operazione di estromissione dal patrimonio dell'impresa di alcuni suoi beni; la loro imponibilità trova fondamento nella necessità che ogni incremento di valore che tali beni hanno conseguito durante la loro permanenza nel perimetro di

[2] Secondo autorevole dottrina, il concetto d'impresa presuppone una qualche organizzazione di fattori produttivi (cd. etero-organizzazione). Così GASPARE FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Vicenza 2016, p. 409. Tanto è vero che una lettura sistematica dell'art. 55 TUIR induce a ritenere che il richiamo in esso contenuto al solo art. 2195 del codice civile (c.c.) non legittimi ad escludere un riferimento, sebbene non espresso, all'art. 2082 c.c., a mente del quale "[è] imprenditore commerciale chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Così argomenta ALESSANDRO GIOVANNINI, *Diritto tributario per principi*, Milano 2014, p. 220. È tuttavia opportuno evidenziare che il legislatore non fornisce alcuna espressa indicazione ai fini tributari in ordine alla nozione di organizzazione in forma di impresa, ragione per la quale si sono diffuse altre ipotesi interpretative. In questi termini FRANCESCO TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Milano 2019, p. 73. Vi è, infatti, un filone interpretativo che rileva come, in realtà, ai sensi del TUIR, tutte le attività commerciali siano produttive di reddito d'impresa, indipendentemente dal requisito dell'organizzazione. Così sostiene GIULIANO TABET, *Il reddito d'impresa nel quadro delle categorie reddituali*, in: Tabet (nota 1), p. 33.

[3] Intesi come l'insieme dei beni e dei servizi idonei ad essere coordinati tra loro.

[4] OTTAVIO NOCERINO, *Il principio di inerenza nel reddito d'impresa*. Dalla teoria generale al diritto positivo, Milano 2020, p. 179.

[5] MANLIO INGROSSO, *Reddito d'impresa, organizzazione in forma d'impresa e piccola impresa* (artt. 51 e 115 Tuir n. 917/1986), in: *Riv. dir. trib.*, 1993, I, p. 85.

[6] In questi termini NOCERINO (nota 4), pp. 87-88. Secondo FALSITTA (nota 2), p. 353, nell'impresa, nella quale il reddito scaturisce dal concorso simultaneo di capitale e lavoro, la determinazione quantitativa del reddito deriva dall'accrescimento di valore subito dal patrimonio iniziale per effetto della gestione, che postula un complesso procedimento di rilevazione volto ad accertare tutte le variazioni subite dal patrimonio nel corso dell'esercizio.

[7] GIUSEPPE RIPA, *La fiscalità d'impresa*, Milano 2011, p. 297; MAURIZIO LOGOZZO, *I beni relativi all'impresa*, in: Francesco Tesauo (a cura di), *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, in: *Giur. sist. dir. trib.*, Torino, 1994, p. 596.

Infine, vi sono beni meramente patrimoniali, che, sebbene afferenti all'impresa, diversamente dalle precedenti categorie di beni, non forniscono alcun contributo funzionale allo svolgimento del processo produttivo dell'impresa, rimanendone estranei^[11]. Tali beni il più delle volte rappresentano un investimento o un'integrazione delle disponibilità finanziarie dell'impresa^[12].

Le tre categorie di beni d'impresa ora succintamente illustrate, ognuna in ragione delle regole proprie definite dal TUIR, concorrono alla determinazione del reddito d'impresa, contribuendo ad incidere nel risultato economico e reddituale di ogni esercizio periodico.

Il reddito d'impresa può perciò essere inteso come la somma delle variazioni di valore realizzate dai singoli beni afferenti all'impresa^[13], che concorrono alla sua determinazione in virtù delle regole stabilite per le particolari categorie e, dunque, alla luce delle caratteristiche che strutturalmente questi assumono nel ciclo produttivo dell'attività economica^[14]. Nella misurazione del reddito sono, quindi, attratti tutti i componenti rispondenti al requisito di presentare un collegamento di carattere patrimoniale con l'impresa, che esprimono, quindi, la rappresentazione contabile di atti e fatti che abbiano provocato l'ingresso di un determinato bene nel patrimonio fiscalmente ascrivibile all'impresa, il suo impiego e la sua fuoriuscita. Questi ultimi eventi individuano il periodo di inserimento, utilizzo ed estromissione dal circuito dei beni d'impresa, circoscrivendo l'intervallo temporale in ordine al

afferenza all'impresa concorra alla formazione del reddito. È di questo avviso FORTUNATO (nota 8), p. 101 s. Il metodo con cui i beni strumentali concorrono alla formazione del reddito imponibile viene definito "costi e costi".

[11] Tali beni non partecipano al processo produttivo delineato per i beni merce ed i beni strumentali e, per tale ragione, non concorrono alla formazione del reddito imponibile dell'impresa attraverso componenti negativi che esprimano l'acquisto o l'ammortamento. Tuttavia, l'insindacabile scelta di disporre il loro inserimento tra i beni relativi all'impresa, ancorché si tratti di beni estranei alle vicende produttive dell'impresa, comporta che la variazione di valore dei beni meramente patrimoniali debba necessariamente incidere nel reddito fiscalmente significativo. Il bene meramente patrimoniale concorre alla determinazione del reddito d'impresa mediante la misura della differenza di valore da questo maturata, il cui realizzo ha luogo in coincidenza di un qualsiasi evento che ne determini il distacco dall'impresa. In sostanza, il bene non concorre alla formazione del reddito d'impresa mediante quote di ammortamento annue (come avviene nel caso dei beni strumentali), ma la formazione di una plusvalenza o di una minusvalenza viene rilevata al momento della dismissione del bene dal perimetro del patrimonio afferente all'impresa. In questi termini NOCERINO (nota 4), p. 188. Il metodo con cui i beni meramente patrimoniali concorrono alla formazione del reddito imponibile viene definito, come nel caso dei beni strumentali, "costi e costi".

[12] SAMUELE DONATELLI, Note sulla rilevanza, ai fini fiscali, della destinazione dei beni all'interno dell'impresa, in: *Rass. Tributaria*, 2003, 4, p. 1368.

[13] NOCERINO (nota 4), p. 112.

[14] Così FALSITTA (nota 2), p. 358, secondo cui il reddito d'impresa è "un valore aggregato che si ottiene mediante un processo di calcolo quantitativo del patrimonio d'impresa all'inizio e alla fine di ciascun periodo di imposta. Se alla fine del periodo il valore aggregato, inclusi acquisti gratuiti ed esclusi i conferimenti dei soci o dell'imprenditore, è aumentato, tale aumento misura l'entità del reddito di periodo; se è diminuito, tale riduzione è la perdita di periodo". Cfr. anche ALESSANDRO VICINI RONCHETTI, La clausola dell'inerenza nel reddito d'impresa, Milano 2016, p. 167, che rileva come le variazioni del patrimonio dell'impresa assumono rilevanza reddituale, a prescindere dalle cause specifiche e contingenti delle variazioni di valore accumulatesi durante il periodo in cui i beni hanno fatto parte del patrimonio fiscalmente rilevante di pertinenza dell'impresa.

quale le variazioni di valore di scambio o di mercato riferite al bene stesso assumono rilievo giuridico ai fini della misurazione del risultato fiscale^[15].

In ragione di quanto appena argomentato, appare pacifico che i beni relativi all'impresa assumono precipuo rilievo sin dal momento della loro acquisizione, ove si ammetta l'adeguatezza degli stessi a concorrere alla formazione del reddito imponibile, mediante le variazioni di valore che imprimono al patrimonio in virtù della loro permanenza nel circuito dell'impresa.

È, quindi, sin dalla fase dell'incameramento nel perimetro di afferenza all'impresa che il bene incide nella determinazione del relativo reddito, in ragione delle peculiarità dei beni medesimi^[16] e del connesso metodo di rilevazione contabile^[17], avendo così rilievo, dal suo primo germinare, il costo di acquisizione, inteso come valore di un bene o servizio misurato finanziariamente^[18].

Per proseguire nella trattazione del tema che ci occupa, alla luce di quanto esposto, è dunque ora necessario fornire qualche cenno in merito alla nozione di costo nel diritto tributario: tema certamente correlato ai beni d'impresa.

III. La nozione di costo nel diritto tributario

Il TUIR – caratterizzato da una legislazione in cui è predominante il metodo casistico e in cui non si ravvisano definizioni^[19] – non contiene alcuna disposizione che esprima la nozione di costo ai fini tributari, indicando gli interpreti verso la nozione di costo aziendalistico. Quest'ultimo è inteso come la misura dei fattori produttivi correlati alla ricchezza generata in esito ad un processo economico dato. Il costo è, in sostanza, il valore dei beni e dei servizi ordinati all'attività o all'impresa, originati e misurati da variazioni numerarie che traducono quegli stessi beni e servizi in termini di valore^[20].

[15] In questi termini si esprime NOCERINO (nota 2), p. 141.

[16] Beni merce, beni strumentali o meramente patrimoniali.

[17] "Costi, ricavi e rimanenze" per i beni merce; "costo e costo" per i beni strumentali e meramente patrimoniali.

[18] Che nel caso dei beni merce è pari alla spesa sostenuta per il loro acquisto; che nel caso dei beni strumentali è pari ad una quota annua di ammortamento attraverso la quale la spesa per l'acquisto dell'immobilizzazione viene ripartita sull'intera durata pluriennale di utilizzazione dello stesso e in virtù della sua residua possibilità di utilizzo; che nel caso dei beni meramente patrimoniali, invece, non concorrendo alla formazione del reddito imponibile dell'impresa al momento dell'acquisto o mediante l'ammortamento, è inteso come il costo fiscalmente riconosciuto, che assume rilievo all'atto della dismissione del bene stesso, in conseguenza del quale può generarsi una plusvalenza o di una minusvalenza.

[19] ENRICO DE MITA, Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le garanzie costituzionali, Milano 2000, p. 72, che rileva la contrarietà del metodo casistico al principio di legalità, secondo cui nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge, dato che un mero elenco di casi tassabili non può ritenersi un presupposto sufficientemente determinato. Sul punto si rinvia a RAFFAELLO LUPI, Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione analitico-aziendale, Milano 2009, p. 15, che pone particolare attenzione al modello di tassazione analitico aziendale, esternalizzato rispetto alla pubblica amministrazione, che tuttavia non è stato accompagnato dai necessari fondamenti teorici.

[20] ALESSANDRO GIOVANNINI, «Costo» e «inerenza» nel diritto tributario, in: *Rass. trib.*, 2017, p. 929 ss. Vedasi, in particolare, GINO ZAPPA, Il reddito d'impresa. Scritture doppie, conti e bilanci di aziende commerciali, Milano 1937, p. 169 ss.

La tesi che tende a far coincidere la nozione di costo aziendalistico con la nozione di costo ai fini tributari individua nella genesi delle norme sulla determinazione del reddito d'impresa di cui al TUIR la precipua scelta del legislatore di adeguare il reddito imponibile al reddito determinato secondo i criteri di redazione del bilancio civilistico[21]. Siffatta interpretazione trova conferma nelle numerose eccezioni rinvenibili nell'ordinamento: infatti, laddove il legislatore ha inteso discostarsi dalla regola che sovrappone la nozione di costo ai fini tributari a quella ai fini aziendalistici, lo ha espressamente statuito, imponendo delle previsioni normative volte alla determinazione di un ammontare fiscalmente rilevante, quindi differente rispetto a quello allocato nel bilancio d'esercizio[22].

Tuttavia, trattare la nozione di costo significa invocare una categoria direttamente ancorata alla determinazione dell'obbligazione tributaria, perché riconoscere o negare natura reddituale a un elemento economico ha riflessi sulla dimensione quantitativa del presupposto e sull'ammontare del debito d'imposta correlato, con l'effetto di trasferire sulla collettività l'onere corrispondente alla connessa riduzione del debito tributario gravante sul singolo contribuente: il costo, dunque, in ragione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione (Cost.)[23], non può mai contribuire a realizzare interessi antisociali[24].

[21] In questi termini VICINI RONCHETTI (nota 14), p. 154. Occorre rilevare che "l'assunzione di una disposizione legislativa, di istituti riconducibili a differenti discipline nell'ambito delle quali rinvergono la loro compiuta definizione, comportamenti, in prima battuta, la necessità di riferire a questi il medesimo significato anche nel settore tributario. Ciò fin tanto che la legislazione non imponga, per mezzo di precisazioni esplicite, od anche implicitamente, di riferire al concetto richiamato un significato non del tutto coincidente con quello allo stesso riferito nell'ambito del settore di provenienza". Così NOCERINO (nota 4), p. 56.

[22] LORIS Tosi, Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale, Milano 1999, p. 38 ss., che evidenzia come la legge tributaria preveda casi in cui, a fronte di un costo realmente sostenuto, viene radicalmente esclusa la possibilità di portarlo in deduzione dal reddito e casi in cui tale possibilità è riconosciuta nell'an, ma limitata quantitativamente ad una sua quota, oppure, specularmente, in cui un componente positivo effettivamente conseguito viene tassato solo parzialmente per la parte che eccede un certo ammontare o per una sua quota percentuale. Cfr. anche GIUSEPPE ZIZZO, I limiti alla deduzione dei costi relativi agli autoveicoli tra ipotesi di disapplicazione e prospettive di incostituzionalità, in: Il Fisco, 2007, p. 4501 ss., che qualifica le disposizioni che stabiliscono limiti di deduzione delle spese e degli altri componenti negativi relativi a taluni mezzi di trasporto a motore, utilizzati nell'esercizio di imprese, arti e professioni, come antievasive – perché volte ad impedire l'inclusione nel calcolo del reddito di costi non deducibili in quanto non inerenti – e semplificative – perché, invece di imporre secondo i criteri ordinari la dimostrazione dell'entità dell'effettivo impiego aziendale o professionale di questi beni, identificano una percentuale rappresentativa di detto impiego ritenuta conforme ad una regola di comune esperienza.

[23] Il principio di solidarietà è parametro interpretativo del concorso obbligatorio alle spese pubbliche e fondamento dei principi redistributivi e di riparto dell'imposizione e, proprio per questo, consente, da un lato, di individuare il beneficiario finale di una parte di quella ricchezza nello Stato, inteso come Stato-persona e Stato-collettività e, da un altro, di guardare al tributo come al principale strumento attuativo del riparto. Così ALESSANDRO GIOVANNINI, Imprese criminali e costi da reato: per il rispetto della Costituzione, in: Dir. e prat. trib., 2014, p. 10435.

[24] GIOVANNINI (nota 20), p. 931.

Il costo, secondo la definizione della più autorevole dottrina[25], sul piano del diritto tributario deve perciò essere inteso come la manifestazione di valore di un bene o servizio misurata finanziariamente, sostenuta per il perseguimento di interessi o in attuazione di rapporti protetti dall'ordinamento, funzionali ad un'attività economica lecita nell'oggetto e nel fine. Il costo, insomma, è deducibile se trova giustificazione economica nella specifica attività e se è qualificabile sul piano del diritto[26]. Il costo nella dimensione giuridica assume, in definitiva, una rilevanza diversa e non sempre coincidente con quella pregiuridica, cioè strettamente economica[27].

Occorre tuttavia formulare, sin da ora, una precisazione: il costo, come osservato, è elemento economico che può essere qualificato sul piano giuridico e l'inerenza non è un suo elemento costitutivo[28]; questa, più precisamente, è una sua regola interpretativa[29].

L'inerenza – fermo restando il metodo di determinazione, di carattere differenziale, del reddito d'impresa[30] – assurge a principio guida per la decurtazione dei componenti negativi dai proventi lordi e per permettere di assoggettare a tassazione la corretta capacità contributiva[31]. Il costo non deducibile per difetto d'inerenza, perché sostenuto per fini personali o estranei alla gestione dell'impresa, costituisce, al contrario, erogazione liberale del reddito prodotto[32] ovvero consumo[33].

A questo punto, forniti alcuni cenni di carattere teorico per inquadrare la nozione di costo nel diritto tributario, è necessario procedere nella trattazione fornendo qualche

[25] GIOVANNINI (nota 20), p. 943.

[26] A tal proposito ALESSANDRO GIOVANNINI, Principi costituzionali e nozione di costo nelle imposte sui redditi, in: Rass. trib., 2011, p. 614, chiarisce come il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. impone di ritenere che la determinazione della capacità contributiva, presupposto e misura dell'obbligo tributario, non possa essere direttamente vincolata da elementi economici finalizzati al conseguimento di interessi espulsi dalla qualificazione costituzionale.

[27] ALESSANDRO GIOVANNINI, Il diritto tributario per principi, Milano 2014, p. 265, secondo il quale un elemento che nella realtà pregiuridica è idoneo a manifestare forza economica può non costituire oggetto di conforme valutazione sul piano del diritto, tanto che non tutte le variazioni numerarie trovano corrispondenza in conti di natura economica rilevanti per la legge alla stregua di costi.

[28] GIOVANNINI (nota 20), p. 930.

[29] GIOVANNINI (nota 26), p. 615, afferma che "un conto è valutare un componente negativo per qualificarlo come fattispecie secondo il diritto, altro è sindacare la sua inerenza per stabilirne in concreto la deducibilità", dato che "il primo passaggio consiste nel raffronto tra realtà pregiuridica e interessi protetti dal diritto e termina, appunto, con la qualificazione del singolo elemento o con la sua espulsione dalla dimensione legale; l'altro passaggio, invece, attiene all'interpretazione dei profili causali di quell'elemento rispetto al programma imprenditoriale, interpretazione che in tanto può essere condotta in quanto la si riferisca ad un componente previamente assunto a fattispecie giuridica".

[30] Il reddito imponibile è dato dalla differenza algebrica dei ricavi e degli altri componenti positivi conseguiti nell'esercizio d'impresa ed i correlati costi. Così ALESSIA VIGNOLI, La determinazione differenziale della ricchezza ai fini tributari, Roma 2013, p. 5.

[31] ALESSANDRO VICINI RONCHETTI, Inerenza nel reddito d'impresa: riflessioni sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, in: Riv. dir. trib., 2019, p. 552.

[32] FRANCESCO BONTEMPO/TOMMASO FABI/LUCA MIELE/ALESSANDRO SURA, Bilancio e reddito d'impresa, Milano 2020, p. 489.

[33] RAFFAELLO LUPI, Evasione fiscale, paradiso e inferno, Milano 2008, p. 65.

riferimento sul fondamento giuridico dell'inerenza alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità.

IV. Il fondamento giuridico del principio immanente di inerenza

Le pronunce della Corte di Cassazione n. 450 e n. 3170 del 2018 hanno impresso un nuovo orientamento interpretativo sul tema dell'inerenza[34].

L'inerenza – secondo la *nouvelle vague* della Suprema Corte[35] – è riconducibile alla nozione di reddito d'impresa ed il costo, disancorato da qualsivoglia nesso deterministico che sottenda rapporti di causalità con i ricavi, è irrelato da ogni giudizio quantitativo[36] ed è scevro da riferimenti di utilità o di vantaggio. La tesi sostenuta dalle due citate pronunce ritiene superato il pregresso orientamento che considerava il principio di inerenza fondato sull'art. 109, comma 5, TUIR. Secondo gli ermellini, la norma da ultimo citata fa invece riferimento all'indeducibilità dei costi relativi ai ricavi esenti (ferma l'inerenza), cioè alla correlazione tra costi deducibili e ricavi imponibili.

Secondo il recente orientamento della Suprema Corte, il requisito dell'inerenza trova applicazione *ex ante* rispetto alle particolari regole di determinazione del reddito d'impresa, trattandosi di un'espressione insita nella sua stessa nozione[37]. Le regole di cui all'art. 109 TUIR, invece, influiscono sul calcolo della base imponibile solamente in un secondo momento[38]. L'art. 109, comma 5, TUIR riguarda, pertanto, il diverso aspetto legato alla riferibilità dei componenti negativi ai proventi imponibili, esclusi ed esenti[39]. La norma, in sostanza, è diretta ad evitare che

componenti negativi legati a proventi esenti possano essere dedotti dal reddito[40].

L'inerenza è, dunque, un principio che esprime il rapporto tra il bene e l'attività esercitata, cioè l'idoneità del primo ad essere introdotto nel circuito dell'impresa, vale a dire sin dalla sua acquisizione, e, sicché, alla capacità di questo a concorrere alla formazione del reddito attraverso le variazioni di valore che si andranno a conseguire in ragione delle sue peculiarità, a seconda, dunque, che si tratti di beni merce, strumentali o meramente patrimoniali[41]. L'inerenza, in altri termini, costituisce una regola interpretativa di somma importanza, incidendo nella corretta determinazione del reddito d'impresa, rappresentando il vincolo tra bene e attività d'impresa in concreto esercitata, ossia nell'ascrivibilità dello stesso all'impresa e quindi nella sua capacità di concorrere alla formazione di ricchezza novella.

L'inerenza, in ragione di quanto appena affermato, incide dunque sin dal momento dell'acquisizione del bene, esprimendo la citata adeguatezza di quest'ultimo a far parte del patrimonio dell'impresa e ad incidere nel ciclo produttivo, ovvero a concorrere alla determinazione del suo reddito. È, quindi, sin dalla fase dell'incameramento del bene nel perimetro di afferenza all'impresa che l'inerenza incide, quale regola interpretativa, a determinarne l'adeguatezza a partecipare al ciclo produttivo e, dunque, a concorrere alla formazione dell'obbligazione tributaria. Ed è in questi termini, in sostanza, che il principio di inerenza risulta insito nella nozione di reddito d'impresa.

Le pronunce ora richiamate – la n. 450 e n. 3170 del 2018 – forniscono una rappresentazione del principio conformemente a quanto sostenuto da lungo tempo in dottrina, identificando l'inerenza nel vincolo tra la spesa sostenuta e l'attività d'impresa esercitata, indirettamente, potenzialmente o in proiezione futura[42] ed indipendentemente da relazioni di utilità tra costo e attività d'impresa[43]. L'inerenza, in estrema sintesi, deve essere apprezzata attraverso un giudizio esclusivamente qualitativo[44].

Sebbene altre e successive pronunce di legittimità abbiano sposato tale ampia e condivisibile nozione di inerenza[45],

[34] In termini critici PIERLUIGI ANTONINI, *La Cassazione sull'inerenza predica bene ma razzola male*, in: Riv. giur. trib., 2018, p. 323 ss. Vedasi anche GIANFRANCO FERRANTI, *Cambiamento di rotta della Cassazione sull'inerenza, ma restano gli equivoci*, in: Il Fisco, 2018, p. 907 ss., che passa in rassegna le principali pronunce di legittimità sul tema dell'inerenza ed evidenzia l'evoluzione degli orientamenti a partire dalla nozione di concreta strumentalità del costo all'impresa (Cass. 20 gennaio 2017 n. 1544).

[35] In questi termini GUGLIELMO FRANSONI, *Una bella sorpresa: la nouvelle vague della Corte di Cassazione in tema di inerenza*, in: Riv. dir. trib., supplemento online, 19 marzo 2018.

[36] Sul tema dell'inerenza quantitativa, venga consentito di rinviare a LIVIO GUCCIARDO, *Giudizio di congruità dei costi e principio di inerenza*, in: L'Accertamento, 2020, 3, pp. 43 ss., ove si evidenzia che la nozione di inerenza va distinta dalla congruità del costo, che può solo avere rilevanza per la contestazione dell'indeducibilità come indizio di estraneità (qualitativa) all'impresa. L'eventuale incongruità o sproporzione del costo ovvero antieconomicità dell'operazione, dunque, non è autonomamente probante di simulazione, frode, atti liberali ovvero estranei all'impresa, ma può essere inserita in un più ampio quadro accusatorio che dimostri l'indebita convenienza fiscale perseguita dal contribuente.

[37] RAFFAELLO LUPI, *Diritto tributario. Parte speciale*, Milano 2007, p. 72, asserisce che "[g]ià dal concetto di reddito deriva quindi che la deduzione dei costi è limitata a quelli relativi all'attività d'impresa, che vengono detti «inerenti»".

[38] VICINI RONCHETTI (nota 31), p. 554.

[39] Stabilisce infatti l'art. 109, comma 5, TUIR che i componenti negativi (tranne interessi passivi, oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale) sono deducibili se ed in quanto si riferiscano ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o non vi concorrono in quanto esclusi; se si riferiscono indistintamente anche ad attività o beni produttivi di proventi esenti, sono deducibili nella percentuale corrispondente al rapporto tra proventi computabili ovvero esclusi, e l'ammontare complessivo dei pro-

venti. Così FALSITTA (nota 2), p. 448.

[40] In questi termini ALESSANDRO BORGOGGIO, *La Cassazione amplia il concetto di inerenza delle spese*, in: L'Accertamento, 2018, 1, p. 14; FRANCESCO TUNDO, *Dalla composizione delle contraddizioni il carattere «assoluto» del giudizio di inerenza*, in: Riv. giur. trib., 2019, p. 25.

[41] NOCERINO (nota 4), p. 205.

[42] FRANCESCO PAOLO FABBRI, *Il principio di inerenza e la sua evoluzione ondovaga nella giurisprudenza: spunti interpretativi sull'applicazione nei gruppi di società*, in: L'Accertamento, 2019, 2, p. 70.

[43] Diversamente da quanto invece sostenuto dalla prassi, che ritiene "deducibili tutti i costi relativi all'attività dell'impresa e riferentisi ad attività ed operazioni che concorrono a formare il relativo reddito". Così Ris. Agenzia Entrate del 16 maggio 2008 n. 196. Cfr. anche Ris. Agenzia Entrate del 9 novembre 2001 n. 178; Ris. Agenzia Entrate del 28 ottobre 1998 n. 158; Circ. Agenzia Entrate del 7 luglio 1983 n. 30; Ris. Agenzia Entrate del 12 novembre 1974 n. 1053.

[44] MARCO DENARO, *L'inerenza di un costo si misura in termini qualitativi*, in: Il Fisco, 2018, p. 3272 ss.

[45] Per una panoramica storica sul principio di inerenza PIETRO BORIA, *La rico-*

è tuttavia doveroso segnalare che sono ancora numerose quelle decisioni in cui i giudici si sono rifatti ai più risalenti orientamenti. Dopo le due citate ordinanze del 2018, infatti, si sono talora potuti registrare arresti giurisprudenziali in cui è stato nuovamente sostenuto che il presupposto normativo dell'inerenza debba essere individuato nel comma 5 dell'art. 109 TUIR[46]. Non si può perciò sostenere di avere completamente superato quest'ultimo orientamento, che, in concreto, è di sovente rievocato dalla Sezione V della Cassazione.

Ciononostante, occorre constatare che una parte della giurisprudenza[47], quella più sensibile alle sollecitazioni della dottrina[48], ritiene condivisibilmente di identificare il principio di inerenza nella regola interpretativa del costo; quella regola, cioè, che consentirebbe al costo di trovare un rapporto con l'attività d'impresa, anche se in via indiretta, meramente potenziale ovvero in una prospettiva futura, che nulla ha a che fare con la regola del *pro rata* disciplinata dall'art. 109, comma 5, TUIR[49].

struzione del principio di inerenza nella giurisprudenza della Cassazione, in: Riv. giur., 2018, p. 767 ss., che, in particolare, chiarisce come il concetto di inerenza con la Riforma Fiscale del 1971 fu allargato con il superamento della distinzione tra spese necessarie e spese non necessarie e venne riconosciuta la detraibilità di tutte le spese utili alla produzione del reddito, sino a giungere all'attuale fisionomia, che sottende una consapevolezza crescente della logica economica dell'impresa (in cui si assume che l'imprenditore mira a minimizzare i costi per ottenere il miglior risultato di gestione possibile, con la conseguenza che tutte le spese sostenute nell'ambito dell'attività d'impresa sono da ritenere in linea di massima funzionali alla produzione del reddito).

[46] Cfr. Cass. 17 gennaio 2020 n. 925; Cass. 17 gennaio 2020 n. 924; Cass. 23 dicembre 2019 n. 34398; Cass. 20 dicembre 2019 n. 34167; Cass. 20 dicembre 2019 n. 34166; Cass. 3 aprile 2019 n. 9252; Cass. 27 dicembre 2018 n. 33504; Cass. 21 novembre 2018 n. 30030; Cass. 24 agosto 2018 n. 21131; Cass. 30 luglio 2018 n. 20113; Cass. 20 luglio 2018 n. 19430; Cass. 15 giugno 2018 n. 15856; Cass. 30 maggio 2018 n. 13591; Cass. 30 maggio 2018 n. 13588; Cass. 18 maggio 2018 n. 12285.

[47] Cfr. Cass. 12 febbraio 2020 n. 3414; Cass. 22 gennaio 2020 n. 1290; Cass. 30 dicembre 2019 n. 34566; Cass. 19 dicembre 2019 n. 33964; Cass. 14 dicembre 2019 n. 33026; Cass. 31 ottobre 2018 n. 27786; Cass. 31 maggio 2018 n. 13882.

[48] RAFFAELLO LUPI, Redditi illeciti, costi illeciti, inerenza ai ricavi e inerenza all'attività, in: Rass. trib., 2004, p. 1935 ss.; MASSIMO PROCOPIO, Le imposte sui redditi ed il principio dell'inerenza, in: Dir. e prat. trib., 2010, p. 20160, secondo cui "il t.u.i.r. n. 917 fornisce, in tema di principio di inerenza, soltanto una «traccia» in quanto la relativa nozione dovrebbe ritenersi implicita nel concetto di reddito".

[49] Cfr. in particolare Cass. 17 luglio 2018 n. 18904, che propone una ricostruzione sistematica della nozione di inerenza alla luce della giurisprudenza di legittimità e chiarisce come "«il principio dell'inerenza dei costi deducibili si ricava dalla nozione di reddito d'impresa ed esprime la necessità di riferire i costi sostenuti all'esercizio dell'attività imprenditoriale», esclusa ogni valutazione in termini di utilità (anche solo potenziale o indiretta) o congruità «perché il giudizio sull'inerenza è di carattere qualitativo e non quantitativo». La pronuncia aggiunge altresì che "l'introduzione di un concetto, quale quello di utilità, nel principio di inerenza non appare necessario, posto che evoca un rapporto di causalità diretta tra il costo e il vantaggio per l'impresa (vantaggio che non è detto debba esservi), non trova un riscontro in dati normativi positivi e, comunque, non sempre bene si attaglia ad una varietà di sopravvenienze negative (si pensi alle perdite oppure alla penale per inadempimento contrattuale, la cui utilità è stata valutata in considerazione del rafforzamento del vincolo negoziale: Cass. n. 19702 del 27/09/2011; Cass. n. 16561 del 05/07/2017) sì da determinarne una espansione teorica, dai confini non sempre chiari".

Il principio di inerenza non trova dunque espressa definizione nel TUIR[50], dovendosi conclusivamente ritenere – nei termini testé precisati – un principio generale insito nella nozione di reddito d'impresa[51]. Si tratterebbe, insomma, di un principio immanente[52], dato che la deduzione dei costi inerenti alla produzione del reddito non costituisce una contingente scelta legislativa[53], ma una caratteristica strutturale del concetto stesso di reddito d'impresa[54], che rappresenta una condizione necessaria per la corretta misurazione della capacità economica reddituale[55].

[50] L'inerenza non è mai stata enunciata perché ritenuto superfluo e, inoltre, perché ritenuto preferibile lasciare elastica la nozione. Così MASSIMO PROCOPIO, Il principio di inerenza ed il suo stretto collegamento con quello della capacità contributiva, in: Dir. e prat. trib., 2018, p. 1674.

[51] DARIO DEOTTO, Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d'impresa, in: Corr. trib., 2009, p. 1291, che chiarisce come l'inerenza rappresenti quella regola che identifica il necessario collegamento che vi deve essere tra un componente economico e l'attività esercitata, o da esercitarsi, da parte dell'imprenditore.

[52] I principi inespressi o immanenti possono essere definiti come enunciati normativi di secondo grado, agganciati indirettamente al diritto scritto o al principio inespresso per mezzo di un complesso di norme che ne denunciano l'esistenza nel diritto stesso. Così GIOVANNINI (nota 2), p. 9.

[53] Il cd. principio di non contraddittorietà dell'ordinamento, costituito da una costruzione verticale, esige che le disposizioni subordinate si uniformino a tutte le norme e ai principi di grado superiore; in particolare, occorre assumere che la fattispecie qualificata dal diritto penale non può divenire fatto costitutivo di situazioni giuridiche che implicano un giudizio di segno opposto a quello sotteso agli effetti contemplati nel settore originario. Così GIOVANNINI (nota 2), p. 47. A parere di chi scrive, perciò, sembra corretto asserire che la disposizione di cui all'art. 4, comma 1-bis, del Decreto Legislativo (D.Lgs.) n. 74/2000, con cui si esclude che la violazione dell'inerenza possa rientrare tra gli elementi costitutivi del delitto di dichiarazione infedele, possa indurre a ritenere che tale principio, espressamente richiamato da detta norma, sia effettivamente immanente nelle regole di determinazione del reddito d'impresa, trovando espresso richiamo nella disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, che pone una distinzione tra non inerenza e non deducibilità di elementi passivi reali. Per una disamina della disposizione di cui all'art. 4, comma 1-bis, D.Lgs. n. 74/2000 vedasi GABRIELE SEPIO/FABIO MASSIMO SILVETTI, Revisione del sistema penale tributario: gli interventi di riforma dei delitti dichiarativi, in: Il Fisco, 2015, p. 4129 ss., che tratta, in particolare, dell'esclusione della responsabilità penale della cd. evasione da interpretazione. Segnatamente, la citata norma implica che il contribuente – da un punto di vista squisitamente penal-tributario – possa utilizzare, per ridurre la base imponibile, anche costi del tutto eccentrici rispetto all'attività d'impresa. Così ALEX INGRASSIA, La rilevanza penale dell'elusione: nuovi capitoli di una saga (forse) non infinita, in: Società, 2016, p. 500.

[54] Che è determinato analiticamente dalla differenza tra componenti positivi e negativi di reddito, dovendosi perciò rilevare che l'inerenza è intimamente collegata alla capacità contributiva ex art. 53 Cost., che esige un reale collegamento tra la prestazione imposta ed il presupposto economico che vi deve essere alla base. Così MASSIMO PROCOPIO, L'inerenza nel sistema delle imposte sui redditi, Milano 2009, p. 15.

[55] Così argomenta VIGNOLI (nota 30), p. 35, che chiarisce come debba rilevarsi che la deduzione di costi e oneri sostenuti sia limitata a quelli relativi all'attività d'impresa o di lavoro autonomo, mentre per le altre categorie reddituali è considerato poco significativo o irrilevante. Non concorda invece con tale conclusione VICINI RONCHETTI (nota 14), p. 79, secondo cui nella disciplina tributaria non sarebbe possibile adottare dei principi generali inespressi perché prettamente casistica e perciò le numerose clausole analitiche che caratterizzano il reddito d'impresa implicano che eventuali fattispecie non previste dal diritto positivo siano indirettamente escluse. Ritene invece che l'inerenza, intesa come clausola generale, debba essere ricondotta al combinato disposto degli artt. 85, comma 2, 86, comma 1, lett. c), e 109, comma 5, TUIR, che costituiscono un sistema di chiusura volto a garantire la corretta applicazione della clausola generale dell'inerenza. Gli artt. 85, comma 2, e 86, comma 1, lett. c), in particolare, segnerebbero il vincolo di destinazione all'impresa dei beni quale presupposto imprescindibile per procedere

V. Conclusioni

Superata la tradizionale impostazione che riteneva il principio di inerenza disciplinato dall'art. 109, comma 5, TUIR, si è giunti a definirne una nozione assai più ampia e rispettosa del fenomeno impositivo. L'inerenza – chiarita la differente funzione del citato art. 109, comma 5, TUIR, che è espressione della particolare regola del *pro rata* – è da intendersi come un principio insito nella nozione di reddito di impresa, che esprime il rapporto tra i beni d'impresa e l'attività in concreto esercitata, ossia l'adeguatezza dei primi ad essere introdotti nel circuito produttivo, rilevando sin dal momento della loro acquisizione. Il principio di inerenza, dunque, contribuisce alla corretta determinazione del reddito d'impresa, manifestando l'idoneità dei beni ad essere ascritti nel circuito produttivo e, più genericamente, nella loro capacità di concorrere alla formazione del reddito imponibile dell'impresa. L'inerenza assume perciò precipua importanza sin dal momento dell'inserimento dei beni nel perimetro di afferenza all'impresa, costituendo una regola interpretativa del costo, indispensabile per assoggettare a tassazione l'effettiva capacità contributiva.

Ebbene, il percorso che ha condotto ad ampliare la nozione del principio inerenza, sino ad una sua collocazione sul piano sistematico quale elemento insito nel più ampio concetto di reddito d'impresa, costituisce il riconoscimento dello sforzo sostenuto dalla dottrina per superare la tradizionale impostazione che lo voleva disciplinato dall'art. 109, comma 5, TUIR. Cionondimeno è necessario evidenziare che, se una parte della giurisprudenza ha sposato siffatta impostazione, un'altra è tuttora avveza ad identificarlo nell'art. 109 TUIR (il più delle volte richiamando acriticamente pronunce risalenti nel tempo).

Concludendo, l'innovativo orientamento interpretativo inaugurato dall'ordinanza n. 450 del 2018 pare avere aperto una breccia, quantunque sembri altrettanto evidente che il processo di adeguamento non possa ritenersi compiuto, risultando tuttora forti le resistenze della giurisprudenza e, soprattutto, della prassi degli uffici dell'Amministrazione finanziaria^[56], dato che quest'ultima insiste nel ritenere l'art. 109, comma 5, TUIR norma espressiva dell'inerenza.

alla deduzione.

[56] Cfr. Ris. Agenzia Entrate del 16 maggio 2008 n. 196. Cfr. anche Ris. Agenzia Entrate del 9 novembre 2001 n. 178; Ris. Agenzia Entrate del 28 ottobre 1998 n. 158; Circ. Agenzia Entrate del 7 luglio 1983 n. 30; Ris. Agenzia Entrate del 12 novembre 1974 n. 1053.

Simulazione dell'indebitamento e imposta sui redditi delle società nell'ordinamento europeo, italiano e svizzero

Analisi dei principali profili sistematici e comparatistici



Roberto Iaia

Avvocato cassazionista in Padova
Cultore di diritto tributario,
Università degli studi di Padova
Componente del Comitato scientifico nazionale
dell'A.N.T.I. – Associazione Nazionale Tributaristi Italiani

La simulazione dell'indebitamento costituisce rilevante veicolo di evasione fiscale nel settore delle imposte sui redditi delle società. Il contributo analizza la fattispecie e i profili salienti della disciplina tributaria europea, italiana e svizzera di riferimento, in una prospettiva sistematica e comparatistica. In particolare, la normativa dell'UE e quella italiana di recepimento prevedono un limite oggettivo di congruità dell'indebitamento, del tutto inidoneo ad accertare la simulazione e non affatto allineato ai principi generali dell'ordinamento sovranazionale. All'opposto, l'approccio maturato nell'ordinamento federale elvetico appare più articolato e puntuale nell'individuazione della patologia.

I. Inquadramento delle fattispecie.....	30
II. La "interest barrier" europea dell'art. 4 ATAD	31
III. (Segue): l'interazione con i principi generali europei	31
IV. Il recepimento italiano della "interest barrier" europea	32
V. Le "distribuzioni dissimulate di utili" nell'ordinamento federale svizzero	32
VI. Profili comparatistici	33

I. Inquadramento delle fattispecie

Per l'esercizio dell'attività di impresa, le società possono essere finanziate con capitale proprio, cd. "di rischio" ("equity") o di debito ("debt"), da remunerare rispettivamente con la devoluzione degli utili ritratti dall'attività stessa o il pagamento di interessi. Da tempo, le organizzazioni internazionali e le normative fiscali degli Stati pongono attenzione al patologico ridimensionamento del capitale proprio rispetto a quello di debito: la cd. "capitalizzazione sottile" ("thin capitalization")^[1].

[1] Cfr. già OCSE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Parigi 1979, p. 85 ss. e, quanto alle legislazioni nazionali, il § 4h. dell'Einkommensteuergesetz (EStG), cui rinvia, per le società, il § 8a. del Körperschaftsteuergesetz

Il caso classico è rappresentato dalla "capitalizzazione di rischio nascosta" ("hidden equity capitalization"). Una società controllante eroga capitale di rischio a una propria controllata, giuridicamente "mascherato" da un atto di finanziamento e, dunque, di attribuzione di capitale di debito. Nella dinamica dell'esercizio della propria attività, la controllata matura utili che distribuisce alla controllante, con i quali la remunera dell'apporto iniziale. I dividendi non sono componente negativo, deducibile dal reddito, quanto, piuttosto, l'oggetto di un atto dispositivo di esso per la controllata. Invece, l'occultamento dell'apporto di capitale sotto il "manto" di capitale di debito, permette di far apparire interessi passivi, che la controllata può scomputare dal proprio imponibile.

Dalla prospettiva dogmatica tedesca, alla base di quella italiana, si tratta di fittizietà negoziale, di simulazione, riconducibile all'area dell'evasione fiscale e non affatto all'elusione, la quale, invece, presuppone atti effettivi di aggiramento di norme impositive per conseguire un vantaggio fiscale, contrario al sistema ordinamentale^[2].

Il fenomeno è indifferente alla residenza delle parti: la simulazione può toccare atti intercorsi fra società localizzate in un medesimo Stato come quelle ubicate in Paesi differenti.

(KStG) di diritto tedesco. In letteratura, cfr., ad es., AA.VV., *Cahiers de droit fiscal international*, ad es. i volumi LXXIXa, *Deductibility of interest and other financing charges in computing income* e LXXXIb, *International aspects of thin capitalization*, Rotterdam, rispettivamente 1994 e 1996; EDOARDO TRAVERSA, *Interest Deductibility and the BEPS Action Plan: nihil novi sub sole?*, in: *British Tax Review* 2013, p. 607 ss.; MARTIN RUF/DIRK SCHINDLER, *Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules. German Experience and Alternative Approaches*, in: *Nordic Tax Journal* 2015, p. 17 ss.

[2] Cfr. § 41(2) e § 42 della Legge generale tributaria tedesca (Abgabenordnung [AO]). Sulla distinzione fra simulazione ed elusione, cfr., ad es., DAVID SIMCOCK, *New Zealand*, in: AA.VV., *Cahiers de droit fiscal international*, LXXXVIIa, *Form and substance in tax law*, Rotterdam 2002, p. 474 ss.; ARCO BOBELDIJK/TIM HENDRIKS, *Interest Deduction in the Netherlands: Tax Aspects of the Different Interest Deduction Limitation Rules*, in: *Intertax*, 2017, p. 323. Nel diritto italiano, cfr. l'art. 1, lett. g-bis del Decreto Legislativo (D.Lgs.) n. 74/2000 in rapporto all'art. 10-bis della Legge (L.) n. 212/2000, per delineare la distinzione, rispettivamente, fra ipotesi di simulazione (le sole) rilevanti penalmente e di abuso del diritto/elusione fiscale.

Nondimeno, il tema assume una particolare colorazione per le fattispecie transnazionali. Si riprenda l'esempio dianzi considerato, arricchito da ulteriori profili. Supponiamo che l'apporto capitalistico provenga da una società controllante, residente in uno Stato dal regime fiscale sensibilmente più mite di quello applicabile alla controllata che lo riceve, localizzata in un altro Paese. La simulazione si esplica attraverso un (apparente) trasferimento del reddito della controllata dallo Stato di origine verso quello della controllante, i cui (apparenti) interessi attivi subiscono un'imposizione più modesta rispetto a quella che avrebbe trovato riscontro per la prima. Si tratta di un'ipotesi di "Base Erosion and Profit Shifting" (BEPS), di erosione della ricchezza dal luogo di generazione per "dirottarla" verso un altro Stato allo scopo di abbattere gli oneri impositivi, ordita tramite una simulazione negoziale.

Vediamo, ora, come la normativa tributaria europea, italiana e svizzera abbiano fronteggiato simili fattispecie, con peculiare riferimento alle società di capitali.

II. La "interest barrier" europea dell'art. 4 ATAD

La disciplina europea si incardina sulle raccomandazioni del progetto BEPS, elaborato dall'OCSE/G20, con una funzione di "soft law" e, quindi, di indirizzo per coordinare l'attività legislativa degli Stati, a livello mondiale, contro la pianificazione fiscale aggressiva ("aggressive tax planning") internazionale, concetto vago e impreciso, riferito non solo a fattispecie considerate come "elusive"^[3], ma anche a situazioni di assenza di imposizione, di doppia non imposizione *cross-border*, sebbene non abusive in sé e per sé, determinate dalla mera interazione di normative tributarie di Paesi diversi^[4].

In simile orizzonte giuridico, così ampio ed eterogeneo, le pratiche realizzate tramite i finanziamenti societari, sono oggetto dell'Azione 4 "Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Others Financial Payments"^[5].

La Direttiva n. 2006/1164/UE, cd. "antielusione" ("Anti-Tax Avoidance Directive" [ATAD]) ha tradotto simili raccomandazioni in norme cogenti ("hard law"). In specie, l'art. 4 reca la "Norma relativa ai limiti sugli interessi" ("Interest limitation rule"), applicabile ai soggetti passivi delle imposte nazionali sulle società negli Stati membri dell'Unione europea (UE)^[6]. A

[3] Da ultimo, *inciderter*, Corte di giustizia dell'UE (CGUE), causa C-484/19, del 20 gennaio 2021, *Lexel*, punto 52.

[4] Cfr., ad es., ANA PAULA DOURADO, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, in: *Intertax*, 2015, p. 42 ss.; REUVEN S. AVI-YONAH, *Evaluating BEPS*, in: *New York University School of Law. Colloquium on Tax Policy and Public Finance*, 2016.

[5] OCSE, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Others Financial Payments, Action 4 – 2016 Update, Inclusive Framework on BEPS*, Parigi 2017; V. MICHAEL TELL, *Interest Limitation Rules in the Post-BEPS Era*, in: *Intertax*, 2017, p. 750 ss.

[6] Cfr. art. 1; sull'art. 4, cfr. ANA PAULA DOURADO *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, in: *EC Tax Law*, 2017, p. 112 ss.; LISA HILLMANN/REBECCA HOEHL, *Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization*, in: *European Taxation*, 2018, p. 140 ss.; ROBERTO IAlA, *La "interest limitation rule" della Direttiva "antielusione" ("ATAD")*, in: *Diritto e pratica tributaria*, 2018, p. 2455 ss.

dispetto della vocazione transnazionale della ATAD, la regola si applica anche alle fattispecie coinvolgenti soggetti residenti in un medesimo Stato membro^[7]. Nonostante la disciplina europea derivata alluda a misure "antielusive", di simile connotato non v'è traccia nel tenore dell'art. 4, il quale si articola in due macro-aree.

La prima, ad attuazione obbligatoria per gli Stati membri, circoscrive la deducibilità degli interessi passivi e degli oneri finanziari ad essi assimilati^[8] ed è ispirata dal regime tedesco della cd. "barriera agli interessi" ("Zinsschranke")^[9]. Per gli oneri eccedenti i proventi finanziari, il limite è pari al 30% dell'EBITDA, ossia dell'ammontare del reddito fiscale prima della applicazione (e, dunque, al lordo) degli interessi, dei tributi, delle svalutazioni e degli ammortamenti ("Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization": art. 4, par. 1 ATAD).

Un secondo nucleo di previsioni è accomunato dalla facoltatività del recepimento da parte degli ordinamenti nazionali. Rientrano in questo novero le "clausole di salvaguardia" ("escape clauses"), anch'esse ispirate dalla legislazione tedesca e finalizzate a mitigare i rigori della automatica "interest barrier".

Fra le varie, in particolare, spiccano la regola "de minimis" e la "standalone clause", le quali, rispettivamente, legittimano gli Stati membri ad ammettere una integrale deducibilità degli oneri finanziari entro 3 mio. di euro e, pure al di sopra di tale franchigia, per le "entità indipendenti" ossia per le società, che non sono parte di un gruppo consolidato a fini di contabilità finanziaria e non hanno alcuna impresa associata o stabile organizzazione (art. 4, par. 3 ATAD)^[10].

III. (Segue): l'interazione con i principi generali europei

Il tenore della "interest barrier" europea non allude esplicitamente a fattispecie evasive di simulazione o di altra natura, né di elusione. Le Amministrazioni fiscali nazionali possono ben riscontrare una simulazione del negozio finanziario, ma il tenore dell'art. 4 ATAD semplifica l'attività accertativa, giacché consente il recupero degli interessi passivi, a fronte del mero superamento del limite dianzi considerato.

Fra i vari problemi che tale disciplina solleva, notevole rilievo presentano quelli afferenti la conformità di essa ai principi generali dell'UE, i quali sono superiori alla ATAD, siccome dotati di "rango costituzionale" ("Verfassungsrang") nel sistema europeo^[11]. Anzitutto, da più versanti, l'art. 4, par. 1 ATAD appare

[7] Cfr. settimo considerando della Direttiva, penultimo periodo.

[8] In linea di principio, si tratta di oneri che, degli interessi passivi, condividono la natura di corrispettivo per il godimento di capitale altrui, commisurabile in percentuale rispetto al capitale e dipendente dal decorso dal tempo (ad es. i pagamenti a titolo di prestiti con partecipazione agli utili, interessi di computo per strumenti quali obbligazioni convertibili e a cedola zero, ecc.: art. 2, n. 1 ATAD).

[9] Riv. § 4h. EStG e § 8a. KStG.

[10] Quanto alla nozione di "entità indipendenti", cfr. l'ultimo paragrafo della stessa norma.

[11] CGUE, causa C-101/08, *Audiolux e a.*, del 15 ottobre 2009, punto 63; cau-

distonico con il principio generale europeo di proporzionalità, anch'esso mutuato dall'ordinamento tedesco, che impone al legislatore sovranazionale di adottare soluzioni normative idonee e non eccedenti rispetto allo scopo perseguito^[12], nella specie, quello di contrastare le pratiche di BEPS.

La norma europea non supera il primo test di proporzionalità, quello di "idoneità" all'emersione e contrasto dei fenomeni in esame: il superamento del limite del 30% non consente, di per sé solo, di intercettare una simulazione (come altre ipotesi di evasione o di elusione) di un atto finanziario, ove generativo di oneri inferiori alla "barriera".

All'opposto, il travalicamento del confine normativo può inibire la deducibilità di interessi non affatto frutto di simulazione (o di altre fattispecie di evasione ovvero di elusione), come quelli scaturiti da un prestito effettivamente perfezionato per ripianare perdite, più onerosi debiti o per sostenere investimenti. Qui la norma eccede evidentemente lo scopo della lotta alla indebita erosione del reddito dal luogo di generazione, a fronte di negozi finanziari (non di mera apparenza, ma) reali, sorretti da valide ragioni economiche^[13].

Inoltre, non appare conforme a proporzionalità la mera facoltatività dell'esclusione del limite di deducibilità degli interessi per le "entità indipendenti"; in altri termini, così statuendo, la Direttiva ammette gli Stati membri a contemplare la rigida "interest barrier" anche per i finanziamenti tra soggetti non avvinti da un rapporto infragruppo^[14].

Tuttavia, gli arbitraggi in esame si alimentano proprio in seno ai gruppi societari, per i quali, di norma, la comunanza di posizioni favorisce l'orditura di concertazioni per abbattere illecitamente l'onere fiscale complessivo del gruppo medesimo^[15].

Se non bastasse, circoscrivere la deducibilità di interessi passivi, quand'anche effettivi (e non elusivi), sfocia in una *fiction juris* di un maggior reddito, in realtà inesistente. Da questo punto di vista, l'esegesi letterale della disciplina europea viola il principio di capacità contributiva, *species* di quello generale di parità di trattamento, il quale inibisce discriminazioni ingiustificate nel trattamento disciplinare di situazioni analoghe^[16].

sa C-174/08, *NCC Construction Danmark*, del 29 ottobre 2009, punto 42; causa C-161/11, *Vino*, del 22 giugno 2011, punto 39.

[12] Cfr., ad es., CGUE, cause C-286/94 e a., *Molenheide e a.*, del 18 dicembre 1997; da ultimo, causa C-335/19, *E.*, del 15 ottobre 2020, punto 47. In dottrina, cfr., ad es., AA.VV., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, a cura di EVELYN ELLIS, Oxford 1999; GIOVANNI MOSCHETTI, Il principio di proporzionalità come "giusta misura" del potere nel diritto tributario, *Premesse generali*, Milano 2017, p. 108 ss. quanto all'influenza tedesca sulla quale cfr. anche GEORG NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective*, in: *The Modern Law Review*, 1994, p. 191 ss., in particolare p. 193.

[13] CGUE, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, del 12 dicembre 2002, punti 9, 12, 38; causa C-593/14, *Masco Denmark e a.*, del 21 dicembre 2016, punto 46.

[14] Circa la facoltatività della esclusione, cfr. l'*incipit* dell'art. 4, par. 3 ATAD.

[15] Cfr. CGUE, causa C-282/12, *Itelcar*, del 3 ottobre 2013, punti 40 ss. e, in dottrina, TRAVERSA (nota 1), p. 608; DOURADO, (nota 4), p. 112 ss.

[16] Sul principio di parità di trattamento, cfr. CGUE, causa C-106/83, *Sermide*

Al contrario, a parità di reddito complessivo, i contribuenti sottoposti all'art. 4 subiscono una imposizione superiore alle società che ne sono, invece, estranee.

Le denunciate criticità potrebbero suggerire di individuare una possibile lettura sistematica dell'art. 4 ATAD, mirata a superare i rigori della lettera della norma, per allinearla ai suddetti principi generali dell'UE. Tuttavia, un simile tentativo non appare sempre praticabile, come per la delineata ipotesi della attuazione, solo facoltativa, dell'esonero dalla "barriera" per le "entità indipendenti". Ove una interpretazione conforme non sia possibile, i contribuenti europei potrebbero impugnare i provvedimenti amministrativi recanti pretese su interessi passivi, solo perché superiori al limite dell'art. 4 ATAD e stimolare i giudici nazionali a rivolgersi alla CGUE, sollevando questione pregiudiziale sulla validità della norma, alla luce dell'illustrato contrasto con i principi generali dell'UE (art. 267, comma 1, lett. b, prima ipotesi TFUE). Una pronuncia di invalidità della previsione europea si rifletterebbe, in via derivata, su quelle nazionali di attuazione^[17].

IV. Il recepimento italiano della "interest barrier" europea

In Italia, l'art. 1 D.Lgs. n. 142/2018 ha recepito la Direttiva ATAD e, per l'effetto, novellato l'art. 96 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), *in primis* e fra l'altro, applicabile alle società di capitali residenti, quali soggetti passivi dell'Imposta sul Reddito delle Società (IRES)^[18]. Il regime italiano ha così recepito dalla ATAD e, per certi versi, amplificato alcune distonie rispetto ai principi generali europei.

In primo luogo, l'asettica rispettosità della "barriera" dell'art. 4, par. 1 ATAD non distingue le fattispecie simulate da quelle effettive e, in generale, quelle di evasione o elusione rispetto a quelle lecite e non abusive. In secondo luogo, non ha recepito importanti "escape clauses", come quelle della franchigia sino a 3 mio. di euro e dell'esonero dalla disciplina per le "entità indipendenti"^[19]. Per l'effetto, una società di capitali indebitata con un istituto di credito, rispetto al quale è "indipendente", non può dedurre gli interessi passivi eccedenti i limiti normativi, pur in assenza di simulazione (come di altre patologie).

e a., del 13 dicembre 1984, punto 28; di recente, causa C-644/19, *Universitatea "Lucian Blaga" Sibiu*, dell'8 ottobre 2020, punto 44 e, ora, gli artt. 18 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE); 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la cd. "Carta di Nizza"). Sulla rilevanza europea del principio di capacità contributiva, cfr. CGUE, causa C-279/93, *Schumacker*, del 14 febbraio 1995, punti 32-33; GASPARE FALSITTA, I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria del diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona, in: *Rivista di diritto tributario*, 2011, in particolare p. 525 ss.

[17] Per un precedente, in tema di accise, cfr. CGUE, causa C-395/00, *Cipriani*, del 12 dicembre 2002.

[18] Art. 73, comma 1, lett. a TUIR, che annovera "le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato".

[19] È indubbio che l'introduzione di una simile attenuazione dei rigori della disciplina fosse facoltativo. Ma è altrettanto sicuro che la previsione di una mera facoltà (e non di un obbligo) di recepimento, in proposito, rappresenti una distorsione rispetto al principio di proporzionalità, superiore alla stessa Direttiva, come rilevato.

V. Le “distribuzioni dissimulate di utili” nell’ordinamento federale svizzero

Ai fini del tema che ci occupa, nell’ordinamento svizzero, entrano in gioco le norme della Legge federale sull’imposta federale diretta (LIFD; RS 642.11), in materia di imposta sull’utile. L’art. 49, cpv. 1, lett. a LIFD annovera “*le società di capitali*”^[20] fra le persone giuridiche imponibili. L’art. 58, cpv. 1, lett. b, ultima ipotesi LIFD prevede che “*le distribuzioni palesi o dissimulate di utili [...]*” concorrono alla determinazione del loro utile netto. Per l’art. 65 LIFD, gli “*interessi passivi concernenti la parte del capitale di terzi economicamente equiparabile al capitale proprio rientrano nell’utile imponibile delle società di capitali [...]*”.

Per ravvisare una simulazione dell’indebitamento, la consolidata giurisprudenza del Tribunale federale addita la necessità di riscontrare più elementi, in via cumulativa: l’assenza di una remunerazione per il soggetto erogatore del capitale, il quale, per l’effetto, è impoverito, accusa una “*perdita di sostanza*” (“*Substanzverlust*”); la concessione del prestito a un socio o a un soggetto vicino a questi; la circostanza che il finanziamento non sarebbe stato erogato a un altro soggetto, indipendente, alle medesime condizioni (“*arm’s length principle*”), il che determina la necessità di un confronto con fattispecie coinvolgenti terzi (“*Drittvergleich*”); la manifesta sproporzione, riconoscibile dagli organi societari, fra la prestazione del mutuante e le obbligazioni a carico del mutuatario^[21].

L’assenza di un contratto scritto, di riferimenti ad attività finanziaria nell’oggetto della società mutuante non assumono carattere necessariamente sintomatico di un prestito simulato. All’opposto, si rivelano più significative, ad es., un’omessa rappresentazione contabile dell’erogazione quale “prestito” nel bilancio del creditore; una condizione di estrema ristrettezza economica del debitore, tale da non consentirgli già *ex ante* di far fronte alle proprie obbligazioni, in modo autonomo e per la durata del piano di ammortamento; la mancata previsione di un obbligo di restituzione del capitale^[22].

In particolare, ricorrente e significativa è l’affermazione che la simulazione debba radicarsi su prove chiare. In assenza di un quadro significativo al momento in cui è stato concesso il prestito, l’autorità fiscale deve attendere che elementi, potenzialmente indicativi di una simulazione, si consolidino con nitida evidenza. Da questo punto di vista, la simulazione può sopravvenire rispetto a un contratto finanziario originariamente effettivo ed essere rivelata da un considerevole aumento dell’entità iniziale del prestito, a dispetto di un’accentuata difficoltà della situazione economica del mutuatario^[23].

Un’ipotesi di “*distribuzione dissimulata di utili*” potrebbe altresì annidarsi dal versante soggettivo, ove si facesse risultare

[20] Si tratta delle “*società anonime, società in accomandita per azioni e società a garanzia limitata*”.

[21] DTF 140 II 88 consid. 4.1.

[22] DTF 138 II 57 consid. 5.1.1., 5.1.2., 5.1.3., 5.2. e 7.

[23] DTF 138 II 57 consid. 5.2.2.

quale mutuante una persona giuridica fittizia, in specie se localizzata in un altro ordinamento, contraddistinto da una benevola imposizione reddituale. La reazione consisterebbe nella applicazione del principio della “trasparenza” fiscale del soggetto fittizio e, così, nel “fare ingresso” (“*Durchgriff*”) nella situazione giuridica effettiva con il corollario del disconoscimento degli interessi in capo alla società che li ha dedotti^[24].

VI. Profili comparatistici

In una prospettiva comparatistica, quanto dianzi illustrato sollecita alcune considerazioni.

Anzitutto, l’emersione dei quattro elementi ai quali pone attenzione la giurisprudenza del Tribunale federale, ove riscontrabili già nel testo di un contratto finanziario, sembra porre la questione sul terreno della interpretazione e riqualificazione di un atto reale più che dell’accertamento di un atto simulato che occulti una devoluzione di utili. Ad ogni modo, che si tratti di vera e propria simulazione o di riqualificazione negoziale, è chiaro che ci muoviamo sul terreno dell’evasione attraverso un formale ricorso all’indebitamento che non trova riscontro nella realtà giuridica.

In secondo luogo, la disciplina federale sulla “*distribuzione dissimulata di utili*” si applica ai rapporti infragruppo o coinvolgenti persone vicine ai soci^[25]. Affiora la *ratio* che solo tali, qualificate relazioni permettano al finanziatore l’esercizio di un’influenza significativa nella maturazione e orientamento del processo decisionale della società finanziata verso la realizzazione della condotta evasiva^[26]. Pertanto, il regime non tocca i prestiti tra soggetti “indipendenti”, come può essere quello ricordato, afferente un istituto di credito, privo di legami qualificati con la società mutuataria.

Da questo specifico punto di vista, sul piano sistematico, il regime svizzero è più allineato, rispetto a quello europeo e italiano, al principio di proporzionalità, enunciato anche dalla Costituzione federale (Cost.; RS 101), alla quale la legislazione tributaria elvetica deve conformarsi (art. 5 cpv. 2 e anche art. 36 cpv. 3 in relazione ai limiti dei diritti fondamentali).

In terzo luogo, spicca la rilevanza del parametro di commisurazione dell’interesse applicato rispetto a quello di libera concorrenza (“*at arm’s length*”)^[27], che riecheggia la classica soluzione, adottata a livello internazionale per le fattispecie di

[24] Cfr., *ex variis*, DTF 142 II 69 consid. 5.4.1. e, in riferimento alla giurisprudenza cantonale, MASSIMO BIANCHI, Prescrizione, distribuzione dissimulata di utile, prestito simulato e principio della trasparenza nel diritto fiscale, in: NF n. 7-8/2018, p. 360.

[25] Può trattarsi di parenti, amici, dipendenti con un socio o un componente di organi societari, soggetti coinvolti da relazioni di natura economica e, in generale, di “*persone alle quali l’azionista permette di utilizzare la società come se fosse la loro*”: SAMUELE VORPE, Prestazioni valutabili in denaro e teoria del triangolo, in: NF n. 2/2018, p. 116.

[26] Così CLAUDIO CEREGHETTI, Gli aspetti contabili delle distribuzioni dissimulate di utili, in: NF n. 7-8/2018, p. 324.

[27] Cfr., ad es., BIANCHI (nota 24), p. 359.

"transfer pricing"[28].

In assenza di sicuri parametri oggettivi ai quali ancorare la determinazione del valore di mercato dell'onere finanziario[29], soccorrono le quantificazioni ("safe harbour rules"), espresse dalle lettere-circolari dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC), almeno nella misura in cui riflettano una "attuazione convincente" delle disposizioni di legge[30], ferma la possibilità di prova contraria del contribuente sulla corrispondenza fra il saggio concretamente applicato e quello libero concorrenziale[31].

In ordine alla "thin capitalization" simulatoria, anche la giurisprudenza dell'UE ha considerato un interesse eccedente quello "at arm's length" quale possibile parametro segnaletico di devoluzioni di utili, velate dalla apparenza di pagamenti di interessi passivi[32]. Simile approccio non trova formale recepimento nel tenore testuale dell'art. 4 ATAD[33].

Nel diritto italiano, invece, l'art. 96, comma 15 TUIR fa salva la "applicazione prioritaria", fra l'altro, dell'art. 110, comma 7 in tema di "transfer pricing", ma la soluzione non opera per i finanziamenti tra soggetti indipendenti o qualora siano ambedue residenti in Italia[34].

Senza dubbio, il dato più interessante che offre l'esperienza giuridica svizzera consiste nel perimetro di riferimento dell'accertamento della "distribuzione dissimulata di utili", caratterizzato da una "vue d'ensemble", sensibile a vari profili del caso concreto, in ogni caso, aperta alla prova contraria del contribuente.

È da rilevare, altresì, che simile approccio evochi, sullo sfondo, quello dei "multiple criteria tests" elaborati dall'OCSE, *mutatis mutandis*, con peculiare riferimento alla distinzione fra "dividends" e "interests", ai fini dell'applicazione degli artt. 10 e 11 M-OCSE[35] e che trovano, altresì, riscontro nell'approccio

storico alla "thin capitalization" nell'ordinamento olandese[36]. Si tratta di una tendenza apprezzabile, che rifugge da un rigido automatismo come quello che, invece, contraddistingue sia l'art. 4 ATAD sia l'art. 96 TUIR, i quali appaiono orientati più a cristallizzare un generale livello oggettivo di "congruità" dell'indebitamento, che a colpire fenomeni simulatori e, in senso lato, di evasione o elusione delle società di capitali.

La scelta di campo dell'ordinamento federale svizzero è meritevole di considerazione per un'opportuna rimediazione di indirizzo della legislazione europea e italiana in materia.

[28] In riferimento agli artt. 7 e 9 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE).

[29] Nell'ordine: l'ammontare di libero mercato, il metodo del prezzo comparabile, il metodo del costo maggiorato o del prezzo di rivendita: cfr., ad es., DTF 140 II 88 consid. 4.2.

[30] Cfr. DTF 140 II 88 consid. 5.1.2. Cfr., da ultimo, AFC, Lettere-Circolari del 3-4 febbraio 2020, Tassi d'interesse 2020 fiscalmente riconosciuti su anticipi o prestiti, rispettivamente, in franchi svizzeri e in valute estere. Sul punto, CHRISTIAN MAGISTRA/SACHA CATTELAN, Tassi d'interesse fiscalmente riconosciuti su anticipi o prestiti in valuta estera da detentori di diritti di partecipazione o da terzi a loro vicini, in: NF n. 6/2018, pp. 256 ss.

[31] DTF 140 II 88 consid. 6.3 e consid. 7; MAGISTRA/CATTELAN (nota 30), p. 256.

[32] Cfr., ad es., CGUE, causa C-524/04, *Thin Cap*, del 13 marzo 2007, punti 80-81, 92; da ultimo, v. CGUE, causa C-484/19, del 20 gennaio 2021, *Lexel*, punto 51.

[33] A meno di non ritenere la norma etero-integrata dalla giurisprudenza indicata nella nota precedente, quale fonte vincolante di enunciazione del principio generale europeo di proporzionalità.

[34] Infatti, l'art. 110, comma 7 TUIR si applica ai "componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa".

[35] OCSE, Commentary on Article 10 concerning the taxation of dividends, in:

Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Condensed Version), Parigi 2017, p. 240, n. 25.

[36] Cfr. HOGE RAAD DER NEDERLANDEN, 12 maggio 2017, n. 16/01047, in particolare par. 4.3.-4.4.; BOBELDIJK/HENDRIKS (nota 2), p. 323 ss.

La responsabilità del rappresentante in ambito IVA

Oltre al contribuente, anche il rappresentante può, a determinate condizioni, incorrere in una responsabilità penale a causa di illeciti tributari. Particolarità e conseguenze dell'attuale sistema



Mirya Favazzo

Giurista presso l'AFC, Servizio penale IVA;
CAS in magistratura penale

In un comunicato del 10 febbraio 2020, l'AFC ha precisato che i rappresentati in ambito IVA non possono essere perseguiti penalmente in materia di IVA se svolgono le loro attività basandosi su informazioni messe a disposizione dal contribuente. Per contro, possono essere perseguiti penalmente nel caso in cui abbiano commesso essi stessi l'infrazione o vi abbiano partecipato come istigatori o complici. I rappresentanti rispondono solidalmente dell'imposta elusa solo nel caso in cui abbiano commesso intenzionalmente un'infrazione o vi abbiano partecipato come istigatori o complici. Questa disposizione si applica indipendentemente dal fatto che i rappresentanti compilino il rendiconto IVA in forma elettronica o tramite i moduli cartacei.

I. Introduzione	35
II. Il diritto penale fiscale	35
A. I reati tributari.....	35
B. Le basi legali in materia di partecipazione ad un'infrazione penale.....	36
C. Le forme di partecipazione.....	37
1. I concetti preliminari.....	37
2. L'autore principale.....	37
3. Le partecipazioni accessorie.....	37
4. L'istigazione.....	38
5. La complicità.....	38
III. La responsabilità penale	38
A. I compiti del rappresentante e le basi legali.....	38
B. Il tenore dell'art. 6 DPA.....	39
C. La responsabilità penale del rappresentante in caso di commissione dell'infrazione o in qualità d'istigatore o complice.....	40
D. La responsabilità penale legata all'esistenza di una posizione di garante assunta dal rappresentante per crimini e delitti in materia d'IVA (art. 11 CP applicabile in relazione all'art. 2 DPA).....	40
IV. Il pagamento dell'imposta a causa del godimento del beneficio illecito o a titolo di responsabilità solidale	41
A. L'obbligo di pagamento di tasse non riscosse.....	41

B. Il rimborso dell'imposta sottratta e la responsabilità solidale.....	42
V. Conclusioni	43

I. Introduzione

Il tema della responsabilità del rappresentante in ambito di imposta sul valore aggiunto (IVA) è un tema sicuramente delicato. Nel diritto penale fiscale, così come nel diritto penale ordinario, le responsabilità nella commissione di una sottrazione d'imposta o di una frode fiscale possono essere molteplici. Questo è soprattutto il caso che si presenta nella problematica della responsabilità penale del rappresentante fiscale ai fini dell'IVA, segnatamente qualora egli assista o consigli il contribuente nella cattiva gestione ed esecuzione dei suoi obblighi legali.

Lo scopo del presente contributo consiste nell'affrontare, in maniera generale, le varie sfaccettature della responsabilità penale del rappresentante che partecipa ad un reato fiscale, con particolare attenzione al contenzioso dell'art. 12 della Legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA; RS 313.0), il quale stabilisce l'obbligo a posteriori del pagamento o restituzione di una tassa, laddove essa non sia stata riscossa a torto a causa di un'infrazione alla legislazione amministrativa federale.

Nella prima parte verrà fatto un breve riepilogo delle infrazioni penali inerenti all'IVA e delle possibili forme di partecipazione. In seguito, sarà esaminata più in dettaglio la problematica della responsabilità del rappresentante in ambito IVA e della responsabilità solidale relativa all'imposta elusa.

II. Il diritto penale fiscale

A. I reati tributari

Ogni impresa attiva in Svizzera con un fatturato annuo superiore a fr. 100'000 è assoggettata all'IVA, indipendentemente dalla sua forma giuridica. Vi sono, tuttavia, delle eccezioni. L'IVA è un'imposta fondata sul principio dell'autotassazione, vale a dire che chiunque esercita un'impresa deve accertare

da sé l'assoggettamento. Il contribuente è, quindi, tenuto a dichiarare spontaneamente all'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) l'imposta e l'imposta precedente entro 60 giorni dalla fine del periodo di rendiconto e, nello stesso tempo, deve versare l'imposta dovuta. Questo principio decreta il contribuente unico responsabile del credito fiscale, così come della corretta e completa tassazione. L'AFC interviene solo a scopo di un controllo[1].

In un'imposta basata sull'autotassazione, il diritto penale deve essere organizzato in modo che un semplice errore o una cattiva interpretazione della legge non provochino conseguenze penali. Di principio, deve essere punito soltanto un comportamento colpevole anche se, nella determinazione delle condizioni oggettive della repressione, ci deve essere una certa dose di prevenzione generale. Per questo motivo, il primo passo da compiere è la distinzione delle differenti infrazioni, in cui quelle gravi devono essere punite con pene più severe, mentre gli errori commessi per semplice distrazione non devono essere l'oggetto di una multa per sottrazione d'imposta. A tale scopo, il vigente diritto penale fiscale in ambito IVA delimita in maniera chiara e dettagliata gli elementi costitutivi delle varie infrazioni, questo per permettere di aumentare la sicurezza giuridica e meglio prevedere le conseguenze penali.

Le infrazioni fiscali in ambito IVA sono scaturite dal mancato rispetto della legge e degli obblighi fiscali. Nello specifico, il diritto tributario prevede due tipi di infrazioni in ambito di imposte indirette: da un lato le contravvenzioni figuranti nella Legge federale concernente l'imposta sul valore aggiunto (LIVA; RS 641.20) e punite con una multa o, in caso di circostanze aggravanti, con una pena detentiva e, dall'altro lato, i delitti fiscali, contenuti nel DPA e passibili di multa o di detenzione. Più precisamente vi sono:

- la *sottrazione d'imposta* (contravvenzione), disciplinata all'art. 96 LIVA, costituisce l'infrazione classica del diritto penale fiscale e, a determinate condizioni, può essere sanzionata più severamente. Dal profilo oggettivo, la sottrazione è raggruppata in tre distinte casistiche: la falsa dichiarazione (cpvv. 1-2), la qualificazione errata sotto il profilo fiscale (cpv. 3) e la sottrazione nella procedura di tassazione (cpv. 4). Dal profilo soggettivo, essa è data sia in caso di comportamento intenzionale[2] che negligente[3] e, come specificato chiaramente nella disposizione, "chiunque" può esserne l'autore. Inoltre, in caso di circostanze aggravanti, nell'ipotesi in cui la sottrazione sia commessa per mestiere o vengano reclutate per lo scopo una o più persone, la multa potrà essere cumulata con

una pena detentiva fino a due anni (art. 97 cpv. 2 LIVA). La sottrazione è un'infrazione di risultato, ciò significa che il comportamento repressibile causa una riduzione effettiva del credito fiscale a scapito dello Stato[4];

- le *violazioni degli obblighi procedurali* (contravvenzione), enumerate all'art. 98 LIVA e atte a garantire il buon funzionamento della legge, rappresentano dei reati tra i più frequenti, in cui il massimo della pena inflitta è, di regola, fr. 10'000 (art. 333 cpv. 3 CP combinato con l'art. 106 cpv. 1 CP). Una delle contravvenzioni maggiormente sanzionata rimane la lett. e che disciplina la tenuta della contabilità, in relazione con l'art. 70 LIVA e gli artt. 957 ss. del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220). Queste tipologie di violazioni costituiscono infrazioni di messa in pericolo in senso astratto, punibili sia se commesse intenzionalmente, che per negligenza. Analogamente alla sottrazione d'imposta, anche in questo caso, il soggetto del reato può essere "chiunque"[5];
- i *delitti fiscali*, disciplinati agli artt. 14-17 DPA, costituiscono i reati più gravi, passibili di una pena detentiva (art. 333 cpv. 2 CP). Nei delitti fiscali rientra la truffa in materia di prestazioni e di tasse, enunciata all'art. 14 DPA, che condanna chiunque fa uso a scopo d'inganno di documenti falsi, alterati o contenutisticamente inesatti. Di fatto, la frode fiscale è una sottrazione d'imposta qualificata in cui vi è un inganno astuto e un danno importante per l'ente pubblico. In materia di fiscalità indiretta, la consegna all'autorità fiscale di titoli falsi, inesatti o incompleti costituisce una truffa[6]. Inoltre, in ambito IVA, la contabilità è equiparata ad un titolo, così come tutti i giustificativi utili alla sua tenuta ed al suo allestimento. Occorre evidenziare che, secondo il Tribunale federale, la nozione di somma rilevante, indicata all'art. 14 cpv. 2 DPA, è raggiunta a partire da fr. 15'000[7], contrariamente alla fattispecie dell'art. 14 cpv. 1 DPA che può essere sanzionata già dal primo franco sottratto (frode con rimborso di un rendiconto creditore)[8]. Dal punto di vista soggettivo, affinché il reato inerente i delitti fiscali sia punito, deve essere commesso intenzionalmente o, almeno, per dolo eventuale.

B. Le basi legali in materia di partecipazione ad un'infrazione penale

Le disposizioni generali del CP si applicano, in via subordinata, alle infrazioni previste da altre leggi federali, in particolar

[1] DTF 140 II 202 consid. 5.

[2] *Commette con intenzione un crimine o un delitto chi lo compie consapevolmente e volontariamente. Basta a tal fine che l'autore ritenga possibile il realizzarsi dell'atto e se ne accoli il rischio* (art. 12 cpv. 2 del Codice penale [CP; RS 311.0]).

[3] *La negligenza presuppone che, per un'imprudenza colpevole, l'autore non ha scorto le conseguenze del suo comportamento o non ne ha tenuto conto* (art. 12 cpv. 3 CP).

[4] DIEGO CLAVADTSCHER/SONJA BOSSART MEIER, in: *Kommentar Schweizerisches Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer*, Felix Geiger/Regine Schluckebier (a cura di), 2ª ed., Zurigo 2019, N 2 e N 5 ad art. 96 LIVA.

[5] *Messaggio concernente la semplificazione dell'imposta sul valore aggiunto*, n. 08.053, del 25 giugno 2008, in: FF 2008 6033, <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2008/6033.pdf> (consultato il 18.01.2021), p. 6277.

[6] DTF 125 II 250 consid. 3.

[7] DTF 139 II 404 consid. 9.4 e referenze citate.

[8] Il legislatore non ha definito la nozione di "indebito profitto di entità particolarmente considerevole" citata all'art. 14 cpv. 4 DPA, tuttavia considera che l'entità dell'illecito profitto debba essere superiore a quella stabilita dalla giurisprudenza concernente l'art. 14 cpv. 2 (cfr. *Messaggio concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria (GAFI) rivedute nel 2012*, n. 13.106, del 13 dicembre 2013, in: FF 2013 563, <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2014/563.pdf> (consultato il 18.01.2021), p. 652.

modo le leggi fiscali (art. 333 cpv. 1 CP e art. 2 DPA). Per quanto riguarda le infrazioni fiscali previste nel DPA, quali ad es. quelle concernenti l'IVA o l'imposta preventiva, questo principio è radicato nell'art. 2 DPA, il quale prevede che, se disposto, altre disposizioni relative al diritto federale (ossia quelle appartenenti al diritto penale accessorio) possono, in quanto *lex specialis*, derogare ai principi generali del diritto penale. Di fatto, tali principi, così come gli elementi costitutivi applicabili alla repressione penale (condizioni oggettive e soggettive dell'infrazione), si applicano ugualmente in materia di diritto penale fiscale. Nella misura in cui né il DPA, né la LIVA contengono norme proprie a definire nozioni quali partecipazione, istigazione e complicità, gli elementi presenti nel CP saranno applicati anche in ambito fiscale[9].

In tal senso, contrariamente alle leggi in materia di imposte dirette, la LIVA non prevede alcuna norma relativa alla partecipazione di terzi al reato penale. L'IVA rientra così nel campo d'applicazione del DPA (art. 1 DPA) ed è in questa legge che bisogna ricercare le regole applicabili agli istigatori, ai complici o agli organi delle società. A tale proposito, l'art. 5 DPA dispone che l'istigatore e, diversamente dal diritto penale ordinario (art. 105 cpv. 2 CP), il complice sono punibili in materia di contravvenzioni[10], salvo per l'inosservanza di prescrizioni d'ordine, mentre l'art. 6 DPA regola le infrazioni commesse da terzi quali i rappresentanti, i mandatari o simili. Se il reato previsto in una legge speciale rinvia al DPA si è in presenza di un delitto comune in cui il mandatario può avere un ruolo come autore, istigatore o complice, se invece il delitto è speciale, il mandatario potrà essere perseguito solamente per istigazione o complicità, purché tutte le condizioni siano soddisfatte. In ogni caso, la punibilità del rappresentante dipenderà dal suo grado di partecipazione all'illecito tributario[11].

C. Le forme di partecipazione

1. I concetti preliminari

Sebbene l'obbligo fiscale gravi il debitore della prestazione imponibile, ovvero il contribuente, nell'ambito di un procedimento penale amministrativo non viene solitamente punita la società contribuente o il beneficiario della prestazione, ma si rende colpevole di sottrazione d'imposta o frode fiscale la persona fisica che ha agito per procurare a sé stesso o ad un terzo un profitto, riducendo il credito fiscale a scapito dello Stato. La sola eccezione a questo principio risiede all'art. 100 LIVA, che disciplina le infrazioni commesse nell'azienda. Difatti, se la multa applicabile non supera i fr. 100'000 e la determinazione delle persone punibili esigerebbe provvedimenti d'inchiesta sproporzionati all'entità della pena, l'AFC può prescindere dall'aprire un procedimento contro queste persone e condannare al pagamento della multa l'azienda.

[9] PIERRE-MARIE GLAUSER, *Responsabilité pénale des organes et des mandataires*, in: *Droit pénal fiscal*, Ginevra/Zurigo/Basilea 2013, p. 99 ss.

[10] La partecipazione per i crimini e delitti (art. 97 cpv. 2 LIVA e art. 14 ss. DPA) è disciplinata agli artt. 24 ss. CP. Il DPA regolamenta solamente la partecipazione in materia di contravvenzioni.

[11] YVES NOËL/LAURE DALLÈVES, *La responsabilité pénale des tiers en matière fiscale: entreprises, mandataires, couples*, in: *Not@lex* 2018, p. 125.

In linea di massima, l'infrazione penale è realizzata da un solo autore, ossia dalla persona fisica che soddisfa gli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie sanzionata. Quando più persone concorrono nel medesimo reato, senza che una o l'altra giochi un ruolo secondario rispetto alle altre, si è in presenza di coautori che soggiacciono a loro volta alla pena stabilita per il reato. Stando al testo di legge, l'autore dell'infrazione può essere "chiunque"[12] o al contrario una persona ben determinata con caratteristiche proprie, come ad es. "il contribuente". Nel primo caso si tratta di delitti comuni, mentre nel secondo di delitti speciali. Questa distinzione è importante nella misura in cui, nel caso di un delitto speciale, solamente le persone aventi le caratteristiche enunciate nell'atto normativo possono commettere l'illecito in qualità di autori o coautori, mentre nelle situazioni in cui un'altra persona interviene nell'esecuzione del reato senza esserne l'autore si parla di "partecipazione all'infrazione", tra queste vi sono: l'istigazione e la complicità[13]. Occorre pertanto distinguere l'atto principale, in cui il reato è concretizzato dall'autore principale che sarà passibile della pena prevista nella normativa, dagli altri atti di partecipazione. In questi casi, i criteri per la commisurazione della pena sono quelli della parte generale del CP e la punibilità dei partecipanti all'illecito dipenderà dal grado di realizzazione dell'atto principale. Difatti, la maggior parte della dottrina è dell'avviso che gli atti di partecipazione siano reprimibili dal momento in cui l'autore principale ha commesso l'illecito, o perlomeno vi è un tentativo[14].

2. L'autore principale

Nel CP non troviamo nessuna definizione relativa all'autore principale di un reato. Tuttavia, secondo la dottrina e la giurisprudenza, è colui che possiede il controllo delle operazioni e occupa il ruolo principale nella commissione dell'atto illecito. Egli deve realizzare totalmente o parzialmente gli elementi costitutivi dell'infrazione ed avere un ruolo determinante nella pianificazione ed esecuzione dell'atto illecito.

3. Le partecipazioni accessorie

Come rilevato precedentemente, vi è una partecipazione nel caso in cui una persona intervenga nell'infrazione senza però esserne l'autore principale o il coautore. In merito ai reati di sottrazione d'imposta e frode fiscale ci possono essere due forme di partecipazione: l'istigazione e la complicità. Questi atti di partecipazione non costituiscono dei reati autonomi, ma devono essere associati ad un'incriminazione derivante dal CP o da un'altra legge federale. Entrambi sono punibili se l'atto principale è stato commesso, o perlomeno tentato, in maniera intenzionale. Più delicata rimane la problematica di sapere se la complicità e l'istigazione siano punibili anche qualora l'atto principale sia commesso per negligenza. Ad oggi la dottrina non è unanime sulla questione[15].

[12] È la fattispecie che si presenta nei reati fiscali in materia IVA.

[13] GLAUSER (nota 9), p. 100

[14] SEVERINE L'EPLATTENIER, *Contraventions, délits et crimes fiscaux*, Zurigo 2019, p. 196 ss.

[15] L'EPLATTENIER (note 14), p. 196 s.

4. L'istigazione

La LIVA non contiene una norma specifica riguardante l'istigazione, pertanto per le contravvenzioni occorre riferirsi all'art. 5 DPA, mentre per i delitti all'art. 24 CP.

Il CP sancisce che *"chiunque intenzionalmente determina altri a commettere un crimine o un delitto è punito, se il reato è stato commesso, con la pena applicabile all'autore"* (art. 24 CP). L'istigatore è, quindi, colui che pianifica e induce l'autore a commettere l'atto principale, vale a dire che suscita nell'autore l'intenzione di commettere il reato. L'istigazione non rappresenta un reato indipendente, bensì una forma di partecipazione al reato commesso da un'altra persona. Gli elementi costitutivi oggettivi corrispondono a quelli commessi dalla persona istigata, mentre sotto il profilo soggettivo l'istigazione richiede l'intenzionalità o perlomeno il dolo eventuale. È, dunque, necessario che l'istigatore abbia saputo e voluto o, quantomeno preso in considerazione e accettato, che il suo intervento fosse idoneo a convincere l'istigato a commettere l'infrazione[16]. Questo è il caso ad es. quando il rappresentante contrattuale di un contribuente incita quest'ultimo ad una sottrazione d'imposta[17]. L'istigatore non ha il controllo effettivo sull'infrazione, poiché, al contrario del complice, non partecipa all'esecuzione materiale del reato, ma limita il suo intervento ad influenzare la volontà dell'autore portandolo ad infrangere la legge[18]. La persona che commette l'atto principale agisce poiché persuasa a farlo, poco importa il mezzo usato dall'istigatore per raggiungere lo scopo (consigliare, dissuadere o sfidare l'istigato), se è consapevole che il suo comportamento porterà l'istigato ad agire. Tra l'intervento dell'istigatore e l'infrazione commessa dall'autore deve esserci un nesso causale, pertanto l'istigazione non è più possibile se l'autore è in qualche modo già determinato a perpetrare il reato[19].

5. La complicità

Analogamente all'istigazione, la LIVA non prevede alcuna norma relativa alla complicità, occorrerà, quindi, riferirsi all'art. 5 DPA e all'art. 25 CP.

Secondo l'art. 25 CP *"chiunque aiuta intenzionalmente altri a commettere un crimine o un delitto è punito con pena attenuata"*. È, quindi, punibile colui che facilita, o incoraggia, e assiste volontariamente nella commissione di un reato. Obiettivamente il complice deve dare un contributo causale all'autore del reato, di modo che gli eventi sarebbero accaduti diversamente senza questo atto di promozione. Soggettivamente deve sapere, o almeno rendersi conto, che sta aiutando nella commissione di un illecito e che lo accetta; a questo proposito gli è sufficiente conoscere le principali caratteristiche dell'attività criminale che l'autore andrà a compiere. Per agire intenzionalmente, il complice deve conoscere il disegno dell'autore principale, che deve, quindi,

aver già preso la decisione di commettere il reato[20]. L'aiuto procurato dal complice non costituisce necessariamente una condizione *sine qua non* alla realizzazione dell'illecito. Al contrario del coautore, il complice non considera l'atto illecito come un vantaggio per sé stesso e non desidera assumersene la responsabilità. Analogamente all'istigazione, la complicità può intervenire sia a livello materiale che intellettuale[21].

Vi è ad es. complicità qualora su ordine del titolare, il contabile di un'azienda omette di contabilizzare alcune fatture per clienti. Il fiduciario, nonostante constati questa circostanza, non ordina una contabilizzazione corretta, ma redige il rendiconto IVA, così come la dichiarazione d'imposta sulla base dei dati contabili falsi. Entrambi sono complici per sottrazione d'imposta[22].

III. La responsabilità penale

A. I compiti del rappresentante e le basi legali

Come rilevato più sopra, l'IVA è un'imposta basata sul principio di autotassazione, in cui la persona soggetta a imposta è tenuta a presentare il proprio conteggio IVA ogni tre mesi oppure ogni sei mesi e a versare il rispettivo credito fiscale dovuto. Il contribuente deve coscienziosamente indicare all'AFC tutti i fatti che possono essere di qualche rilevanza per l'accertamento dell'assoggettamento o per il calcolo dell'imposta e inoltrare i documenti necessari (art. 68 LIVA). L'AFC può chiedere anche a terzi di fornire alcune informazioni (art. 73 LIVA). Questo principio non deve essere interpretato nel senso che il contribuente deve imperativamente eseguire lui stesso gli obblighi di tassazione derivanti dalla legge, infatti sebbene la LIVA, contrariamente ad altre leggi fiscali, non comprenda norme riguardanti la possibilità del contribuente ad una rappresentanza contrattuale o legale, fatta eccezione per la rappresentanza fiscale per le imprese estere (art. 67 LIVA), quest'ultima è possibile nella pratica[23].

È reputato rappresentante fiscale colui che assume l'obbligo contrattuale di supportare gli interessi del contribuente nei procedimenti riguardanti l'IVA e di rappresentarlo davanti all'autorità fiscale e ai tribunali competenti; egli può essere sia una persona fisica che giuridica. Dal punto di vista fiscale, gli atti eseguiti dal rappresentante nell'ambito dei suoi poteri di rappresentanza stipulati nella procura sono giuridicamente validi, pertanto gli effetti derivanti da questi atti, così come le conseguenze scaturite dall'omissione di atti necessari o dall'esecuzione di atti indebiti (dichiarazione incompleta o inesatta, termine di ricorso non rispettato) devono essere sopportate solamente dal contribuente.

Di principio, i rapporti tra contribuente e rappresentante si basano sul contratto di mandato (art. 394 CO). Il rappresentante, nonostante un dovere di sorvegliare la corretta applicazione formale e materiale della normativa in

[16] Sentenza TF n. 6B_621/2010 consid. 5 e referenze citate.

[17] AFC, Circolare n. 21 del 7 aprile 1995, cifra 4.2.

[18] José HURTADO POZO, Droit pénal général, Zurich 2019, p. 248 ss.

[19] L'EPLATTENIER (nota 14), p. 197 s.

[20] DTF 121 IV 109a consid. 3a; DTF 132 IV 49 consid. 1.1.

[21] L'EPLATTENIER (nota 14), p. 199 s.

[22] AFC (nota 17), cifra 4.3.

[23] DIEGO CLAVADETSCHER/GIAN-ANDREA RUSCA, La responsabilité des tiers pour la déclaration correcte en matière de TVA, in: TRESX 2006, p. 155 ss.

ambito IVA, ha obblighi di natura puramente amministrativa in quanto non risponde dell'imposta dovuta dall'azienda che rappresenta. Il mandatario deve principalmente rispettare un obbligo di diligenza (che comprende la tenuta della contabilità, la presentazione dei conti ai sensi dell'art. 957 ss. CO, l'astensione da tentativi di evasione fiscale, la proposta di soluzioni ammissibili dall'autorità fiscale senza perseguire fini illeciti), di fedeltà e d'informazione. Pertanto, qualora violi uno di questi doveri, egli si rende colpevole di violazione del contratto[24].

Di principio, il rappresentante non può subire un procedimento penale se si limita a svolgere la propria attività basandosi sulle informazioni messe a disposizione dal contribuente. Per contro, può essere perseguito penalmente nei casi in cui decida di commettere lui stesso l'illecito o di partecipare all'infrazione in veste di istigatore o complice, ossia nel caso che assista, consigli o rappresenti il mandatario. Il rappresentante potrà difficilmente invocare un'incompetenza, un'ignoranza o una mancanza di formazione per escludere la propria responsabilità penale, in quanto grazie alla sua formazione ha le conoscenze tecniche e materiali per svolgere correttamente il proprio lavoro. Inoltre, a determinate condizioni, egli può essere obbligato a rispondere in solido con il contribuente dell'imposta elusa[25].

Ma quali sono le conseguenze penali per il contribuente nel caso in cui il proprio rappresentante si renda colpevole di un reato penale in materia IVA? L'ipotesi in cui contribuente e rappresentante agiscano insieme al fine di commettere la sottrazione d'imposta non pone particolari problemi, i due autori dovranno rispondere entrambi della commissione volontaria del reato. Più delicata è la questione a sapere se il contribuente, che ha sollecitato l'aiuto del rappresentante per svolgere i propri doveri fiscali, possa sottrarsi ad ogni responsabilità penale o se, il comportamento del rappresentante in qualità di partecipante possa ricadere interamente sul contribuente in determinate situazioni. In materia fiscale, così come in diritto penale, le responsabilità nella commissione di una sottrazione o di una frode possono essere molteplici. Qualora un mandatario assista il contribuente nella cattiva esecuzione dei suoi doveri fiscali il problema è reso più complesso a causa del segreto professionale. Una risposta a questa fattispecie è da ricercare nell'art. 6 DPA che disciplina le infrazioni commesse da terze persone, tra cui anche i rappresentanti[26]. Le caratteristiche di questa disposizione saranno analizzate qui di seguito.

B. Il tenore dell'art. 6 DPA

Sebbene l'obbligo fiscale incomba al debitore della prestazione imponibile, ovvero al contribuente[27], si rende colpevole di sottrazione d'imposta, ai sensi degli artt. 96 ss. LIVA e di truffa in materia di prestazione, nonché di tasse, a norma dell'art. 14 DPA, la persona fisica (chiunque) che agisce al fine di ridurre il credito fiscale a scapito dello Stato e di procacciare a sé o a un terzo un indebito profitto.

La personalità della pena è un principio giuridico proprio del diritto penale, secondo il quale la pena può essere inflitta solo all'autore del reato e non ad altri soggetti; ciò significa che, in determinate situazioni, l'illecito può non essere più riferibile al soggetto passivo della pretesa tributaria, ossia al contribuente, ma alla persona fisica che ha materialmente commesso la violazione. In questi casi, il contribuente risponde comunque del tributo e il trasgressore della sanzione. Il vigente sistema tributario sancisce all'art. 6 DPA il principio della personalità della pena il quale riveste un'importanza particolare per quanto concerne le varie forme di partecipazione all'infrazione.

Conformemente al diritto penale ordinario con l'art. 29 CP, il diritto penale accessorio prevede ugualmente dei meccanismi atti a prevenire che i reati commessi a livello di gestione e funzionamento di un'impresa restino impuniti. Questo è l'obiettivo perseguito dall'art. 6 DPA che attribuisce agli organi formali, soci, dirigenti e collaboratori con un potere decisionale indipendente nello svolgere la loro attività, così come al rappresentante e al mandatario, i reati commessi in seno all'azienda. Il principio previsto in questa disposizione è stato ripreso in molte altre leggi federali[28]. Per quanto attiene i potenziali autori dell'illecito tributario, l'art. 6 DPA descrive una cerchia di possibili autori più ampia rispetto a quelli previsti all'art. 29 CP[29].

Art. 6 cpv. 1 DPA: *"Se l'infrazione è commessa nella gestione degli affari di una persona giuridica, di una società in nome collettivo o in accomandita, di una ditta individuale o di una comunità di persone senza personalità giuridica, o altrimenti nell'esercizio di incombenze d'affari o di servizio per terze persone, le disposizioni penali si applicano alle persone fisiche che l'hanno commessa"*.

Questo capoverso sancisce il principio della personalità della pena, secondo il quale la sanzione è inflitta unicamente alla persona che ha commesso l'infrazione, sia per commissione o per omissione[30]. Nello specifico permette di punire le infrazioni commesse nella gestione degli affari delle entità enumerate e presuppone da parte della persona fisica che ha commesso l'infrazione una certa autonomia nell'esercizio

[24] CLAVADETSCHER/RUSCA, (nota 23), p. 157.

[25] BENOÎT CHAPPUIS, *La responsabilité contractuelle du conseiller fiscal*, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (a cura di), *La pratique contractuelle 4. Symposium en droit des contrats*, Ginevra/Zurigo/Basilea 2015, pp. 165-205.

[26] NOËL/DALLÈVES, (nota 11), p. 125.

[27] È assoggettato all'imposta chiunque, a prescindere da forma giuridica, scopo e fine di lucro, esercita un'impresa e non è esentato dall'assoggettamento (art. 10 LIVA).

[28] ANDREW M. GARBARSKI/ALAIN MACALUSO, *La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif*, in: *AJP/PJA* 7/2008, pp. 833-846.

[29] NOËL/DALLÈVES, (nota 11), p. 134.

[30] ANDREW M. GARBARSKI, *L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif: éléments de droit matériel et de procédure*, in: *RPS*, Tome 130, 2012.

delle proprie attribuzioni. Questo vale ad es. per l'organo di revisione, il liquidatore, il socio, il collaboratore che si occupa di questioni fiscali o il rappresentante e il rappresentante di una società estera (art. 67 LIVA)[31].

Art. 6 cpv. 2 DPA: *"Il padrone d'azienda, il datore di lavoro, il mandante o la persona rappresentata che, intenzionalmente o per negligenza, in violazione di un obbligo giuridico, omette di impedire un'infrazione del subordinato, mandatario o rappresentante ovvero di paralizzarne gli effetti, soggiace alle disposizioni penali che valgono per l'autore che agisce intenzionalmente o per negligenza"*.

Nella fattispecie, se il reato è commesso da una delle persone fisiche menzionate al capoverso 1, la punibilità può essere estesa, a determinate condizioni, al superiore gerarchico[32]. La responsabilità penale del padrone dell'azienda (*"Geschäftsherrenhaftung"*), è data dalla sua funzione, ossia dal fatto che sarebbe dovuto intervenire per impedire la commissione dell'infrazione da parte del proprio subordinato. Di conseguenza, si può affermare che questo capoverso consacra una responsabilità penale fondata soprattutto nell'astensione ad un dovere[33]. Le persone elencate soggiacciono alle pene previste per gli autori delle infrazioni qualora violino, intenzionalmente o per negligenza, un obbligo giuridico (legge, contratto, ecc.), oppure omettano di prevenire un'infrazione commessa da un loro subordinato. Occorre ricordare che la *"Geschäftsherrenhaftung"* suppone che il padrone dell'azienda occupi una posizione di garante[34], vale a dire che si rende colpevole nei casi in cui aveva un obbligo giuridico di prevenire la commissione dell'infrazione o di sopprimerne gli effetti[35]. Alla base di questo concetto, si trova la riflessione secondo cui un contribuente che ricorre ai servizi di un rappresentante non deve essere avvantaggiato rispetto a colui che compila personalmente i propri rendiconti IVA o la propria contabilità, avendo la possibilità di liberarsi della responsabilità fiscale e penale attribuendola al rappresentante[36].

[31] GARBARSKI/MACALUSO (nota 28), p. 834 s.

[32] ALAIN MACALUSO/LYUSKA HULLIEGER, *Le droit fiscal face aux principes du droit pénal et de la procédure pénale*, in: *Droit pénal fiscal*, 2013, p. 17.

[33] GARBARSKI (nota 30), p. 414.

[34] A questo proposito esiste una controversia, difatti una sentenza del Tribunale cantonale di Zurigo (SU140008 del 29 luglio 2014) sostiene che non sia necessario avere una posizione di garante: *"Entgegen der Vorinstanz (Urk. 13 S. 8 f.) und mit der Untersuchungsbehörde (Urk. 20 S. 3) ist Art. 219 Abs. 4 VTS i.V.m. Art. 6 Abs. 2 VStrR als echtes Unterlassungsdelikt zu qualifizieren, wobei für den Beschuldigten gerade nicht eine Garantspflicht nach Art. 11 Abs. 2 StGB wie bei den unechten Unterlassungsdelikten bestehen muss (Donatsch/Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Auflage, Zürich 2013, S. 380 f. und S. 300). Bei den echten Unterlassungsdelikten enthält der objektive Tatbestand zunächst die Bezeichnung des Täters, der zumeist einem Kreis von Personen mit einer besonderen Verantwortung für die Erhaltung eines bestimmten Rechtsgutes oder die Überwachung einer Gefahrenquelle angehören muss. Da in den Fällen von Art. 6 Abs. 2 VStrR von einer bereits bestehenden Pflicht abzugehen ist, handelt es sich zudem um ein echtes Sonderdelikt (Donatsch/Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, a.a.O., S. 304 f.)"*.

[35] Sentenza TF n. 6B_189/2009 consid. 3.2.3.

[36] ASA 60, p. 261.

C. La responsabilità penale del rappresentante in caso di commissione dell'infrazione o in qualità d'istigatore o complice

A titolo d'esempio, un mandatario incaricato, secondo il mandato concluso tra le parti, di compilare i rendiconti IVA sulla base della contabilità del contribuente può essere condannato per sottrazione d'imposta ai sensi dell'art. 96 cpv. 1 lett. a LIVA, se omette di dichiarare tutta la cifra d'affari contabilizzata correttamente dal contribuente, in quanto tutti gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi dell'infrazione sono soddisfatti. L'illecito in questione può essere attribuito al rappresentante grazie all'art. 6 DPA.

Come rilevato più sopra, le infrazioni presenti nella LIVA e nel DPA rientrano nella categoria dei delitti comuni e non dei delitti speciali, ciò significa che l'infrazione può essere commessa da chiunque realizzi gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi degli illeciti fiscali. Il mandatario e il rappresentante fiscale ai sensi dell'art. 67 LIVA, che soddisfano questi elementi, assumono, quindi, la responsabilità penale prevista all'art. 6 cpv. 1 DPA, fatta eccezione dei casi che rientrano nel principio di opportunità del procedimento penale disciplinato all'art. 103 cpv. 4 LIVA. Lo stesso vale per i rappresentanti che agiscono intenzionalmente in veste di istigatori o complici (art. 5 DPA). È, quindi, possibile che il mandatario o il rappresentante fiscale, secondo l'art. 67 LIVA, sia condannato nel caso in cui agisca in qualità d'autore principale dell'infrazione oppure in qualità d'istigatore o complice qualora commetta un'infrazione (ad es. nella compilazione dei rendiconti IVA) e siano soddisfatte le condizioni soggettive e oggettive del reato. È opportuno segnalare, che per quanto concerne la contravvenzione dell'art. 98 lett. b LIVA[37], la diffida e la multa sono entrambe indirizzate alla persona giuridica assoggettata all'IVA e non alla persona fisica, il che esclude una responsabilità del mandatario.

Questa disposizione si applica indipendentemente dal fatto che i rappresentanti compilino i rendiconti IVA in forma elettronica o tramite i moduli cartacei.

D. La responsabilità penale legata all'esistenza di una posizione di garante assunta dal rappresentante per crimini e delitti in materia d'IVA (art. 11 CP applicabile in relazione all'art. 2 DPA)

Per quanto concerne i reati commessi per omissione, l'art. 11 CP dispone che *"un crimine o un delitto può altresì essere commesso per omissione contraria a un obbligo di agire"*. In virtù di questo articolo, le disposizioni penali sono applicabili alle persone fisiche che, contrariamente ad un obbligo di agire, non impediscono l'esposizione ad un pericolo o la lesione di un bene giuridico protetto dalla legislazione (nello specifico, il credito fiscale della Confederazione), benché siano tenute ad agire per via del loro status giuridico, in particolare in virtù di una legge, di un contratto, di una comunità di rischi liberamente accettata. Qualora una disposizione penale

[37] Nonostante diffida una persona non presenta un rendiconto entro il termine stabilito dalla legge.

preveda che solamente l'intenzionalità sia punibile, la commissione per omissione, condannata sulla base della disposizione fiscale in relazione con l'art. 11 CP, potrà essere punita soltanto se il garante ha intenzionalmente omesso di agire.

A norma dell'art. 72 cpvv. 1 e 2 LIVA, il contribuente ha l'obbligo di correggere le lacune che constata nei suoi rendiconti fiscali nell'ambito dell'allestimento dei conti annuali, così come le lacune constatate in rendiconti di periodi fiscali precedenti, sempre che i crediti di questi periodi fiscali non siano passati in giudicato o prescritti. In tal senso, il contribuente assume una posizione di garante nei confronti dell'AFC. Di conseguenza, il rappresentante che per contratto assume gli obblighi precitati può gravarsi della posizione di garante nei confronti dell'AFC, ai sensi dell'art. 11 CP, nei casi di crimini e delitti (art. 97 cpv. 2 LIVA e artt. 14-17 DPA). Questa posizione di garante e le responsabilità che ne derivano devono essere analizzate per ogni singolo caso sulla base del contenuto del contratto di mandato stipulato tra il mandante e il mandatario. Se il mandante ha omesso dei particolari, senza che il mandatario abbia avuto la possibilità di scoprire l'infrazione, il mandatario o il rappresentante fiscale ai sensi dell'art. 67 LIVA non può essere ritenuto responsabile penalmente. Pertanto, un'eventuale responsabilità penale dipenderà dalle circostanze di quel preciso caso. Per contro, se commette intenzionalmente l'infrazione o vi partecipa in qualche modo, può essere condannato ad una multa e rispondere in solido dell'imposta elusa grazie all'art. 12 DPA.

Segnatamente, il rappresentante in materia IVA con posizione di garante può essere ritenuto penalmente responsabile nei casi in cui sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- la presenza di un contratto di mandato secondo il quale deve, ad es., correggere gli errori constatati nei rendiconti IVA (art. 72 LIVA);
- l'infrazione commessa è un crimine o un delitto (art. 97 cpv. 2 LIVA e art. 14 ss. DPA);
- esistenza di un nesso causale tra violazione del dovere d'agire e il verificarsi dell'infrazione;
- violazione del dovere di diligenza da parte del rappresentante nonostante avesse la possibilità di impedire il risultato;
- l'azione è stata compiuta con intenzione o perlomeno con dolo eventuale.

Anche questa disposizione si applica indipendentemente dal fatto che i rappresentanti compilino i rendiconti IVA in forma elettronica o tramite i moduli cartacei.

IV. Il pagamento dell'imposta a causa del godimento del beneficio illecito o a titolo di responsabilità solidale

Con l'introduzione dell'art. 12 DPA e della responsabilità solidale di terze persone all'obbligo di pagamento del debito fiscale proprio del contribuente, il legislatore ha voluto rafforzare le garanzie di riscossione delle imposte da parte dell'autorità fiscale. L'identità di queste persone va ricercata nelle varie leggi e nella loro relazione con l'oggetto

dell'imposta. Infatti, la responsabilità solidale per il debito fiscale non può esistere all'infuori di una legge fiscale. In teoria, la solidarietà si riferisce al solo obbligo di pagamento del debito fiscale, ma in pratica offre all'autorità fiscale un co-debitore che condivide la responsabilità del debito con l'autore dell'illecito e può esserne responsabile qualora l'altra parte non paghi.

A. L'obbligo di pagamento di tasse non riscosse

L'art. 12 DPA dispone che, "se a torto, per effetto di un'infrazione alla legislazione amministrativa della Confederazione, una tassa non è stata riscossa, è stata restituita, ridotta o condonata, la stessa, interessi compresi, vanno pagati o restituiti indipendentemente dalla punibilità di una data persona (cpv. 1 lett. a). Obbligata al pagamento o alla restituzione è la persona che ha fruito dell'indebito profitto, segnatamente quella obbligata al pagamento della tassa ovvero beneficiata dell'indennità o del contributo (cpv. 2). La persona che, intenzionalmente, ha commesso l'infrazione o vi ha partecipato risponde in solido, con le persone obbligate al pagamento secondo il capoverso 2, della somma da pagare o da restituire (cpv. 3)".

Affinché l'art. 12 DPA trovi applicazione, occorre che sia oggettivamente stata compiuta un'infrazione penale. Per contro, la sua applicazione non dipende né da una responsabilità penale specifica, né da una colpa e neppure dall'apertura di un procedimento penale in parallelo. Pertanto, questa disposizione permette di procedere al recupero a posteriori di un tributo non riscosso a torto a causa di un'infrazione alla legislazione amministrativa federale, anche qualora nessuno sia punibile^[38]. In tali ipotesi, l'autorità fiscale può esigere il rimborso non solo nei confronti del soggetto fiscale o della persona che ha commesso l'infrazione, ma anche di tutte le persone che hanno beneficiato, direttamente o indirettamente, del non pagamento della tassa. L'obbligo di rimborso si estende a tutte le persone che in qualche modo hanno beneficiato dell'illecito anche senza averlo commesso^[39]. Uno dei grandi punti di forza di questo articolo risiede nell'ampio ventaglio di soggetti, che sono stati in qualche modo avvantaggiati dall'infrazione, a cui l'AFC può rivolgersi per recuperare a posteriori l'IVA non riscossa.

Fondamentalmente questa disposizione non ha un carattere strettamente penale, ma piuttosto amministrativo e più precisamente fiscale, in quanto regola la pretesa di diritto pubblico che il Fisco ha nei confronti di un privato per il mancato prelievo di una tassa e non ha un carattere punitivo per l'infrazione commessa. Pur avendo un carattere principalmente amministrativo, l'art. 12 DPA contiene diversi riferimenti correlati al diritto penale amministrativo e che spiegano il suo posizionamento all'interno del DPA^[40].

[38] ANDREA PEDROLI, *Procedura penale tributaria 2.0*, in: Samuele Vorpe (a cura di), *Contravvenzioni e delitti fiscali nell'era dello scambio internazionale d'informazioni*, Scritti in onore di Marco Bernasconi, Manno 2015, p. 341.

[39] SHARON GUGGIARI SALARI, *Art. 12 DPA: il rischio di pagare delle tasse federali a posteriori anche se non si è soggetti fiscali*, in: Vorpe (nota 38).

[40] GUGGIARI SALARI (nota 39), p. 261.

Nella pratica dell'AFC, la procedura di riscossione a posteriori dell'imposta è condotta quasi sempre in parallelo ad un procedimento penale contro l'imputato che mira a punire quest'ultimo per l'illecito tributario commesso e ad infliggergli una multa. Anche se vengono spesso aperte contemporaneamente, queste due procedure non devono essere confuse, in quanto indipendenti e distinte. Affinché questa disposizione possa essere applicata, devono essere soddisfatte diverse condizioni:

- ci deve essere un'infrazione alla legislazione amministrativa della Confederazione. Secondo la giurisprudenza, una colpa e soprattutto un'azione penale non costituiscono una premessa per l'obbligo di pagamento ai sensi dei cpvv. 1 e 2. È, invece, sufficiente che l'indebito profitto, a seguito del mancato pagamento del contributo, scaturisca da una violazione oggettiva alla legislazione amministrativa federale^[41]. Una differenza importante tra i cpvv. 2 e 3 sta nel fatto che il cpv. 2 richiede una violazione alla norma amministrativa da un punto di vista oggettivo e non soggettivo, pertanto in questi casi è irrilevante, ai fini del recupero dell'imposta, stabilire se la persona abbia agito intenzionalmente o per negligenza, per contro la fattispecie del cpv. 3 esige l'intenzionalità nel compiere l'infrazione;
- il reato è indipendente dalla punibilità del singolo. Ciò significa che una persona può essere condannata alla restituzione dell'imposta nonostante non abbia commesso l'illecito tributario. Questo perché l'art. 12 DPA non tende a sanzionare un comportamento contrario alla legge, ma tende a soddisfare un diritto dello Stato alla restituzione dell'IVA non reclamata o non riscossa, interessi compresi;
- una tassa non è stata riscossa, è stata restituita, ridotta o condonata;
- deve sussistere un nesso causale tra l'infrazione e l'indebito profitto, segnatamente il mancato pagamento dell'IVA^[42].

In applicazione dell'art. 12 cpv. 1 DPA, se queste condizioni sono realizzate, le persone soggette al rimborso devono restituire la tassa non reclamata, interessi compresi. Ma quali sono le persone obbligate al rimborso? A questo proposito, l'art. 12 cpv. 3 DPA prevede una responsabilità solidale della persona che, intenzionalmente, ha commesso l'infrazione o vi ha partecipato^[43].

B. Il rimborso dell'imposta sottratta e la responsabilità solidale

Di norma, l'obbligo fiscale incombe al debitore della prestazione imponibile, ovvero al contribuente. Nella pratica, però, può accadere che l'AFC si rivolga a terzi per ottenere il pagamento dell'imposta elusa, difatti un terzo che commette o partecipa al reato rischia di dover pagare l'imposta dovuta dal contribuente. La responsabilità solidale è prevista all'art. 12 cpv. 3 DPA ed è stata introdotta in modo da permettere al

fisco di subire meno perdite possibili. Questo capoverso decreta una responsabilità in solido della persona che ha partecipato o eseguito il reato ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 DPA. Contrariamente ai primi due capoversi, l'art. 12 cpv. 3 DPA pone la condizione dell'intenzionalità nella commissione dell'illecito tributario di colui che dovrà rispondere in solido della somma da pagare o da restituire con le persone obbligate al pagamento. Ne consegue che la determinazione della condizione soggettiva è fondamentale nell'accertamento del reato fiscale specificato in questo capoverso. In una procedura penale la decisione relativa alla responsabilità solidale è presa facendo esplicitamente riferimento all'art. 64 cpv. 1 DPA.

Analogamente ai capoversi precedenti, le infrazioni previste all'art. 12 cpv. 3 DPA sono la sottrazione d'imposta o la truffa in materia di prestazioni e di tasse. Secondo il principio dell'autotassazione applicabile all'IVA, le condizioni oggettive per questi tipi di reati sono realizzate per il semplice fatto di omettere di dichiarare l'imposta dovuta. Contrariamente alle imposte dirette, secondo cui l'autore della sottrazione d'imposta non può che essere il contribuente (art. 175 della Legge federale sull'imposta federale diretta [LIFD; RS 642.11]), in ambito IVA l'autore della sottrazione rientra in un campo più vasto e non si limita al debitore dell'imposta. Occorre, inoltre, sottolineare che in virtù del principio della personalità della pena, contenente il brocardo "*societas delinquere non potest*", obbligata al pagamento al posto del contribuente è la persona fisica che ha commesso l'atto illecito e non la persona giuridica^[44]. Rientrano pertanto nelle persone chiamate a rispondere in solido dell'imposta elusa i membri degli organi della società, segnatamente gli amministratori, i rappresentanti, ossia tutte quelle persone a cui incombe l'obbligo di dichiarare l'imposta all'AFC, compilare i rendiconti IVA, pagare l'imposta o redigere la contabilità in seno all'azienda, purché abbiano commesso intenzionalmente l'infrazione. L'art. 6 cpv. 2 DPA instaura una posizione di garante per il padrone d'azienda e, grazie a questa norma, le persone elencate possono essere tenute per responsabili in qualità d'autore del reato se omettono di impedire l'infrazione commessa dal subordinato, dal mandatario o dal rappresentante, o di paralizzarne gli effetti. Per quanto riguarda altri soggetti, che non possono essere qualificati quali autori o co-autori dell'infrazione e senza una posizione di garante, possono essere tenuti responsabili in qualità di istigatori o complici. Secondo una parte della dottrina, il fatto di condannare il garante al pagamento dell'imposta sottratta sarebbe contrario al principio della proporzionalità, tuttavia il Tribunale federale ha dichiarato più volte che l'art. 12 cpv. 3 DPA completa l'art. 6 DPA^[45].

Nella realtà questa fattispecie è piuttosto rara, essa si potrebbe presentare, ad es., nel caso in cui il rappresentante compili dei rendiconti creditorî falsi e si faccia successivamente rimborsare dall'AFC l'imposta sui propri conti bancari, beneficiando così del profitto illecito. Più ricorrente è, invece, la fattispecie in cui il rappresentante, avendo commesso

[41] Sentenze TF n. 2C_53/2011 consid. 2.6 e n. 2C_456/2010 consid. 5.2.

[42] GUGGIARI SALARI (nota 39), p. 261 ss.

[43] NICOLAS FACINCANI/RETO SUTTER, *La responsabilité du fiduciaire*, in: TREX 2019, p. 217.

[44] La persona giuridica può, tuttavia, a determinate condizioni, essere condannata a pagare la multa al posto delle persone fisiche (art. 100 LIVA).

[45] DTF 120 IV 365.

intenzionalmente l'infrazione o avendovi partecipato, debba rispondere in solido con le persone obbligate al pagamento della somma da pagare o restituire.

V. Conclusioni

Uno dei principali obiettivi del vigente sistema è quello di prevenire il fatto che alcuni reati fiscali restino impuniti dando un maggior potere all'autorità fiscale nella ricerca dei colpevoli. Il diritto svizzero prevede che i contribuenti non siano più le sole persone che possano esporsi ad un procedimento penale amministrativo, ma ugualmente i rappresentanti fiscali possono ritrovarsi, a determinate condizioni, sul banco degli imputati a causa di illeciti tributari.

Oltre ad essere sanzionato con una multa, il rappresentante corre il rischio di dover pagare l'imposta elusa nonostante non sia un soggetto fiscale. Sulla base dell'art. 12 DPA si possono riscuotere a posteriori tutte le tasse dovute alla Confederazione nei confronti di un ampio gruppo di persone. L'efficacia di questa disposizione sta proprio nella vasta cerchia di destinatari a cui l'autorità fiscale si può rivolgere. L'AFC ha, infatti, la possibilità di obbligare il rappresentante in materia IVA, che non è un soggetto fiscale, al rimborso dell'imposta al posto del contribuente. In definitiva, l'articolo offre all'autorità fiscale un co-debitore, nonostante questo non condivida nessun altro obbligo o diritto del contribuente.

Se, da un lato, ci si può porre l'interrogativo sulla parzialità dell'attuale sistema, poiché la responsabilità del rappresentante può in certi casi essere particolarmente pesante per il soggetto che la subisce o per il fatto che una terza persona, diventando responsabile del credito fiscale del contribuente, potrebbe mettere in pericolo l'applicazione di un principio fondamentale del diritto tributario secondo cui ognuno paga le imposte secondo la propria capacità contributiva. Dall'altro lato, bisogna sottolineare come la LIVA, ad es. con la denuncia spontanea, offra al rappresentante gli strumenti necessari per svolgere correttamente il proprio mandato ed evitare così qualsiasi responsabilità in ambito IVA.

IVA in dogana nel confronto tra Svizzera e Italia

I rapporti tra normativa doganale e disciplina dell'IVA in una prospettiva comparata



Fabrizio Vismara

Ordinario di diritto internazionale
Università dell'Insubria
Avvocato in Milano
Studio legale Squire, Patton, Boggs

La disciplina dell'IVA all'importazione presenta sia nell'ordinamento elvetico che in quello italiano una stretta connessione con la disciplina doganale. I profili di connessione riguardano, in particolare, le modalità mediante le quali sorge l'obbligazione tributaria, le relative attività di accertamento e liquidazione, la determinazione della base imponibile e l'individuazione dei soggetti passivi e correlate forme di solidarietà tributaria a garanzia dell'effettivo assolvimento del debito fiscale.

I. IVA e obbligazione doganale: legami tra le due discipline	44
II. La qualificazione giuridica dell'IVA all'importazione	45
III. Il valore in dogana e l'IVA all'importazione.....	46
IV. La solidarietà nel debito fiscale.....	47
V. Rilievi conclusivi	48

I. IVA e obbligazione doganale: legami tra le due discipline

La disciplina dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) in dogana presenta una connessione plurima con la disciplina doganale, coinvolgendo, in particolare, i presupposti dell'obbligazione, la determinazione dell'imponibile e i soggetti obbligati. Questa connessione rende in certa misura l'insieme delle regole riguardanti l'IVA in dogana come un sottosistema della complessiva disciplina dell'IVA caratterizzato da significative specificità.

Nella prospettiva dell'ordinamento italiano e, più in generale, dell'Unione europea (UE), detta connessione trova riscontro, innanzitutto, nella Direttiva n. 2006/112/CE, relativa al sistema comune dell'IVA. A questo riguardo può ricordarsi come l'art. 30 di tale Direttiva considera "importazione di beni" l'ingresso nell'UE di un bene che non è in libera pratica ai sensi dell'art. 24 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE); inoltre, l'art. 67, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 633/1972, relativo all'istituzione

e disciplina dell'IVA, prevede che costituiscano importazioni una serie di operazioni aventi per oggetto beni introdotti nel territorio dello Stato, che siano originari da Paesi o territori non compresi nel territorio dell'UE e che non siano stati già immessi in libera pratica in altro Paese membro dell'UE medesima, ovvero che siano provenienti dai territori da considerarsi esclusi dall'UE (art. 7 D.P.R. n. 633/1972), tra cui le operazioni di immissione in libera pratica, le operazioni di perfezionamento attivo e le operazioni di ammissione temporanea aventi per oggetto beni, destinati ad essere riesportati tal quali, che non fruiscono della esenzione totale dai dazi di importazione^[1].

Nella prospettiva elvetica, la suddetta connessione emerge nella Legge federale concernente l'imposta sul valore aggiunto (LIVA; RS 641.20), il cui art. 50 stabilisce che la legislazione doganale è applicabile all'imposta sull'importazione di beni, purché non sia altrimenti previsto nelle disposizioni contenute nel Titolo quarto della LIVA, in relazione all'imposta sull'importazione.

Il legame tra IVA all'importazione e normativa doganale si esprime altresì sul piano soggettivo. Secondo la normativa italiana in tema di IVA, così come nella prospettiva del codice doganale dell'UE^[2], la posizione di debitore prescinde da un particolare presupposto soggettivo: l'IVA in dogana si applica, ai sensi dell'art. 1, D.P.R. n. 633/1972, alle importazioni da chiunque effettuate, risultando irrilevante la qualifica del soggetto passivo.

Secondo la normativa svizzera, viene assoggettato all'imposta chi è debitore doganale, operando a tal fine l'art. 51, cpv. 1, LIVA un rinvio all'art. 70, cpvv. 2 e 3 della Legge federale sulle dogane (LD; RS 631.0), dove pure il debitore doganale è identificato non sul presupposto di una determinata qualifica

^[1] Vi rientrano altresì le operazioni di immissione in consumo relative a beni provenienti dal Monte Athos, dalle isole Canarie e dai Dipartimenti francesi d'oltremare.

^[2] Cfr. Regolamento UE n. 952/2013.

soggettiva, ma per effetto del suo coinvolgimento, a vario titolo, nell'operazione doganale.

Tanto nella normativa svizzera che nella normativa italiana e UE l'atto dell'importazione determina il sorgere del debito tributario[3]. L'IVA all'importazione condivide in tal modo con i dazi doganali la caratteristica di trarre origine dal fatto dell'importazione nell'UE e della susseguente introduzione nel circuito economico degli Stati membri[4]. Secondo l'art. 52, cpv. 1, LIVA, determina l'assoggettamento ad imposta sia l'importazione di beni, compresi le prestazioni di servizi e i diritti ivi contenuti, sia l'immissione in libera pratica di beni[5] da parte di viaggiatori in provenienza dall'estero nel traffico aereo.

Il riferimento alla normativa doganale rileva nella prospettiva dell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 70, primo comma, D.P.R. n. 633/1972, anche nel senso che per l'IVA relativa alle importazioni si applicano per quanto concerne le controversie e le sanzioni, le disposizioni delle leggi doganali relative ai diritti di confine. Nella LIVA gli aspetti di competenza e procedura sono analogamente rimessi alla competenza degli uffici doganali. Nello specifico, l'art. 62 LIVA, oltre a prescrivere che l'imposta sull'importazione sia riscossa dall'Amministrazione federale delle dogane (AFD), stabilisce che organi della stessa Amministrazione hanno la facoltà di procedere a tutti gli accertamenti necessari alla verifica dei fatti determinanti per la tassazione.

II. La qualificazione giuridica dell'IVA all'importazione

Da un punto di vista generale, l'IVA all'importazione, pur essendo disciplinata mediante regole proprie e caratteristiche, assume la stessa natura dell'IVA sulle cessioni di beni e prestazioni di servizi, costituendo un'imposta interna[6]. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia si mette in luce come l'IVA all'importazione consente di porre i prodotti importati nella stessa situazione dei prodotti nazionali analoghi per quanto riguarda gli oneri fiscali gravanti su tali categorie di merci[7]. Inoltre, la CGUE osserva che l'IVA all'importazione non colpisce esclusivamente il prodotto importato in quanto tale, ma s'inserisce nel sistema fiscale uniforme dell'IVA, che colpisce, sistematicamente e secondo criteri obiettivi, sia le operazioni degli Stati membri, sia quelle all'importazione[8].

[3] Cfr. l'art. 70 della citata Direttiva, secondo cui "il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diventa esigibile nel momento in cui è effettuata l'importazione di beni".

[4] Corte di giustizia UE (CGUE), sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-272/12, *Harry Winston SA*, punto 41.

[5] Cfr. l'art. 17, cpv. 1^{bis}, LD, secondo cui nei negozi in zona franca di tasse i viaggiatori in partenza per l'estero o in provenienza dall'estero possono acquistare merci in franchigia di dazio. Il Consiglio federale designa le merci.

[6] Cass., del 28 settembre 2016. n. 19098.

[7] Si tratta di principio da tempo acquisito. Cfr. CGUE, sentenza del 25 febbraio 1988, causa C-299/86, *Rainer Drexl*, punto 9. In argomento cfr. GIANCARLO CROXATTO, Normativa comunitaria e disciplina IVA all'importazione, in: *Dir. comm. int.*, 1988, p. 332 ss.

[8] In tal senso si veda CGUE, sentenza del 5 maggio 1982, causa C-15/81, *Schul*, punto 21. Per un commento a tale sentenza cfr. PATRIZIO BRACCIONI, Sul regime fiscale relativo alle importazioni di beni ceduti da privati nell'ambito della CEE, in: *Dir. prat. trib.*, 1984, II, p. 834 ss. Nella citata pronuncia si richia-

L'IVA all'importazione, in quanto tributo interno, non può essere assimilata ai dazi doganali, per quanto essa condivide con i dazi doganali il fatto di trarre origine dall'importazione e dalla conseguente introduzione nel circuito economico degli Stati[9]: ne consegue che l'obbligazione doganale all'importazione non comprende l'IVA all'importazione[10]; inoltre, il fatto generatore e l'esigibilità dell'IVA all'importazione sono collegati a quelli dei dazi, ma rimangono da questi formalmente distinti[11].

L'IVA all'importazione risulta legata anche sul piano definitorio alla disciplina doganale. A questo proposito va ricordato che la nozione di diritti di confine include i dazi doganali, come qualificati dalla normativa unionale. L'art. 34 TULD (Testo Unico Leggi Doganali; D.P.R. n. 43/1973) prevede, infatti, che si considerano diritti doganali tutti quei diritti che la dogana è tenuta a riscuotere in forza di una legge, in relazione alle operazioni doganali, precisando che fra i diritti doganali costituiscono diritti di confine i dazi di importazione e quelli di esportazione, i prelievi e le altre imposizioni all'importazione o all'esportazione previsti dai regolamenti comunitari e dalle relative norme di applicazione ed inoltre, per quanto concerne le merci in importazione, i diritti di monopolio, le sovrimposte di confine ed ogni altra imposta o sovrimposta di consumo a favore dello Stato[12].

Nella disciplina contenuta nella LIVA la natura di tributo interno dell'imposta assolta all'importazione emerge, in generale, dall'art. 1, comma 2, secondo cui la Confederazione riscuote a titolo d'IVA sia un'imposta sulle prestazioni che i contribuenti effettuano a titolo oneroso sul territorio svizzero (imposta sulle prestazioni eseguite sul territorio svizzero), sia un'imposta

ma peraltro l'art. 12, comma 5, della Sesta Direttiva, in forza del quale l'aliquota applicabile all'importazione di un bene è quella applicata alla fornitura di uno stesso bene effettuata all'interno del Paese. Si veda, corrispondentemente, l'art. 69 D.P.R. n. 633/1972, secondo cui, ai fini della determinazione dell'IVA all'importazione, rileva l'applicabilità delle "aliquote indicate nell'art. 16".

[9] CGUE, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-273/12, *Harry Winston SA*, punto 41.

[10] In questo senso cfr. Cass., del 5 agosto 2016, n. 16463, secondo cui "posto che l'obbligazione doganale all'importazione non comprende l'iva all'importazione e che l'autorità doganale è quella chiamata ad occuparsi dell'obbligazione doganale all'importazione, di modo che soltanto per economia di procedimenti l'agenzia delle dogane riscuote l'iva all'importazione negli spazi doganali, spettano alla competenza dell'agenzia delle entrate e non già a quella dell'agenzia delle dogane l'accertamento e la riscossione dell'iva intracomunitaria al di fuori degli spazi doganali, in particolare dell'iva da assolvere all'atto dell'estrazione della merce dai depositi fiscali iva mediante il meccanismo dell'inversione contabile".

[11] CGUE, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-273/12, *Harry Winston SA*, punto 41.

[12] In relazione a tale nozione cfr. SALVATORE FIORENZA, Diritti doganali e diritti di confine, in: *Riv. dir. fin.*, 1976, p. 418 ss. La nozione di diritti doganali è così più ampia e assume carattere funzionale, essendo legata all'attività della dogana in relazione alle operazioni doganali, mentre quella di diritti di confine, che nella prima s'inscrive, include oltre ai prelievi e le imposizioni previsti dalla normativa UE, anche le imposte di consumo che gravano sulle merci in importazione, tra cui, l'IVA all'importazione e le accise. Parte della giurisprudenza è giunta ad escludere che l'IVA all'importazione sia un diritto di confine e ciò sulla base del tenore dell'art. 70 D.P.R. n. 633/1972 che rinvia alle disposizioni delle leggi doganali relative ai diritti di confine soltanto per quanto concerne le controversie e le sanzioni, ossia *quoad poenam*. Cfr. Cass. pen., del 7 settembre 2012, n. 34257. In tempi più recenti, tuttavia, e in senso contrario, cfr. Cass. pen., del 9 novembre 2017, n. 7750.

sull'acquisto di prestazioni di imprese con sede all'estero da parte di destinatari che si trovano sul territorio svizzero (imposta sull'acquisto), sia un'imposta sull'importazione di beni (imposta sull'importazione)[13].

III. Il valore in dogana e l'IVA all'importazione

I rapporti tra IVA e normativa doganale dell'UE sono particolarmente stretti in relazione alla determinazione del valore imponibile. L'art. 54, cpv. 1, lett. a, LIVA prevede che l'imposta sia calcolata sulla controprestazione, se i beni sono importati in adempimento di un contratto di vendita o di commissione; inoltre, in forza del cpv. 2 del suddetto articolo, se il calcolo dell'imposta è stato effettuato sulla base della controprestazione, è determinante la controprestazione ai sensi dell'art. 24 LIVA[14] pagata o da pagare dall'importatore o da un terzo in sua vece, fatto salvo l'art. 18 cpv. 2 lett. h. Nel caso, tuttavia, in cui l'operazione sottostante all'importazione non costituisca una vendita, l'art. 54, cpv. 1, lett. g, LIVA prescrive che rilevi il valore di mercato, ovvero tutto ciò che, allo stadio dell'importazione, un importatore dovrebbe pagare a un fornitore indipendente nel Paese di provenienza dei beni al momento della nascita del debito fiscale (ovvero simultaneamente all'obbligazione doganale) (art. 56, cpv. 1, LIVA), in condizioni di libera concorrenza, per ottenere gli stessi beni.

L'art. 69, prima parte, D.P.R. n. 633/1972 prevede che l'imposta sia commisurata, con le aliquote previste, al valore dei beni importati determinato ai sensi delle disposizioni in materia doganale, aumentato dell'ammontare dei diritti doganali dovuti, ad eccezione dell'IVA, nonché dell'ammontare delle spese di inoltro fino al luogo di destinazione all'interno del territorio della Comunità che figura sul documento di trasporto sotto la cui scorta i beni sono introdotti nel territorio medesimo[15].

Ai fini della determinazione del valore imponibile non si seguono le regole ordinarie previste per l'IVA interna o intracomunitaria, ma le previsioni contenute, in particolare, negli artt. 69 ss. del codice doganale. Nella cessione di beni il valore imponibile è determinato sulla base di quanto contrattualmente definito tra le parti, cioè i corrispettivi previsti alla luce delle condizioni contrattuali (art. 13, comma 1, D.P.R. n. 633/72)[16], mentre la normativa doganale si atteggia in modo diverso, per *ratio* e

[13] Nel medesimo art. 2 le tre ipotesi di prelievo vengono accomunate con riguardo ai principi di riferimento, ovvero quello della neutralità concorrenziale, quello dell'economicità del pagamento e della riscossione e quello della trasferibilità dell'imposta.

[14] Tale previsione, in linea di principio, fa riferimento alla controprestazione effettivamente ricevuta e la controprestazione comprende anche il risarcimento di tutte le spese, fatturate separatamente o meno, nonché i tributi di diritto pubblico dovuti dal contribuente.

[15] Inoltre, l'art. 85 Direttiva n. 2006/112/CE prevede che per le importazioni di beni, la base imponibile è costituita dal valore definito come valore in dogana dalle disposizioni comunitarie in vigore.

[16] Si veda l'art. 73 Direttiva n. 2006/112 CE, secondo cui "per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi diverse da quelle di cui agli articoli da 74 a 77, la base imponibile comprende tutto ciò che costituisce il corrispettivo versato o da versare al fornitore o al prestatore per tali operazioni da parte dell'acquirente, del destinatario o di un terzo, comprese le sovvenzioni direttamente connesse con il prezzo di tali operazioni".

contenuti. All'obbligazione concernente l'IVA all'importazione viene così ad applicarsi quanto stabilito dal codice doganale circa il valore della transazione, quale fissato al momento dell'accettazione della dichiarazione doganale, ovvero il prezzo effettivamente pagato o di pagare per le merci vendute per l'esportazione nel territorio doganale dell'UE[17].

Per effetto della richiamata applicazione *per relationem* della disciplina doganale devono essere inclusi nell'imponibile i pagamenti che sono stati o devono essere effettuati come condizione della vendita delle merci importate[18]. Nella prospettiva del diritto dell'UE, la Direttiva n. 112/2006/CE introduce una serie di correttivi ai fini della determinazione dell'imponibile che vanno ad integrare il criterio base di matrice doganale. E così sono da includere nella base imponibile le imposte, i dazi, i prelievi e le altre tasse dovuti fuori dello Stato membro d'importazione, nonché quelli dovuti per l'importazione, ad eccezione dell'IVA da riscuotere, nonché, alla luce dell'art. 86, comma 1, della stessa Direttiva, le spese accessorie quali le spese di commissione, di imballaggio, di trasporto e di assicurazione, che sopravvengono fino al primo luogo di destinazione dei beni nel territorio dello Stato membro d'importazione[19], e quelle risultanti dal trasporto verso un altro luogo di destinazione situato nella Comunità, qualora quest'ultimo sia noto nel momento in cui si verifica il fatto generatore dell'imposta.

Per contro, in base all'art. 87 della Direttiva in esame non sono compresi nella base imponibile gli sconti sul prezzo

[17] Si veda l'art. 70, comma 2, del codice doganale. Il prezzo della transazione è nozione più ampia del prezzo del bene cui la transazione si riferisce e prescinde dalla qualificazione del rapporto sulla base del diritto interno e dal momento del relativo versamento, che è modalità attuativa delle obbligazioni connesse alla transazione, consistendo nel pagamento totale che è stato o deve essere effettuato dal compratore nei confronti del venditore o dal compratore a una terza parte, a beneficio del venditore, per le merci importate. Va altresì ricordato che il valore di transazione trova applicazione subordinatamente al fatto che non intervengano elementi oggettivi o soggettivi che ne possano influenzare la determinazione, allontanandola da parametri oggettivi o di mercato. Secondo l'art. 72, comma 3, del codice doganale il criterio del valore della transazione si applica, infatti, purché ricorrano congiuntamente una serie di condizioni, ovvero: (a) non esistano restrizioni per la cessione o per l'utilizzazione delle merci da parte del compratore, oltre a una qualsiasi delle seguenti: (i) restrizioni imposte o richieste dalla legge o dalle autorità pubbliche nell'UE; (ii) limitazioni dell'area geografica nella quale le merci possono essere rivendute; (iii) restrizioni che non intaccano sostanzialmente il valore in dogana delle merci; (b) la vendita o il prezzo non siano subordinati a condizioni o prestazioni per le quali non possa essere determinato un valore in relazione alle merci da valutare; (c) nessuna parte dei proventi di qualsiasi rivendita, cessione o utilizzazione successiva delle merci da parte del compratore ritorni, direttamente o indirettamente, al venditore, a meno che non possa essere operato un appropriato adeguamento; (d) il compratore e il venditore non siano collegati o la relazione non abbia influenzato il prezzo.

[18] Sul piano del diritto dell'UE opera il criterio secondo cui anche il pagamento direttamente rivolto ad un terzo rispetto al venditore, viene a rilevare a fini della determinazione del valore in dogana qualora risulti effettuato a beneficio del venditore, o di un terzo collegato al venditore o anche ad un terzo quando il pagamento è finalizzato a soddisfare un obbligo del venditore (cfr. l'art. 129, comma 1, lett. d, Regolamento di esecuzione n. 2015/2447).

[19] In base al citato art. 86, comma 2, si considera "primo luogo di destinazione", il luogo che figura sulla lettera di vettura o su qualsiasi altro documento sotto la cui scorta i beni sono introdotti nello Stato membro d'importazione. In mancanza di tale indicazione, si considera primo luogo di destinazione il luogo della prima rottura di carico in detto Stato membro.

per pagamento anticipato, i ribassi e le riduzioni di prezzo concessi all'acquirente ed acquisiti nel momento in cui si effettua l'importazione. Sul piano doganale, tuttavia, il prezzo effettivamente pagato o da pagare potrebbe subire variazioni a favore dell'acquirente successivamente all'immissione in libera pratica della merce: tali variazioni possono essere prese in considerazione dalle autorità degli Stati membri qualora risulti che la merce era difettosa, che il venditore ha modificato il prezzo in forza di un obbligo contrattuale di garanzia concluso prima dell'immissione in libera pratica e che la natura difettosa delle merci non sia già stata presa in considerazione nel contratto di vendita.

Analogamente, nella LIVA viene previsto che nella base imponibile, ai fini dell'imposta dovuta sull'importazione delle merci, debbano essere inclusi, se non vi sono già compresi, le imposte, i dazi e altre tasse dovuti fuori dal territorio svizzero e per l'importazione, tranne l'IVA da riscuotere, rilevando tale ultima precisazione ad evitare una duplicazione del prelievo. Inoltre, debbono essere assoggettate a tassazione anche le spese di trasporto o di spedizione e di tutte le prestazioni connesse sino al luogo di destinazione in territorio svizzero, dove i beni devono essere trasportati al momento della nascita del debito fiscale (art. 54, cpv. 3, LIVA)[20].

In forza dell'art. 56, cpv. 1, della LIVA, il debito fiscale sorge simultaneamente all'obbligazione doganale sicché deve farsi riferimento alla disciplina doganale e, in particolare, all'art. 69 LD che distingue, in termini analoghi alla disciplina doganale dell'UE, tra obbligazione doganale che sorge fisiologicamente, ovvero a fronte della presentazione della dichiarazione in dogana e obbligazione doganale che sorge per irregolarità. L'obbligazione doganale sorge, nella prima ipotesi, nel momento in cui l'ufficio doganale accetta la dichiarazione doganale o, se l'ufficio doganale ha accettato la dichiarazione doganale prima dell'introduzione delle merci, nel momento in cui le stesse vengono condotte oltre il confine doganale. Nella seconda ipotesi, se la dichiarazione doganale è stata omessa, l'obbligazione doganale sorge nel momento in cui le merci vengono condotte oltre il confine doganale, utilizzate o consegnate per altri scopi, consegnate fuori del periodo stabilito oppure, se tali momenti non possono essere determinati, quando si accerta l'omissione; inoltre, se la dichiarazione doganale è stata omessa all'atto dell'uscita da un deposito franco doganale, l'obbligazione doganale sorge nel momento in cui le merci ne escono o, se tale momento non può essere determinato, quando si accerta l'omissione.

IV. La solidarietà nel debito fiscale

Ulteriori rilevanti profili di connessione, nell'ambito considerato, attengono al lato soggettivo passivo dell'obbligazione tributaria. A questo riguardo, nella prospettiva dell'ordinamento italiano risulta ribadito nella giurisprudenza il principio per cui l'IVA all'importazione, sulla base dell'art. 34, comma 2, TULD, nonché dell'art. 3, comma 2, del Decreto

Legislativo (D.Lgs.) n. 374/1990[21], costituendo un diritto di confine, va accertata e riscossa nel momento in cui si verifica il presupposto impositivo, costituito dall'importazione[22].

In ambito doganale unionale occorre poi richiamare la distinzione tra rappresentanza doganale diretta e rappresentanza doganale indiretta. La normativa doganale unionale contempla, infatti, la facoltà dell'importatore di farsi rappresentare presso l'autorità doganale per l'espletamento di atti e formalità previsti dalla normativa doganale, sia in via diretta, sia in via indiretta: nella prima ipotesi, il rappresentante agisce in nome e per conto di terzi, mentre nella seconda il rappresentante agisce in nome proprio e per conto altrui. Rileva inoltre il principio secondo cui la rappresentanza indiretta si estende a tutte le operazioni doganali, sicché il rappresentante, nella qualità di dichiarante, è responsabile solidalmente per il pagamento dei dazi unitamente al proprio rappresentato[23].

Quanto precede trova riconoscimento da parte della giurisprudenza della CGUE, osservandosi che la normativa unionale ha inteso fissare in modo completo, a partire dall'entrata in vigore del codice doganale, le condizioni per determinare le persone debentrici dell'obbligazione doganale[24]. Il medesimo principio rileva nel caso in cui l'obbligazione doganale venga a sorgere per effetto di un'irregolarità dell'operazione, sicché il legislatore dell'UE ha inteso definire in modo ampio le persone che possono essere riconosciute debentrici dell'obbligazione doganale, in caso d'introduzione irregolare di una merce soggetta a dazi all'importazione[25].

[21] In forza di tale previsione "i dazi, i prelievi e le altre imposizioni all'importazione ed all'esportazione previsti dai regolamenti comunitari sono accertati, liquidati e riscossi secondo le disposizioni dei regolamenti stessi nonché, ove questi rinviano alla disciplina dei singoli Stati membri o comunque non provvedano, secondo le norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e delle altre leggi in materia doganale".

[22] Cfr. Cass. del 20 luglio 2011, n. 15921, secondo cui deve riconoscersi "la competenza dell'Agenzia delle dogane nello svolgimento dei servizi relativi all'amministrazione, alla riscossione e al contenzioso dei diritti doganali; e l'IVA all'importazione è appunto un diritto di confine che deve essere accertato e riscosso nel momento in cui si verifica il presupposto impositivo (importazione)".

[23] Cfr., ad es., Cass., del 27 marzo 2013, n. 7720.

[24] CGUE, sentenza del 23 settembre 2004, causa C 414/02, *Spedition Ulustrans*, punto 39; sentenza del 3 marzo 2005, causa C 195/03, *Papismedov e a.*, punto 38.

[25] CGUE, sentenza del 17 novembre 2011, C-454/10, *Jestel*, punto 13. Sulla base del principio così enunciato, la CGUE ha ritenuto, nel caso di specie, che una persona non può essere debitore dell'obbligazione doganale, sorta per irregolarità, nei limiti in cui la sua attività sia consistita soltanto nell'intervenire nella conclusione dei contratti di compravendita delle merci, nell'incassare il corrispettivo della compravendita e, inoltre, nel comunicare i nomi e l'indirizzo degli acquirenti al fornitore di tali merci, essendo debentrici dell'obbligazione doganale le persone che hanno partecipato alle operazioni d'introduzione irregolare delle merci nel territorio dell'UE sapendo o dovendo secondo ragione sapere che tale introduzione era irregolare. Rileva pertanto la CGUE che la qualifica di debitore, ai sensi di tale disposizione, è subordinata al ricorrere di due condizioni, delle quali la prima, cioè la partecipazione a tale introduzione, è oggettiva, e la seconda, cioè che le persone abbiano partecipato consapevolmente all'operazione di introduzione irregolare, è soggettiva.

[20] Inoltre, se il luogo suddetto è sconosciuto, vale come luogo di destinazione quello in cui il bene viene scaricato sul territorio svizzero dopo la nascita del debito fiscale.

Nella prospettiva elvetica, l'art. 70, cpv. 2, LD prevede che sia debitore doganale chiunque trasporta o fa trasportare merci attraverso il confine doganale, chiunque sia tenuto a presentare la dichiarazione doganale o è incaricato di presentarla e la persona per conto della quale la merce è importata o esportata. Inoltre, il cpv. 3 del medesimo articolo stabilisce che debitori doganali rispondono solidalmente dell'obbligazione doganale[26].

Sulla base di quanto precede, l'art. 51, cpv. 1, LIVA stabilisce, in materia di imposta sull'importazione, che sia assoggettato all'imposta chi è debitore doganale secondo il predetto art. 70, cpvv. 2 e 3 LD. Mediante tale richiamo alla disciplina doganale, l'IVA in dogana diviene dovuta, a titolo solidale, da chi presenta la dichiarazione in dogana e dal soggetto per conto del quale la merce viene importata.

La medesima estensione viene operata, nella prospettiva del diritto italiano, muovendo dalla premessa che in forza della disciplina contenuta nel codice doganale l'obbligo fiscale è a carico del dichiarante e, in caso di rappresentanza indiretta, della persona per conto della quale è presentata la dichiarazione in dogana[27]. L'estensione all'IVA all'importazione della disciplina doganale in tema di profili soggettivi dell'obbligazione viene avallata dalla giurisprudenza sulla base del richiamo alla normativa interna[28] e facendo riferimento all'art. 38 TULD che, a sua volta, rinvia all'art. 56 del medesimo testo normativo[29]. Viene dalla giurisprudenza rilevato che il

[26] Si vedano però, in base al cpv. 4 del citato art. 70 LD, i casi in cui non rispondono solidalmente le persone che allestiscono professionalmente dichiarazioni doganali. Va peraltro evidenziato che in base all'art. 51, cpv. 2, LIVA la "responsabilità solidale secondo l'articolo 70 capoverso 3 LD delle persone che allestiscono a titolo professionale dichiarazioni doganali (art. 109 LD) decade se: (a) l'importatore ha diritto alla deduzione dell'imposta precedente (art. 28); (b) il debito fiscale è addebitato all'importatore sul conto della procedura accentrata di conteggio dell'AFD (PCD); e (c) l'importatore ha conferito un mandato di rappresentanza diretta alla persona che allestisce a titolo professionale dichiarazioni doganali".

[27] Cfr., in questo senso, Cass., del 5 agosto 2016, n. 16463. Tale principio appare di ricorrente affermazione nella giurisprudenza della Suprema Corte. Non mancano, tuttavia, orientamenti diversi, assunti dalla giurisprudenza di merito. Cfr., ad es., Comm. trib. reg. Milano, (Lombardia) sez. IX, del 20 luglio 2017, n. 3288, secondo cui lo spedizioniere doganale indiretto (che agisca, quindi, in rappresentanza indiretta del soggetto importatore italiano) non è tenuto al pagamento dell'IVA all'importazione in considerazione del fatto che l'IVA, sebbene assimilata ai dazi doganali ai sensi dell'art. 34 TULD, è equiparata agli stessi ai soli fini della disciplina sanzionatoria, ma rappresenta pur sempre un tributo interno, per cui la responsabilità solidale dello spedizioniere doganale prevista dal codice doganale esclusivamente per i dazi doganali, non appare applicabile all'IVA all'importazione.

[28] In questa direzione si veda l'art. 201 Direttiva n. 2006/112/CE, secondo cui "all'importazione l'IVA è dovuta dalla o dalle persone designate o riconosciute come debitrice dallo Stato membro d'importazione".

[29] Secondo tale previsione "al pagamento dell'imposta doganale sono obbligati il proprietario della merce, a norma dell'art. 56, e, solidalmente, tutti coloro per conto dei quali la merce è stata importata od esportata. Per il soddisfacimento dell'imposta, lo Stato, oltre ai privilegi stabiliti dalla legge, ha il diritto di ritenzione sulle merci che sono oggetto dell'imposta stessa. Il diritto di ritenzione può essere esercitato anche per il soddisfacimento di ogni altro credito dello Stato inerente alle merci oggetto di operazioni doganali". Va notato che detto art. 56, nella sua attuale formulazione, stabilisce che "ogni operazione doganale deve essere preceduta da una dichiarazione in dogana da rendersi ai sensi dell'articolo 64 del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992". Nella sua formulazione già vigente, esso prevedeva che "ogni operazione doganale deve essere preceduta da una dichiarazione da farsi dal proprietario della merce, nelle forme indicate nell'art. 57. È considerato proprietario della merce

presupposto dell'obbligazione doganale risulta costituito dalla relazione di fatto, rappresentata dalla mera detenzione della merce, mentre il proprietario viene in considerazione al solo fine di consentire all'amministrazione di ampliare l'area dei soggetti obbligati ed accertare eventuali violazioni di carattere penale[30]. Viene, inoltre, ritenuta sussistere una *fictio iuris*, sicché la nozione di proprietario ai fini dell'individuazione dei soggetti passivi dell'obbligazione doganale, risulta non coincidere con quella civilistica, nel senso che si considera tal fine proprietario il presentatore della merce in dogana o il detentore di essa nei momenti dell'entrata o dell'uscita dal territorio doganale[31]. A ciò consegue che il dichiarante in dogana sia tenuto in via principale al pagamento dell'imposta, assumendo in virtù della presentazione o detenzione della merce la qualità di soggetto passivo dell'obbligazione doganale, indipendentemente dall'esistenza di un suo diritto sulla merce legittimante un autonomo potere di disposizione[32].

V. Rilievi conclusivi

La rilevata connessione tra disciplina doganale e IVA all'importazione evidenzia una sostanziale analogia tra normativa elvetica e normativa italiana, per quest'ultima di diretta ispirazione unionale. In entrambe le prospettive il nucleo caratterizzante della disciplina dell'IVA di dogana assume spiccata specificità, se non proprio un apprezzabile grado di autonomia rispetto alla disciplina dell'IVA ordinaria. Tale connessione risulta legata anche alla necessità di trattare in modo uniforme la fiscalità di confine, che muove, nella sua essenziale caratterizzazione, dal fatto giuridico ed economico dell'ingresso nel territorio dello Stato di beni provenienti dall'estero e dalla loro oggettiva valorizzazione in funzione del prelievo fiscale. La disamina condotta nel presente scritto evidenzia pertanto come i due ordinamenti, alla luce di una comparazione nei relativi tratti essenziali, adottano soluzioni sotto diversi profili del tutto convergenti.

colui che la presenta in dogana ovvero che la detiene al momento dell'entrata nel territorio doganale o dell'uscita dal territorio stesso. Rimane salvo, in ogni caso, il diritto della dogana di accertare, ad ogni effetto del presente testo unico, chi abbia la proprietà della merce, oggetto delle operazioni doganali". Con riferimento a tale previsione già vigente cfr. Cass., del 29 gennaio 1998, n. 907, secondo cui soggetti passivi dell'obbligazione doganale sono il proprietario della merce e tutti coloro per conto dei quali la merce è importata o esportata.

[30] Si veda Cass., del 5 marzo 1980, n. 1481.

[31] Cfr. in tal senso anche Cass., dell'8 gennaio 2004, n. 85. Si precisa peraltro in tale pronuncia che la *fictio iuris* non scalfisce il principio che il proprietario effettivo della merce assume e conserva, in ogni caso, la veste di soggetto passivo dell'obbligazione doganale, nonostante la sua qualità di proprietario non risulti dalla dichiarazione resa in dogana.

[32] Cfr. Cass., del 7 maggio 1997, n. 3977, dove si osserva come la posizione del dichiarante in dogana non muta anche se abbia dichiarato la propria veste di rappresentante ed indicato l'effettivo proprietario.

Finanza sostenibile: opportunità, rischi e nuove tendenze

Stato dirigista oppure richiesta del mercato?



Filippo Recalcati

Avvocato, Responsabile dell'Ufficio regionale dell'Associazione svizzera di gestori patrimoniali (ASG), Lugano

Disclaimer: l'autore si esprime a titolo personale



Barbara Vanacore Carulli

Partner BV&Compliance sagl, MsEc, Specialista in Compliance

La revisione del diritto societario ci sta portando anche nella direzione di una finanza più sostenibile? Nuove esigenze in merito alla rappresentanza di ambo i sessi negli organi societari, nuove politiche di retribuzione unite alle nuove linee guida sulla sostenibilità nel settore finanziario stanno trasformando il panorama normativo di riferimento anche per gli intermediari finanziari. Il Consiglio federale ha pubblicato il proprio rapporto sulla "Sostenibilità nel settore finanziario svizzero" senza per altro stabilire dei progetti concreti di regolamentazione. Dal canto loro le principali associazioni di categoria hanno pubblicato linee guida e raccomandazioni sul tema. In un mondo finanziario già particolarmente regolamentato, al punto che si è più volte sentito parlare di "sovra-regolamentazione", vi è da chiedersi se la piazza finanziaria necessiti di ulteriori norme e regole. Cerchiamo di percorrere insieme le dimensioni, le caratteristiche e le tendenze della regolamentazione in ambito di finanza sostenibile per cercare di comprendere le possibili future evoluzioni e gli impatti sugli intermediari finanziari.

I. Introduzione	49
II. Una lunga storia	50
III. La finanza sostenibile	51
IV. Gli approcci alla finanza sostenibile	52
A. L'esclusione di titoli dall'universo investibile.....	52
B. Lo screening normativo (norms-based screening).....	52
C. L'azionariato attivo (engagement and voting on sustainability matters)	52
D. L'integrazione ESG (Integration of ESG factors in financial analysis).....	53
E. La selezione di titoli "best-in-class" ("best-in-class" investment selection).....	53
F. Gli investimenti a tema sostenibile (sustainability themed investments)	53
G. L'investimento a impatto positivo ("Impact investing")..	53
V. Finanza sostenibile o greenwashing?	53
VI. Un breve riassunto delle iniziative internazionali	53
A. ONU.....	53
B. UE.....	54

VII. Iniziative a livello nazionale	54
A. Consiglio federale.....	54
1. Misura 1: Introduzione di un sistema di tassonomia	55
2. Misura 2: Introduzione di un label "attività sostenibile".....	55
3. Misura 3: Potenziamento della formazione di base e formazione continua	55
4. Misura 4: Pubblicazione sistematica di informazioni sull'incidenza dei prodotti finanziari sul clima e l'ambiente.....	55
5. Misura 5: Presa in conto dei rischi climatici e ambientali nell'ambito dell'attività di consulenza.....	56
6. Misura 6: Verifica delle direttive di investimento della previdenza professionale	56
7. Misura 7: Esigenze di trasparenza per gli investitori istituzionali.....	56
8. Misura 8: Rafforzamento della sicurezza del diritto in relazione agli obblighi nell'ambito di attività fiduciarie	56
9. Misura 9: Controllo regolare dei rischi legati al cambiamento climatico	56
10. Misura 10: Esigenze in materia di fondi propri	56
11. Misura 11: Emissione di obbligazioni verdi e altre attività sul mercato dei capitali.....	56
12. Misura 12: Promozione della piazza economica.....	56
13. Misura 13: aspetti fiscali nel settore finanziario	56
14. Prossimi passi.....	56
B. FINMA	58
C. ASB	59
1. Panoramica	59
2. Guida per l'integrazione dei fattori.....	59
D. SFAMA	59
VIII. Conclusioni	60

I. Introduzione

Il 24 giugno 2020 il Consiglio federale ha adottato il rapporto sulla sostenibilità nel settore finanziario^[1], pubblicando

[1] Consiglio federale, Sostenibilità nel settore finanziario svizzero, Analisi sistematica e posizionamento incentrati su aspetti ambientali, Rapporto del 24 giugno 2020, in: <https://www.news.admin.ch/news/message/>

contestualmente delle linee guida^[2]. L'obiettivo dichiarato dal Consiglio federale è "quello di assicurare alla piazza finanziaria svizzera una posizione preminente nell'offerta di servizi finanziari sostenibili. A tale scopo, il Consiglio federale intende strutturare le condizioni quadro in modo tale da migliorare la competitività della piazza finanziaria svizzera e consentire al settore finanziario di contribuire efficacemente alla sostenibilità"^[3].

La pubblicazione di questo primo rapporto fa seguito ad alcune iniziative che il Consiglio federale ha intrapreso negli anni recenti. Si è anche assistito ad un'accelerazione negli ultimi mesi con progetti e pubblicazioni nell'ambito della finanza sostenibile. Secondo alcuni la crisi epidemiologica del Covid-19 ha contribuito in modo determinante a questa accelerazione.

Il contenuto del presente contributo ha dovuto continuamente essere aggiornato in funzione del susseguirsi di pubblicazioni ed iniziative sia a livello nazionale che internazionale. Per evitare di procrastinare ulteriormente la pubblicazione, abbiamo deciso di aggiornare il contributo con la pubblicazione del Consiglio federale del 11 dicembre 2020, con il quale l'esecutivo federale "concretizza le proposte per una piazza finanziaria svizzera sostenibile"^[4].

Ricordiamo che già nel corso della seduta del 26 giugno 2019, il Consiglio federale aveva affrontato il tema di una piazza finanziaria svizzera sostenibile, intravedendo grandi opportunità in termini di innovazione e competitività, istituendo quindi un gruppo di lavoro^[5] incaricato di chiarire diversi aspetti.

Nel quadro della discussione su un mercato finanziario sostenibile, la Svizzera ha assunto impegni internazionali nell'ambito dell'Accordo di Parigi sul clima e dell'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile.

Il 4 marzo 2020, la Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI) annunciava che la Svizzera aveva aderito alla piattaforma internazionale sulla finanza sostenibile ("International Platform on Sustainable Finance" [IPSF])^[6].

[attachments/61904.pdf](#) (consultato il 18.01.2021).

^[2] Consiglio federale, Linee guida per una finanza sostenibile, in: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/61908.pdf> (consultato il 18.01.2021).

^[3] Consiglio federale, La Svizzera deve assumere un ruolo di spicco nell'offerta di servizi finanziari sostenibili, Comunicato stampa, Berna, 26 giugno 2020, in: <https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilung.msg-id-79606.html> (consultato il 18.01.2021).

^[4] Consiglio federale, Il Consiglio federale concretizza le proposte per una piazza finanziaria svizzera sostenibile, Comunicato stampa, Berna, 11 dicembre 2020, in: <https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilung.msg-id-81571.html> (consultato il 18.01.2021).

^[5] Guidato dalla SFI, in stretta collaborazione con l'Ufficio federale dell'ambiente (UFAM) e altre autorità interessate.

^[6] Il Forum multilaterale si prefigge l'obiettivo di rafforzare il coordinamento internazionale e di facilitare lo scambio di informazioni a favore di una finanza ecologicamente sostenibile. In data 15 settembre 2020 oltre ai Paesi dell'Unione europea (UE), hanno aderito alla piattaforma, Argentina, Canada, Cile, Cina,

Con questo contributo verrà tracciato un breve riassunto di quanto è stato fatto sino ad ora, sia a livello internazionale che nazionale, delle iniziative in corso e, infine, concentrarci su alcuni elementi che un intermediario finanziario (sia esso un gestore patrimoniale, una banca o un *asset manager*) dovrebbe tenere in considerazione al fine di affrontare il tema della sostenibilità degli investimenti ed i conseguenti rischi in caso di non conformità.

II. Una lunga storia...

La finanza responsabile è sempre esistita e molti azionisti già in passato hanno cercato di avvalersi del proprio potere per esercitare, attraverso il settore finanziario, la loro influenza sociale e sostenibile. Uno degli esempi più eclatanti si è avuto inizio alla fine degli anni Cinquanta^[7], quando alcuni investitori hanno esercitato la propria influenza e hanno ostracizzato l'erogazione di finanziamenti delle compagnie sudafricane, contribuendo alla fine del regime dell'*Apartheid*.

L'interesse degli investitori responsabili ha riguardato svariate questioni sociali nel corso degli ultimi anni:

- *anni Sessanta*: gli investitori hanno boicottato le società che fornivano le armi per la guerra in Vietnam. Nei Paesi più poveri del mondo o con economie emergenti furono istituite banche per lo sviluppo comunitario, che hanno portato alla sottoscrizione del *Civil Right Act* e del *Voting Rights Act*;
- *anni Settanta*: gli investitori dimostrarono le proprie perplessità rispetto la condotta delle multinazionali e la questione della sostenibilità ambientale iniziò ad acquisire sempre maggior importanza;
- *anni Ottanta*: furono istituiti i primi fondi comuni socialmente responsabili. Nuove preoccupazioni vennero alla ribalta, tra cui quelle riguardo l'uso e i rischi dell'energia nucleare.

Gli investimenti socialmente responsabili godono ora di una sempre crescente popolarità grazie ad investitori e organi di governo sempre più coinvolti e partecipi nel perseguire un comportamento maggiormente etico. "L'era del consumo senza conseguenze è finita"^[8], così si può riassumere in una frase la sostenibilità in ambito finanziario.

Un altro sintomatico caso ha coinvolto la società statunitense "Sturm, Ruger & Company, Inc."^[9]: un gruppo di pressione, che includeva anche le "Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary of Marylhurst"^[10], Oregon, acquistò delle azioni della società Ruger sperando di influenzare la politica della società. Grazie all'appoggio dell'*asset manager* BlackRock, maggior investitore

India, Kenya, Indonesia, Marocco, Nuova Zelanda, Norvegia, Senegal, Singapore e Svizzera. I 14 membri rappresentano il 50% delle emissioni di gas serra, il 50% della popolazione mondiale e il 45% del prodotto interno lordo (PIL) globale.

^[7] Il 26 giugno 1959, un Gruppo di esuli sudafricani e loro sostenitori britannici invitarono i cittadini britannici a boicottare frutta, sigarette e altri beni importati dal Sud Africa.

^[8] BAN KI-MOON, Segretario generale delle Nazioni Unite, New York, 22 aprile 2016.

^[9] Si veda: <https://www.ruger.com/index.html> (consultato il 18.01.2021).

^[10] Si veda: <https://www.snjmusontario.org> (consultato il 18.01.2021).

di Ruger, un piccolo azionista di minoranza è stato in grado di influenzare in modo decisivo il voto degli azionisti[11].

III. La finanza sostenibile

Prima di avviare qualsiasi discussione del tema della finanza sostenibile o di procedere ad esaminare un tema tanto attuale quanto emozionale come quello della finanza sostenibile, è necessario chiarire di cosa stiamo parlando. Cosa è la finanza sostenibile?

Spesso la sostenibilità viene associata all'ambiente o in modo semplicistico, ai cambiamenti climatici. Si tratta sicuramente di un problema attuale, urgente e fondamentale che copre però solo un aspetto del tema generale della sostenibilità. Parlare di sostenibilità significa fare riferimento ad un ventaglio di aspetti che coinvolgono temi ambientali, sociali e di *governance*. La finanza sostenibile consiste, quindi, nel tenere in considerazione tali aspetti nelle proprie scelte di investimento scegliendo su quali *assets* investire, non solo in base ai possibili profitti, ma adottando un approccio olistico.

Ciò che caratterizza la finanza sostenibile è la scelta consapevole di investire in una società o fondo di investimento considerato attento alle questioni sociali. Ovviamente, trattandosi di finanza e di investimenti, l'obiettivo resta quello di realizzare profitti non solo nel breve termine, ma in una prospettiva di crescita sostenibile che possa creare valore anche nel lungo termine.

Come noto, ESG sta per *Environmental, Social and Governance* (ambiente, aspetti sociali e di *governance*): si tratta di fattori affermatasi nel settore finanziario come base per giudicare la sostenibilità degli investimenti, nonché i rischi degli investimenti finanziari:

- E come *Environment* ("ambiente"): contributo ai cambiamenti climatici, come ad es. impronta ecologica ed emissioni di CO₂[12], gestione di risorse naturali come l'acqua e la biodiversità e impatto sulle stesse, i rifiuti e l'inquinamento, la creazione di possibilità e le opportunità in relazione all'ambiente, come ad es. le tecnologie pulite e le energie rinnovabili;
- G come *Governance* ("gestione aziendale"): elementi di una solida *governance* aziendale[13], come ad es. la

composizione del Consiglio di Amministrazione (CdA) e della Direzione, i compensi e l'assetto proprietario, la conduzione aziendale ad es. per quanto riguarda l'etica, la trasparenza e la lotta contro la corruzione;

- S come *Social* ("sociale"): capitale umano, come ad es. sicurezza, salute e formazione continua dei dipendenti, responsabilità per il prodotto, come ad es. sicurezza del prodotto e dei dati; possibilità e opportunità nella sfera sociale.

L'idea di base è che l'integrazione dei criteri ESG possa migliorare il profilo rischio/rendimento delle aziende e dei portafogli degli investitori attraverso la considerazione e valorizzazione di aspetti quali: il rispetto dei soggetti più deboli, esclusi dai servizi finanziari; il rispetto dei diritti umani e del lavoro; la trasparenza nei confronti di tutti i detentori di interesse; l'adozione di forme di *governance* e partecipazione più ampie, la limitazione l'asimmetria informativa tra chi offre un prodotto e chi lo acquista; l'adozione di corretti comportamenti in ambito fiscale e con riferimento alle retribuzioni dei dirigenti.

In generale si tratta di abbandonare un modello aziendale che ragiona unicamente su orizzonti di brevissimo periodo, sulla speculazione e sulla ricerca del massimo profitto nel minore tempo possibile (il motore che spinge le imprese a ridurre costantemente i costi e a trascurare ogni considerazione che non sia la massimizzazione a breve termine del valore delle proprie azioni) in favore di un modello ampio di sostenibilità. Si tratta di passare dall'attuale modello di "*shareholdersinterest*" (imprese che lavorano nell'interesse esclusivo degli azionisti) allo "*stakeholdersinterest*" (che valuta le ricadute per tutti i portatori di valore).

Le numerose e recenti ricerche e pubblicazioni in tale ambito confermano che i criteri ESG sono caratteri distintivi della qualità di un'azienda nel lungo periodo[14]. Le imprese che tengono adeguatamente in considerazione gli aspetti ESG sono in generale meglio gestite, più sostenibili ed orientate al futuro. Le imprese con valori ESG elevati sono meglio attrezzate per affrontare le crisi e raggiungono in media performance migliori delle loro concorrenti.

Secondo i dati pubblicati dalla *Swiss Sustainable Finance*[15], relativi ad uno studio svolto in collaborazione con il *Center for Sustainable Finance and Private Wealth* (CSP) dell'Università di Zurigo, nel 2019 il mercato degli investimenti sostenibili ha avuto una notevole crescita rispetto all'anno precedente, attestandosi a 1'163 mia. di franchi. Lo schema seguente testimonia in modo inequivocabile la crescita quasi esponenziale degli ultimi due anni, con una crescita pari al 147%.

[ch/opc/it/federal-gazette/2020/4987.pdf](https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2020/4987.pdf) (consultato il 18.01.2021).

[14] Citiamo tra tutti il primo rapporto, MATTEO CAVALLITO/EMANUELE ISONIO/MAURO MEGGIOLARO, La finanza etica e sostenibile in Europa, in: https://www.sustainablefinance.ch/upload/rm/la-finanza-etica-e-sostenibile-in-europa-it.pdf?_id=1539076190000 (consultato il 18.01.2021).

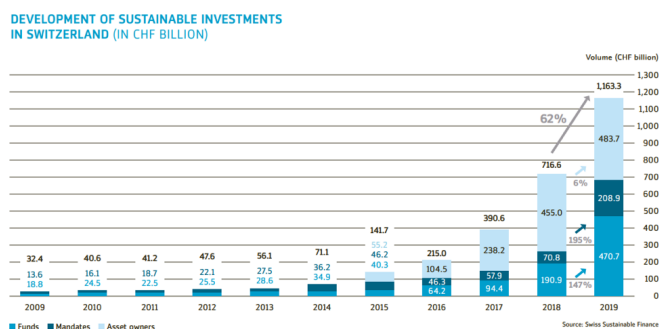
[15] Si veda: https://www.sustainablefinance.ch/upload/cms/user/2020_06_08_SSF_Swiss_Sustainable_Investment_Market_Study_2020_E_final_Screen.pdf (consultato il 18.01.2021).

[11] Notizia riportata dal NY Times, in: <https://www.nytimes.com/2018/05/09/business/sturm-ruger-shareholders-activists.html> (consultato il 18.01.2021) e in: <https://www.globalsistersreport.org/column/ministry-trends/holding-companies-responsible-55222> (consultato il 18.01.2021).

[12] Il 25 settembre 2020, il Parlamento svizzero ha adottato la Legge federale sulla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra (cfr. <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2020/6901.pdf> [consultato il 18.01.2021]). Contro la Legge è già stato lanciato il referendum; cfr. <https://restare-ragionevoli.ch> (consultato il 18.01.2021). Secondo quanto affermato dall'UDC il referendum sarebbe riuscito, essendo state raccolte 111'000 sottoscrizioni (si veda: <https://it.udc.ch/attualita/artikel/comunicati-stampa/il-popolo-avra-lultima-parola-sulla-fallimentare-legge-sul-co2> [consultato il 18.01.2021]).

[13] Si veda al riguardo la recente revisione del diritto della società anonima e, in particolare, le norme relative alle retribuzioni (art. 733 ss. del Codice delle obbligazioni [CO; RS 220]) e sulla rappresentanza dei sessi nel CdA e nella Direzione (art. 734f ss. CO), per le società quotate in borsa; cfr. <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2020/4987.pdf> (consultato il 18.01.2021).

Figura 1: Sviluppo degli investimenti sostenibili in Svizzera



IV. Gli approcci alla finanza sostenibile

Il concetto ESG si è ormai affermato nel settore finanziario come il criterio per la valutazione della sostenibilità degli investimenti. L'investimento sostenibile e responsabile (*Sustainable and Responsible Investment* [SRI]) è un approccio caratterizzato da un orientamento di lungo periodo che integra i fattori ambientali, sociali e di *governance* (*enviroment, social, governance* [ESG]) nel processo di ricerca, analisi e selezione dei titoli che compongono il portafoglio degli investimenti.

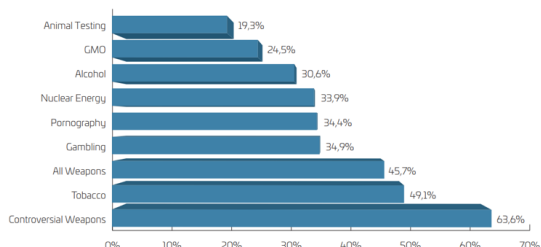
Ad oggi le principali strategie per la gestione e selezione degli investimenti sostenibili sono le seguenti.

A. L'esclusione di titoli dall'universo investibile

La strategia prevede l'esclusione a priori o a posteriori di un settore produttivo o di una azienda il cui *business* risulta incompatibile con i criteri ESG o con gli *standard* normativi internazionali. Il processo di esclusione include tipicamente la valutazione sull'ammontare dei ricavi o degli altri profitti aziendali generato dal prodotto che viene escluso. Questa strategia ha visto negli anni una crescita esponenziale. I settori più comunemente esclusi sono quello degli armamenti e successivamente, per volume di disinvestimento, il tabacco, l'energia nucleare, la pornografia, il gioco d'azzardo, l'alcol e i test sugli animali[16].

Figura 2: Principali criteri di esclusione dei titoli di società

Figure 14: Top Exclusions Criteria



Il tema dell'esclusione dei titoli di società che svolgono alla base un'attività lecita solleva però alcune perplessità. Molti

[16] European SRI Study 2018, in: <http://www.eurosif.org/wp-content/uploads/2018/11/European-SRI-2018-Study.pdf> (consultato il 18.01.2021), p. 24.

Stati utilizzano ancora ampiamente le centrali nucleari per produrre energia elettrica oppure investono o spendono miliardi in armamenti. Fintanto che il legislatore non regolamenterà o proibirà alcune attività, l'esclusione dall'universo investibile di alcuni titoli, in assenza di una ragione economica, potrebbe fa nascere un dilemma giuridico.

B. Lo screening normativo (norms-based screening)

In base a questa strategia gli investimenti sono sottoposti a *screening* con l'obiettivo di valutare la compatibilità delle imprese con gli *standard* minimi di *business practice* basati sulle normative internazionali di riferimento. La strategia si orienta secondo due direzioni:

- 1) definire l'universo investibile in base alla normativa internazionale relativa agli investimenti responsabili e alle tematiche ESG;
- 2) individuare all'interno del portafoglio quelle imprese che operano in contrasto con le norme di riferimento scegliendo quindi di agire secondo due possibili opzioni: l'*engagement*, con l'obiettivo di indurre l'impresa stessa ad adeguarsi cambiando comportamento, o l'esclusione del titolo dal portafoglio.

C. L'azionariato attivo (engagement and voting on sustainability matters)

L'azionariato attivo[17] interessa in Europa investimenti complessivi per 4'270 miliardi (+30% rispetto al 2013), una cifra che vale il terzo posto nella graduatoria delle strategie più diffuse secondo i dati EUROSIF. Le motivazioni di scelta di questa strategia sono diverse: massimizzare i rendimenti ponderati per il rischio, migliorare la condotta del *business*, sottoporre all'attenzione questioni etiche o morali e contribuire allo sviluppo sostenibile. Molti investitori giudicano l'*engagement* come un dovere nei confronti dei loro beneficiari. Questa prassi trova anche un sostegno a livello normativo: nell'aprile 2017 il Consiglio europeo ha approvato la "*Shareholders Rights Directive* (SRD)"[18], una norma che rafforza il coinvolgimento degli azionisti nelle grandi aziende europee. La Direttiva aggiorna le linee guida fissate nella precedente versione (*Shareholders' Rights Directive 2007/36/EC*) alla luce dell'esperienza della crisi finanziaria che ha evidenziato come gli stessi azionisti si siano trovati troppo spesso a tollerare le strategie più rischiose decise da un *management* eccessivamente focalizzato sui rendimenti di breve periodo piuttosto che su una visione di lungo termine. La nuova Direttiva prevede requisiti specifici per incoraggiare l'impegno degli azionisti

[17] Il termine "azionariato attivo" (tradotto letteralmente dall'inglese "*shareholder activism*" o "*active ownership*") identifica l'attività di dialogo investitore/impresa connessa ai diritti di voto in assemblea. L'azionariato attivo rappresenta una fase del più ampio processo di relazione e dialogo strutturato tra investitore ed impresa partecipata, identificato con il termine "*engagement*" (si veda la definizione: Strategie SRI – *Engagement*), cfr. <https://www.borsaitalia-na.it/borsa/glossario/azionariato-attivo.html> (consultato il 18.01.2021).

[18] Direttiva UE n. 2017/828, del 17 maggio 2017, che modifica la Direttiva n. 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti, in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0828> (consultato il 18.01.2021).

e incrementare la trasparenza. Tali requisiti si applicano alle seguenti aree:

- remunerazione dei *manager*;
- identificazione degli azionisti;
- facilitazione dell'esercizio dei diritti degli azionisti;
- trasmissione delle informazioni;
- trasparenza sull'attività degli investitori istituzionali, degli *asset manager* e dei consulenti;
- *related party transactions*, ovvero le transazioni e gli accordi che intervengono tra due parti caratterizzate da un qualche legame o rapporto d'affari precedente all'operazione.

D. L'integrazione ESG (Integration of ESG factors in financial analysis)

La ESG *integration* consiste nell'"*inclusione esplicita e sistematica da parte dei manager dei fattori ESG nell'analisi finanziaria tradizionale*". Questa strategia, pur essendo molto popolare, presenta però come difficoltà la valutazione delle pratiche di integrazione a causa della mancanza di chiarezza nel perimetro dell'integrazione dei fattori ESG che cambia a seconda del Paese e del gestore patrimoniale.

E. La selezione di titoli "best-in-class" ("best-in-class" investment selection)

È la strategia utilizzata dagli investitori che selezionano le imprese capaci di ottenere i migliori punteggi in termini ESG all'interno del loro comparto economico. La strategia può essere applicata a tutti i settori, anche a quelli controversi. Un fondo *Sustainable and Responsible Investment* (SRI), ad es., può agire in base a criteri che gli consentono di investire nel settore gas e petrolio, ma limitatamente a quelle compagnie che si definiscono "*best-in-class*", ovvero le migliori della categoria sulla base dei risultati emersi nello *screening* ESG.

F. Gli investimenti a tema sostenibile (sustainability themed investments)

La strategia consiste nella scelta di aree di investimento che sono strettamente correlate con lo "sviluppo sostenibile" applicato ai fattori ESG con particolare accento sulle tematiche ambientali. In tale strategia è determinante l'impegno degli investitori che cercano di evidenziare come la finanza possa reindirizzare i capitali e contribuire a spingere la transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio. Gli operatori europei, in particolare, avrebbero puntato molto sul finanziamento dei progetti legati all'efficienza energetica e all'energia rinnovabile. In questa categoria di investimenti rientra anche il fenomeno dei *green bonds*.

G. L'investimento a impatto positivo ("Impact investing")

È la strategia che consiste nell'implementazione di investimenti che si ritiene possano avere un impatto positivo sullo sviluppo sostenibile e consiste in ogni attività di investimento *for profit* che genera intenzionalmente benefici misurabili per la società. Gli elementi chiave della strategia sono: la correlazione tra l'impatto e il rendimento finanziario; la volontarietà dell'impatto sociale; la misurabilità dell'impatto

sociale; la necessità dell'investimento di generare un beneficio per la società[19].

V. Finanza sostenibile o greenwashing?

Recentemente l'espansione degli investimenti responsabili si è accompagnata al termine di "*greenwashing*" che comprende, in generale, le pratiche di comunicazione e le stesse strategie di *business* che conducono alla costruzione di un'immagine aziendale ingannevolmente positiva sotto l'impatto ambientale. Negli ultimi anni la sostenibilità è diventata di moda e il rischio di *washing* è molto diffuso.

L'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA)[20] affronta i rischi derivanti dalle cd. pratiche di *greenwashing* nell'erogazione di servizi finanziari e nella distribuzione di prodotti finanziari. I clienti non devono essere ingannati con promesse insostenibili o fuorvianti sull'uso dell'etichetta "*green*", ad es. nell'ambito dei prodotti d'investimento oppure nelle pratiche degli intermediari finanziari che promettono di impegnarsi nella riduzione dei propri impatti ambientali diretti, ma non guardano a quelli ben più pesanti legati ad es. ai loro finanziamenti. Così sarebbe sostenibile l'intermediario finanziario che utilizza lampadine a basso consumo o usa carta riciclata, anche se continua a finanziare pesantemente i combustibili fossili. Stesso discorso per le strategie di esclusione: l'applicazione di un solo criterio discriminante per l'eliminazione di una categoria di imprese dal portafoglio è sufficiente a definire responsabili gli investimenti realizzati. Un portafoglio che escluda intenzionalmente le aziende produttrici di armi includendo tutte le altre, comprese quelle che non rispettano l'ambiente o i diritti umani può essere definito "responsabile". Si tratta di un evidente paradosso.

Tra le misure adottate dal Consiglio federale nella seduta del 11 dicembre 2020 vi è anche quella secondo la quale entro l'autunno del 2021, la SFI dovrà presentare al Consiglio federale eventuali proposte di modifica del diritto dei mercati finanziari volte ad evitare le attività ecosostenibili di facciata (cd. *greenwashing*). In questo contesto si dovrà tenere conto degli sviluppi internazionali, in particolare nell'UE, per garantire l'esportabilità dei prodotti finanziari svizzeri.

VI. Un breve riassunto delle iniziative internazionali

A. ONU

In occasione della Conferenza sul clima tenutasi a fine 2015 a Parigi è stato raggiunto e pubblicato un nuovo accordo sul clima, il cd. Accordo di Parigi[21]. Tale Accordo persegue

[19] Si veda al riguardo ad es. "The Investor's Guide to Impact", in: https://www.csp.uzh.ch/dam/jcr:ab4d648c-92cd-4b6d-8fc8-5bc527b0c4d9/CSP_Investors%20Guide%20to%20Impact_21_10_2020_spreads.pdf (consultato il 18.01.2021).

[20] FINMA, Sostenibilità finanziaria e rischi climatici, in: <https://www.finma.ch/it/documentazione/dossier/dossier-green-finance/sustainable-finance-und-klimarisiken> (consultato il 18.01.2021).

[21] Per maggiori informazioni e dettagli sulla conferenza si rimanda al sito della Conferenza <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> (consultato il 18.01.2021). Il testo dell'Accordo è consultabile al seguente link: https://unfccc.int/files/essential_background/

l'obiettivo di limitare ben al di sotto dei 2 gradi *Celsius* il riscaldamento medio globale rispetto al periodo preindustriale, puntando a un aumento massimo della temperatura pari a 1,5 gradi *Celsius*. Inoltre, mira a orientare i flussi finanziari privati e statali verso uno sviluppo a basse emissioni di gas serra e a migliorare la capacità di adattamento ai cambiamenti climatici (art. 2 dell'Accordo).

Attualmente 189 Stati sui 197 hanno ratificato l'Accordo[22]. Ha già fatto scalpore l'annuncio degli Stati Uniti d'America (USA) di voler uscire dall'Accordo e l'annunciato dietro *front* del neo Presidente eletto nel mese di novembre 2020 Joe Biden[23].

Le Nazioni Unite avevano inoltre in precedenza approvato l'Agenda 2030, fissando 17 ambiziosi obiettivi di sviluppo sostenibile. L'Agenda 2030 si prefigge lo scopo di contribuire ad uno sviluppo economico sostenibile, promuovere il benessere dell'umanità e tutelare l'ambiente[24].

B. UE

Nel corso del mese di dicembre del 2016, la Commissione europea ha costituito un gruppo di esperti (*High-Level Expert Group on Sustainable Finance* [HLEG]) con il compito di elaborare delle raccomandazioni sullo sviluppo della finanza sostenibile. Sulla base delle raccomandazioni del gruppo di esperti, a marzo 2018, la Commissione europea ha pubblicato il Piano d'Azione per finanziare la crescita sostenibile (*Action Plan Financing Sustainable Growth*)[25], identificando 10 azioni[26]:

- Azione 1: istituire un sistema unificato a livello dell'UE di classificazione delle attività sostenibili ("tassonomia" europea per la finanza sostenibile);
- Azione 2: creare norme e marchi per i prodotti finanziari sostenibili (certificazioni di qualità per i *green bond*);
- Azione 3: promuovere gli investimenti in progetti sostenibili (ad es. investimenti nelle reti di trasporto sostenibili);
- Azione 4: integrare la sostenibilità nella consulenza finanziaria (con modifiche alle Direttive MiFID II e IDD e

[convention/application/pdf/french_paris_agreement.pdf](#) (consultato il 18.01.2021).

[22] Stato al 18 settembre 2020: <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification> (consultato il 18.01.2021).

[23] Financial Times, *Biden shift on climate change welcomed by world leaders*, in: <https://www.ft.com/content/5ce99af6-e776-43af-9c74-593d49dc5125> (consultato il 18.01.2021).

[24] Si veda: <https://www.un2030agenda.org>; si veda anche Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE), *I nuovi Obiettivi di sviluppo sostenibile: la presidente della Confederazione Sommaruga appoggia l'Agenda 2030 dell'ONU a nome della Svizzera*, Comunicato stampa, Berna, 25 settembre 2015, in: <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-58890.html> (consultato il 18.01.2021).

[25] Commissione europea, COM(2018) 97 final, Bruxelles, 8 marzo 2018, in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0097&from=E> (consultato il 18.10.2021).

[26] Si veda anche il Manuale "L'Unione Europea e la finanza sostenibile", pubblicato dal Forum per la Finanza sostenibile, in: <https://finanzasostenibile.it/wp-content/uploads/2019/11/Manuale-Europa-IT-Web.pdf> (consultato il 18.01.2021). Questo Forum è un'associazione *non profit* nata nel 2001 che conta 112 associati.

alle linee guida dell'*European Securities and Markets Authority* ESMA);

- Azione 5: Elaborare indici di riferimento in materia di sostenibilità (integrando i criteri di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance* [ESG]);
- Azione 6: Integrare meglio la sostenibilità nei *rating* e nella ricerca di mercato;
- Azione 7: chiarire gli obblighi degli investitori istituzionali e dei gestori di attività;
- Azione 8: integrare la sostenibilità nei requisiti prudenziali (valutare la possibilità di introdurre una riduzione nei requisiti patrimoniali minimi delle banche, "*green supporting factor*");
- Azione 9: rafforzare la comunicazione in materia di sostenibilità e la regolamentazione contabile (migliorare qualità e trasparenza della rendicontazione non finanziaria delle imprese);
- Azione 10: promuovere un governo societario sostenibile e attenuare la visione a breve termine nei mercati dei capitali (con l'integrazione dei criteri ESG e l'adozione di un approccio di lungo periodo nei processi decisionali dei CdA).

La Commissione europea ha nominato un *Technical Expert Group* (TEG) *on Sustainable Finance*[27] incaricato di fornire consulenza su[28]:

- 1) tassonomia, con priorità sui temi ambientali;
- 2) miglioramento delle linee guida sulla rendicontazione delle informazioni legate al clima da parte di imprese di grandi dimensioni e di interesse pubblico (società quotate, banche, *asset manager*, compagnie assicuratrici);
- 3) criteri comuni per la costruzione di *benchmark low-carbon e positive-carbon impact*;
- 4) *Green Bond Standard*, una certificazione di qualità europea per le obbligazioni verdi. Il rapporto finale è stato pubblicato in settembre 2019.

Nel frattempo, alcune misure legislative sono già state approvate ed entrate in vigore a livello di UE. In particolare, trattasi del Regolamento UE n. 2019/2089 che modifica il Regolamento UE n. 2016/1011 (cd. "*Benchmarks Regulation*") per quanto riguarda gli indici di riferimento UE di transizione climatica, gli indici di riferimento UE allineati con l'Accordo di Parigi e le comunicazioni relative alla sostenibilità per gli indici di riferimento e Regolamento UE n. 2019/2088 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari.

VII. Iniziative a livello nazionale

A. Consiglio federale

Delle iniziative del Consiglio federale si è brevemente accennato in precedenza. Per potersi affermare quale piazza

[27] Si veda: https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-technical-expert-group_en (consultato il 18.01.2021).

[28] Si veda: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro_banking_and_finance/documents/190930-sustainable-finance-teg-final-report-climate-benchmarks-and-disclosures_en.pdf (consultato il 18.01.2021).

di riferimento anche in materia di finanza sostenibile, la Svizzera necessita delle condizioni quadro che le permettano di migliorare la propria competitività. Il Consiglio federale poggia la propria politica su tre principi fondamentali:

- 1) la sostenibilità quale aspetto centrale della politica dei mercati finanziari, attraverso una cooperazione tra autorità, il settore finanziario e la società civile;
- 2) gli strumenti di politica dei mercati finanziari, utilizzati in modo mirato, aspirano al conseguimento di obiettivi specifici, tra i quali la protezione dei clienti e dei creditori o la stabilità e la competitività, tenendo dovutamente conto dei rischi a lungo termine;
- 3) deve essere consentita una determinazione del prezzo efficiente e adeguata ai rischi. La trasparenza sull'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi finanziari, ad es., caratterizza un mercato ben funzionante, poiché mette a disposizione degli operatori di mercato, dei clienti (investitori, assicurati), dei fornitori, ma anche delle autorità di vigilanza, le basi per il processo decisionale. Il prezzo dei rischi deve essere determinato a medio e lungo termine.

Conciliare l'obiettivo di garantire alla piazza finanziaria svizzera una posizione preminente nell'offerta di servizi finanziari sostenibili con la politica del Consiglio federale, fondata sul primato delle soluzioni basate sull'economia di mercato, sulla sussidiarietà dell'attività dello Stato e sul ruolo della trasparenza e dell'orientamento a lungo termine, non è compito agevole.

Il Consiglio federale ha individuato 12 possibili misure con l'obiettivo di raggiungere gli obiettivi climatici e ambientali valutando l'adeguatezza del quadro normativo, prevedendo eventualmente delle misure correttive^[29].

Le misure previste devono permettere di raggiungere gli obiettivi fissati e, quindi, essere efficaci ma allo stesso tempo anche efficienti. Una misura è considerata efficace quando contribuisce al raggiungimento degli obiettivi in materia di mercati finanziari e di sviluppo sostenibile. Relativamente all'efficacia della misura vanno tenuti in considerazione la proporzionalità della misura, i costi, l'impatto sulla libertà d'impresa degli attori del mercato, l'introduzione o meno di nuove norme che potenzialmente introducono nuovi costi e nuovi obblighi.

1. Misura 1: Introduzione di un sistema di tassonomia

Con la cd. tassonomia si intende una classificazione uniforme delle attività sostenibili, introducendo un sistema che permette la comparazione dei vari prodotti finanziari e quindi trasparente, che permette allo stesso tempo di contribuire alla concorrenza.

^[29] Consiglio federale, *Le développement durable dans le secteur financier en Suisse, Rapporto*, Berna, 24 giugno 2020, in: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/61903.pdf> (consultato il 18.01.2021).

A mente del Consiglio federale questa misura permetterebbe di ridurre le asimmetrie di informazione a tutto vantaggio dei clienti e del meccanismo di domanda e offerta. L'elaborazione di modello di tassonomia, che si ispiri al modello dell'UE, risulterebbe complessa dal punto di vista regolamentare. La Confederazione ritiene che non sia necessario legiferare in materia.

Questa misura è senz'altro una buona misura, non sempre di facile applicazione in quanto potrebbe anche mettere in pericolo la sopravvivenza di società che hanno adottato un processo di trasformazione interno adottando dei criteri ESG. Una trasformazione del genere potrebbe anche implicare anni e grossi investimenti. Una politica troppo restrittiva in materia potrebbe davvero vanificare gli sforzi intrapresi con ripercussioni devastanti sulla società, i suoi dipendenti e anche i creditori.

2. Misura 2: Introduzione di un label "attività sostenibile"

L'introduzione di una certificazione "verde" o "sostenibile" permetterebbe di indicare se un prodotto sia effettivamente "sostenibile". Presupposto indispensabile una definizione riconosciuta e trasparente della nozione di attività sostenibile.

Al momento attuale esistono già diversi *label* (come ad es. "Green bond principles" e FNG) e gli operatori del settore hanno già la possibilità di applicare questi *label* o di lanciarne di nuovi, in considerazione del fatto che essi dispongono delle conoscenze e dell'*expertise* necessari. I *label* privati sono più flessibili e si adattano meglio alla necessità di modifica rispetto ai *label* statali. La Confederazione ritiene, quindi, che non vi sia la necessità di legiferare in materia lasciando ai privati il compito di introdurre dei modelli che permettano di tenere in considerazione le esigenze del mercato, contribuendo alla parità di trattamento e considerando anche gli aspetti transfrontalieri.

Anche in questo caso valgono le osservazioni del punto precedente.

3. Misura 3: Potenziamento della formazione di base e formazione continua

L'importante sviluppo al quale si sta assistendo impone una continua evoluzione e adattamento anche della formazione di base e della formazione continua. Solo in questo modo si può far fronte efficacemente alla crescente domanda dei clienti e all'evoluzione della piazza finanziaria. La Svizzera dispone di eccellenze in ambito pubblico e privato che stanno già lavorando efficacemente sul tema formazione.

La formazione è un punto di forza della Svizzera. Anche in ambito finanziario la formazione interna ed esterna è sempre stata curata ed ha permesso di avere dei collaboratori del settore molto preparati anche alle sfide futuro.

4. Misura 4: Pubblicazione sistematica di informazioni sull'incidenza dei prodotti finanziari sul clima e l'ambiente

Pubblicazioni di informazioni attraverso il sito internet, il foglio di informazione di base; necessità di garantire la comparabilità

delle informazioni per permettere una valutazione uniforme dei prodotti finanziari.

Diverse associazioni di categoria stanno contribuendo attivamente all'elaborazione di raccomandazioni che permettono di integrare i criteri di sostenibilità non solo a livello di aziende, ma anche a livello di prodotti (raccomandazioni riguardo alla *governance*, la politica d'investimento, la strategia di investimento, la gestione dei rischi, la trasparenza e la reportistica). Attualmente la Confederazione ritiene che un suo intervento moderato nella regolamentazione potrebbe contribuire di uniformare ad esempio gli obblighi di pubblicazione concernenti i prodotti finanziari. Nel suo rapporto, il Consiglio federale non ha al momento attuale ancora una posizione definita al riguardo.

5. Misura 5: Presa in conto dei rischi climatici e ambientali nell'ambito dell'attività di consulenza

Secondo il Consiglio federale le attività di consulenza alla clientela privata ed istituzionale devono considerare anche i rischi legati al clima e all'ambiente. Come vedremo in seguito alcune associazioni professionali si sono già attivate e hanno emanato delle linee guida oppure pubblicato della dichiarazione d'intento.

6. Misura 6: Verifica delle direttive di investimento della previdenza professionale

In questo caso trattasi di verificare se le direttive in materia di investimenti permettono già oggi l'investimento in prodotti sostenibili e se del caso adattarle alle nuove esigenze.

7. Misura 7: Esigenze di trasparenza per gli investitori istituzionali

Gli investitori istituzionali dovrebbero indicare se i fondi che gestiscono sono investiti con modalità compatibili con gli obiettivi climatici e ambientali e nel caso in cui non lo facessero, dovrebbero indicarne i motivi e indicare comunque come essi tengono in considerazione i rischi legati ai cambiamenti climatici.

Gli investitori dovrebbero inoltre partecipare volontariamente ai test sulla compatibilità climatica così da favorire la trasparenza delle informazioni e dimostrando allo stesso tempo i progressi compiuti. La Confederazione non ritiene necessario un intervento regolamentare in materia.

8. Misura 8: Rafforzamento della sicurezza del diritto in relazione agli obblighi nell'ambito di attività fiduciarie

La regolamentazione svizzera in materia di mercati finanziari impone a tutti i prestatori di servizi di prendere in considerazione tutti i rischi maggiori; tra questi rientrano ormai anche i rischi climatici.

Considerato l'elevato numero di leggi, norme e regolamenti, la modifica sistematica di tutti gli atti di legge è tutt'altro che agevole e al momento attuale il Consiglio federale si è limitato a comunicare che, se del caso, le eventuali modifiche avverranno in modo puntuale.

9. Misura 9: Controllo regolare dei rischi legati al cambiamento climatico

Come detto nel precedente punto, la regolamentazione svizzera in materia di mercati finanziari impone a tutti i prestatori di servizi di prendere in considerazione tutti i rischi maggiori; tra questi rientrano ormai anche i rischi climatici.

10. Misura 10: Esigenze in materia di fondi propri

Come noto, gli istituti finanziari devono rispondere a dei criteri in materia di fondi propri e di solvibilità ponderati in funzione del rischio.

Il Consiglio federale non ritiene opportuno intervenire, modificando i criteri e le esigenze in materia di fondi proprio in funzione dei rischi climatici.

11. Misura 11: Emissione di obbligazioni verdi e altre attività sul mercato dei capitali

Come misura statale, è previsto che la Confederazione incoraggi l'emissione di obbligazioni verdi. SIX ha già stabilito una lista di obbligazioni verdi^[30].

Attraverso la creazione di un segmento borsistico supplementare è dunque possibile identificare le obbligazioni verdi senza la necessità di interventi regolamentari statali. Per questo motivo il Consiglio federale ritiene non sia necessario un legiferare in materia.

Il tema delle "obbligazioni verdi" è senz'altro molto importante poiché permette di influenzare in modo diretto il finanziamento di aziende che tengono in considerazione i criteri ESG. D'altra parte, "boicottare" l'emissione di obbligazioni di società che non rispettano ancora i criteri ESG, ma che hanno deciso di riformare la propria azienda e indirizzarla verso criteri ESG, significherebbe metterne in pericolo non solo il progetto di rifondazione della società, ma addirittura minare la sua esistenza.

12. Misura 12: Promozione della piazza economica

Il Consiglio federale ritiene che la finanza sostenibile costituisca una grande opportunità per la Svizzera e la sua piazza finanziaria e intende quindi creare delle condizioni quadro che le permettano di essere molto competitiva. La Confederazione, ma anche gli attori della piazza finanziaria, devono quindi adoperarsi per assicurare una promozione efficace a livello internazionale, attraverso manifestazioni che favoriscono lo scambio di informazioni e la pubblicazione di opuscoli da parte delle associazioni di categoria.

13. Misura 13: aspetti fiscali nel settore finanziario

Gli aspetti fiscali saranno al centro di analisi di dettaglio separata ed il Consiglio federale non si è quindi espresso.

[30] Sustainable Bonds | SIX (six-group.com). Si veda anche "The Swiss Stock Exchange Sustainable Bonds" del 20 novembre 2020, Quick Style Guide (six-group.com).

14. Prossimi passi

Come accennato la Confederazione ha pubblicato le ultime decisioni prese dal Consiglio federale, decisioni che trovano le proprie radici nel rapporto e nelle linee guida sulla sostenibilità nel settore finanziario che il Consiglio federale ha adottato nel giugno del 2020[31].

Le autorità devono ora elaborare un piano vincolante per l'attuazione delle raccomandazioni emanate dalla *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD) per le imprese svizzere dell'intera economia. Le imprese devono indicare come affrontano i rischi climatici nelle aree tematiche della *governance*, della strategia e della gestione del rischio e quali indicatori e obiettivi utilizzano. Il Consiglio federale raccomanda inoltre alle imprese di applicare sin d'ora le raccomandazioni della TCFD.

Entro l'autunno del 2021, la SFI, in stretta collaborazione per esempio con l'UFAM, dovrà poi presentare al Consiglio federale eventuali proposte di modifica del diritto dei mercati finanziari volte ad evitare le attività ecosostenibili di facciata (cd. "greenwashing"). In questo contesto si dovrà tenere conto degli sviluppi internazionali, in particolare nell'UE, per garantire l'esportabilità dei prodotti finanziari svizzeri.

Da un lato, il Consiglio federale raccomanda agli attori del mercato finanziario di pubblicare metodi e strategie con cui tengono conto dei rischi climatici e ambientali nella gestione del patrimonio dei loro clienti, conformemente ai principi di buona fede e diligenza. Entro la fine del 2022 la SFI informerà il Consiglio federale se e secondo quali modalità questa raccomandazione sarà stata attuata.

Dall'altro, consiglia alle imprese di applicare le raccomandazioni della TCFD senza per altro specificarne il contenuto o il motivo per il quale le imprese dovrebbero applicare già sin d'ora queste raccomandazioni e non altri principi. La TCFD, costituita nel 2015 dal *Financial Stability Board* (FSB), ha pubblicato le raccomandazioni nel giugno del 2017 con l'obiettivo di guidare il settore privato nella pubblicazione di informazioni necessarie a investitori, finanziatori e compagnie di assicurazione per valutare i rischi e le opportunità legati al clima.

La Figura 3 riassume schematicamente le 11 raccomandazioni della TCFD suddivise in quattro elementi fondamentali: *governance, strategy, risk management, metrics & targets*. Queste raccomandazioni sono pubblicate solo in inglese. Sorge anche la domanda a sapere quale sia la portata di queste raccomandazioni, in particolare se queste possano e debbano essere riconosciute quale *standard*, se possano essere considerate *self-executing* e se le società di revisione siano autorizzate a verificarne il rispetto e l'applicazione.

Figura 3: Le 11 raccomandazioni della TCFD suddivise in quattro elementi fondamentali: *governance, strategy, risk management, metrics & targets*

Recommendations and Supporting Recommended Disclosures			
Governance	Strategy	Risk Management	Metrics and Targets
Disclose the organization's governance around climate-related risks and opportunities.	Disclose the actual and potential impacts of climate-related risks and opportunities on the organization's businesses, strategy, and financial planning where such information is material.	Disclose how the organization identifies, assesses, and manages climate-related risks.	Disclose the metrics and targets used to assess and manage relevant climate-related risks and opportunities where such information is material.
Recommended Disclosures	Recommended Disclosures	Recommended Disclosures	Recommended Disclosures
a) Describe the board's oversight of climate-related risks and opportunities.	a) Describe the climate-related risks and opportunities the organization has identified over the short, medium, and long term.	a) Describe the organization's processes for identifying and assessing climate-related risks.	a) Disclose the metrics used by the organization to assess climate-related risks and opportunities in line with its strategy and risk management process.
b) Describe management's role in assessing and managing climate-related risks and opportunities.	b) Describe the impact of climate-related risks and opportunities on the organization's businesses, strategy, and financial planning.	b) Describe the organization's processes for managing climate-related risks.	b) Disclose Scope 1, Scope 2, and, if appropriate, Scope 3 greenhouse gas (GHG) emissions, and the related risks.
	c) Describe the resilience of the organization's strategy, taking into consideration different climate-related scenarios, including a 2°C or lower scenario.	c) Describe how processes for identifying, assessing, and managing climate-related risks are integrated into the organization's overall risk management.	c) Describe the targets used by the organization to manage climate-related risks and opportunities and performance against targets.

[31] Consiglio federale, nota 4.

B. FINMA

Con la pubblicazione degli "Obiettivi strategici dal 2021 al 2024"^[32] il concetto della sostenibilità entra per la prima volta tra gli obiettivi della FINMA. Come si evidenzia dal documento, "[a]nche i rischi finanziari legati al clima devono pertanto essere rilevati e gestiti dagli istituti finanziari nell'ambito della loro gestione dei rischi. La FINMA sorveglia e promuove tale evoluzione nel quadro della sua attività di vigilanza orientata al rischio. Per quanto concerne i rischi finanziari legati al clima, la FINMA si adopera per una maggiore trasparenza, disciplinando la pubblicazione unitaria di tali rischi da parte dei grandi istituti finanziari e monitorando l'attuazione e il rispetto di tali prescrizioni. Oltre ai rischi finanziari indotti dal clima, la FINMA si occupa in generale di tutte le dimensioni della sostenibilità, monitorando i rischi finanziari potenzialmente emergenti o in aumento. Nell'intento di proteggere i clienti, la FINMA si occupa anche dei rischi legati alla fornitura di servizi finanziari e alla distribuzione di prodotti finanziari. I clienti non devono essere ingannati con promesse illusorie o fuorvianti sulle proprietà di sostenibilità, per esempio nell'ambito dei prodotti d'investimento".

FINMA, in qualità di autorità di vigilanza sui mercati ha per ora affrontato il tema da un punto di vista della gestione dei rischi. Il 11 dicembre 2020 ha pubblicato il rapporto sul monitoraggio dei rischi. Oltre ai rischi che notoriamente fanno parte di monitoraggio, quali ad es. quelli connessi al riciclaggio di denaro, la FINMA considera che "i rischi climatici continuano a rappresentare un pericolo per la piazza finanziaria svizzera in un orizzonte di lungo periodo"^[33].

La FINMA indica chiaramente che i rischi finanziari causati dai cambiamenti climatici devono già oggi essere considerati e, se ritenuti essenziali, anche pubblicati. "[d]a un lato, la concretizzazione dei requisiti concernenti la pubblicazione dei rischi finanziari causati dai cambiamenti climatici consente di aumentare la consapevolezza della necessità di individuare tali rischi; dall'altro, agli istituti finanziari assoggettati alla vigilanza viene fornito un quadro concreto e improntato alla certezza giuridica per la pubblicazione, rafforzando così la trasparenza per tutti i partecipanti al mercato. Le disposizioni complementari in materia di pubblicazione negli ambiti di governance, strategia, gestione dei rischi e metriche si inseriscono nel vigente quadro delle pertinenti circolari concernenti la pubblicazione per banche e assicurazioni e, dal punto di vista contenutistico, si orientano alle raccomandazioni internazionali della Task Force for Climate-related Financial Disclosures (TCFD)^[34]. I nuovi obblighi in materia di pubblicazione si applicheranno agli istituti delle categorie di vigilanza 1 e 2 (istituti estremamente importanti e complessi e

istituti molto importanti e complessi)"^[35].

Dal 2019, la FINMA è membro del *Network for Greening the Financial System* (NGFS)^[36], che riunisce banche centrali internazionali e autorità di vigilanza e persegue l'obiettivo di gestire i rischi ambientali e climatici nel settore finanziario.

Oltre al monitoraggio dei rischi sui cambiamenti climatici, la FINMA ha dichiarato di seguire da vicino le pratiche di "greenwashing"^[37] nell'erogazione di servizi finanziari e nella distribuzione di prodotti finanziari. A livello normativo, la FINMA si limita ad osservare come agiscono le grandi banche, prima di muoversi a sua volta.

Le disposizioni complementari in materia di pubblicazione negli ambiti di governance, strategia, gestione dei rischi e metriche si inseriscono nel vigente quadro delle pertinenti circolari concernenti la pubblicazione per banche e assicurazioni e, dal punto di vista contenutistico, si orientano alle raccomandazioni internazionali della TCFD.

La FINMA ha pubblicato i propri obiettivi strategici^[38]; tra questi anche quello della "sostenibilità". "La FINMA contribuisce allo sviluppo sostenibile della piazza finanziaria svizzera, in particolare integrando nella sua attività di vigilanza i rischi finanziari legati al clima ed esortando gli istituti finanziari a gestirli in modo trasparente. [...] I rischi finanziari indotti dal clima rappresentano attualmente i rischi finanziari maggiormente quantificabili e significativi in relazione alla sostenibilità. La FINMA li affronta pertanto in modo attivo. [...] Nonostante le loro peculiarità, sia i rischi climatici fisici che i rischi di transizione indotti dal clima rientrano nelle categorie di rischio tradizionali (rischi di credito, rischi di mercato o rischi operativi). Anche i rischi finanziari legati al clima devono pertanto essere rilevati e gestiti dagli istituti finanziari nell'ambito della loro gestione dei rischi. [...] Oltre ai rischi finanziari indotti dal clima, la FINMA si occupa in generale di tutte le dimensioni della sostenibilità, monitorando i rischi finanziari potenzialmente emergenti o in aumento. Nell'intento di proteggere i clienti, la FINMA si occupa anche dei rischi legati alla fornitura di servizi finanziari e alla distribuzione di prodotti finanziari. I clienti non devono essere ingannati con promesse illusorie o fuorvianti sulle proprietà di sostenibilità, per esempio nell'ambito dei prodotti d'investimento"^[39].

[35] FINMA, nota 33, p. 4.

[36] Si veda: <https://www.ngfs.net/en> (consultato il 18.01.2021).

[37] *Greenwashing* è un neologismo indicante la strategia di comunicazione di certe imprese, organizzazioni o istituzioni politiche finalizzata a costruire un'immagine di sé ingannevolmente positiva sotto il profilo dell'impatto ambientale, allo scopo di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dagli effetti negativi per l'ambiente dovuti alle proprie attività o ai propri prodotti. Così, ad es., si legge in Wikipedia, purtroppo dobbiamo constatare che, con l'apertura di un nuovo mercato o settore di investimento, vi siano subito delle persone che approfittano della situazione, porgendo il fianco a critiche (si veda: <https://it.wikipedia.org/wiki/Greenwashing#:~:text=Greenwashing%20%C3%A8%20un%20neologismo%20indicante%20la%20strategia%20di,dovuti%20alle%20proprie%20attivit%C3%A0%20o%20ai%20propri%20prodotti> [consultato il 18.01.2021]).

[38] FINMA, nota 32, p. 1 ss.

[39] FINMA, nota 32, p. 13.

[32] FINMA, Obiettivi strategici dal 2021 al 2024, p. 13, in: <https://finma.ch/it/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/strategische-ziele/20201118-strategische-ziele-2021-2024.pdf?la=it> (consultato il 18.01.2021).

[33] FINMA, Monitoraggio FINMA dei rischi 2020, p. 4, in: <https://www.finma.ch/it/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/risikomonitor/20201111-finma-risikomonitor-2020.pdf?la=it> (consultato il 18.02.2021).

[34] TCFD, Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures, Final Report, giugno 2017, in: <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/FINAL-2017-TCFD-Report-11052018.pdf> (consultato il 18.01.2021).

La FINMA ha pubblicato i progetti di regolamentazione, secondo il quale “la FINMA analizza le criticità presso gli assoggettati svizzeri che potrebbero far insorgere rischi elevati indotti dai cambiamenti climatici (v. Rapporto sul monitoraggio dei rischi 2019). I rischi climatici sono espressi in ultima analisi nelle categorie di rischio «tradizionali», come i rischi di credito, di mercato e operativi, e sono in linea di principio già coperti da corrispondenti requisiti prudenziali. Nell’ambito della pubblicazione dei rischi finanziari legati al clima, sulla base dei bilanci specifici degli assoggettati la FINMA ha individuato la necessità di un intervento normativo mirato a livello della sua regolamentazione e sta vagliando una concretizzazione delle sue circolari in materia, nell’ottica di un’attuazione proporzionale e basata sui principi. Il fatto che i partecipanti al mercato finanziario di grandi dimensioni pubblichino con maggiore completezza e uniformità gli specifici rischi finanziari indotti dal clima si traduce in una maggiore trasparenza e disciplina di mercato”^[40].

A metà agosto del 2020 è stata effettuata una consultazione preliminare in merito all’orientamento della proposta normativa, che è avvenuta sotto forma di discussione in materia di regolamentazione tra il CdA della FINMA e i soggetti interessati. L’indagine conoscitiva sulla revisione parziale delle circolari “Pubblicazione – banche” e “Pubblicazione – assicurazioni” sarà presumibilmente avviata nel quarto trimestre del 2020. L’emanazione è prevista per la metà del 2021^[41].

C. ASB

1. Panoramica

L’Associazione svizzera dei banchieri (ASB) si profila in modo chiaro a sostegno della finanza sostenibile pubblicando nel mese di giugno 2020 due pubblicazioni fondamentali. In primo luogo, un documento che incorpora una presa di posizione^[42] e una guida per l’integrazione dei fattori ESG nell’ambito del processo di consulenza alla clientela privata^[43].

2. Guida per l’integrazione dei fattori

La guida pubblicata in giugno 2020 non intende creare nuove esigenze regolamentari, quanto piuttosto fornire un *vademe-cum* ai prestatori di servizi finanziari per integrare i principi ESG nell’ambito della consulenza ai propri clienti.

La guida enuncia sei principi che possono essere integrati nel processo di consulenza precontrattuale, in ambito di mandati di gestione e di consulenza, alla propria clientela. In una prima

fase andrebbero determinate le esigenze del cliente privato relativamente agli investimenti ESG (principio 1 e 2), in seguito proporre delle soluzioni di investimento che tengano in considerazione i fattori ESG se così desiderato dal cliente (principio 3 e 4) e da ultimo sviluppare e fornire delle soluzioni di investimento conformi alle aspettative del cliente (principio 5 e 6).

Dal punto di vista giuridico, le norme applicabili al rapporto con il cliente rimangono quelle sul mandato e le disposizioni sulla Legge sui servizi finanziari. La guida ASB invita unicamente i fornitori di servizi, ed in particolare le banche, a voler considerare i criteri ESG nell’ambito della consulenza pre-contrattuale.

A nostro avviso, nell’ambito della consulenza, il fornitore di servizi finanziari, in una fase pre-contrattuale, dovrebbe già chiarire in modo completo l’estensione del proprio mandato, tenendo in considerazione i desideri del proprio cliente, quindi, considerando settori specifici o al contrario, escludendoli dalla propria gestione^[44]. La guida pubblicata dall’ASB non crea quindi nuovi o particolari obblighi, unicamente si limita a invitare i fornitori di servizi finanziari a voler adeguatamente prendere in considerazione le eventuali esigenze dei clienti.

D. SFAMA

L’Asset Management Association Switzerland (SFAMA) è l’organizzazione di categoria rappresentativa dell’industria svizzera della gestione patrimoniale. Il suo obiettivo è di consolidare la Svizzera come centro *leader* nella gestione patrimoniale con i più elevati standard di qualità, *performance* e sostenibilità. In questo contesto aiuta i suoi membri a sviluppare ulteriormente l’industria svizzera della gestione patrimoniale e a creare a lungo termine valore per gli investitori. L’Asset Management Association è membro attivo dell’European Fund and Asset Management Association (EFAMA) e dell’International Investment Funds Association (IIFA) che opera a livello mondiale. Fondata a Basilea nel 1992, l’Asset Management Association conta attualmente quasi 200 membri^[45].

Nel giugno 2020, SFAMA e *Swiss Sustainable Finance* hanno emesso una guida pratica rivolta agli *asset manager* per l’integrazione dei fattori ESG nel processo di investimento^[46].

L’applicazione delle linee guida da parte degli intermediari finanziari è volontaria fermo restando il quadro normativo già applicabile (regole di condotta della Legge federale sui servizi finanziari [LSerFi; RS 950.1], regole di prodotto della Legge federale sugli investimenti collettivi di capitale [LICol; RS 950.31], ecc.).

[40] FINMA, nota 20.

[41] Regulierungsprojekte der FINMA, Stand und Ausblick per 24. September 2020, in: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/5finma/finanzmarktregulierung-vorhaben.pdf?la=de> (consultato il 18.01.2021).

[42] ASB, Finance durable, giugno 2020, in: https://www.swissbanking.org/library/positionspapier/positionspapier-der-sbvg-sustainable-finance/positionspapier-sustainable-mit-db_fr_final.pdf/@download/file (consultato il 18.01.2021).

[43] ASB, Guide pour l’intégration des facteurs ESG dans le processus de conseil auprès des clients privés, in: https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/leitfaden-fuer-den-einbezug-von-esg-kriterien-in-den-beratungsprozess-fuer-privatkunden/sbvg-sustainable-leitfaden_fr.pdf/@download/file/SBVg_Sustainable-Leitfaden_FR.pdf (consultato il 18.01.2021).

[44] Vi sono clienti che esplicitamente voglio investire nel settore farmaceutico, mentre altri lo escludono a priori, invitando il proprio gestore a non considerarlo.

[45] Si veda: <https://www.am-switzerland.ch/condimento/it/ueber-uns/portraet> (consultato il 18.01.2021).

[46] Si veda: <https://www.am-switzerland.ch/condimento/it/download/ktbpmym21h5rsaxAmnIMsh5UvFqeL2wgBgV> (consultato il 18.01.2021).

Le raccomandazioni per un investimento sostenibile sono le seguenti:

- 1) il dovere fiduciario di un *asset manager* gli impone di prendere tutte le misure indispensabili per ottenere il miglior rendimento possibile (commisurato ai rischi) nel rispetto delle esigenze del cliente e agendo nell'interesse del cliente. In tale contesto la valutazione dei rischi deve comprendere anche i rischi ESG. Quindi, ad es., se un rischio climatico rappresenta un elemento che potrebbe penalizzare un investimento (rischio finanziario o sulla performance dell'investimento) allora deve essere considerato;
- 2) sviluppo sostenibile dell'impresa: ogni impresa dovrebbe analizzare gli effetti sociali, economici e di governance della propria attività ed ancorarli nella propria politica di sviluppo sostenibile;
- 3) i fattori di sviluppo sostenibile devono essere integrati in ogni tappa del processo di investimento (politica di investimento, strategia di investimento, analisi e gestione dei rischi).
- 4) l'azionariato deve essere responsabile e attivo e preoccuparsi della formazione di tutta l'organizzazione aziendale;
- 5) le modalità di applicazione dei criteri ESG dovranno essere oggetto di una comunicazione trasparente a livello societario e di prodotto.

VIII. Conclusioni

Alla luce dei recenti e numerosi sviluppi normativi nazionali ed internazionali, appare chiaro che il panorama di riferimento per i fornitori di servizi finanziari è complesso ed in costante e rapida evoluzione.

Ai fornitori di servizi finanziari viene sempre più richiesto un importante sforzo in termini di adattamento alle nuove esigenze regolamentari e soprattutto tempi di reazione sempre più rapidi. Ciò comporta inoltre la necessità di essere, in alcuni casi, proattivi e anticipare addirittura l'adozione stessa di nuove normative. Abbiamo visto come il Consiglio federale consigli alle imprese di applicare le raccomandazioni della TCFD, oppure la FINMA imponga già sin d'ora, nell'ambito delle valutazioni sui rischi, che si tenga in pratica già conto dei rischi climatici.

Da parte nostra raccomandiamo di seguire gli sviluppi regolamentari in Svizzera, senza dimenticare l'evoluzione della normativa all'estero e cominciare a riflettere su come proporre prodotti ESG. I fornitori di servizi finanziari, di fronte al panorama normativo illustrato nel presente contributo, dovranno essere pronti a rispondere ai bisogni della propria clientela in termini di prodotti e servizi sostenibili.

Ricordiamo per altro che alcune associazioni di categoria hanno già pubblicato degli *standard*, di autoregolamentazione dai quali è possibile prendere spunto. Un primo passo potrebbe essere quello dell'adozione della LSerFi includendo già gli elementi della finanza sostenibile (concetto esteso di *suitability* degli investimenti) prestando attenzione a non ricadere nelle pratiche di *greenwashing*.

Nell'ambito della gestione dei rischi, non possono essere ignorate le aspettative della FINMA in merito ai rischi climatici (misurazione, gestione, contenimento e comunicazione), ai rischi connessi all'attività *cross-boder* (clienti residenti in Paesi in cui la finanza sostenibile è o sarà regolamentata, ad es. MIFID II) e, infine, in una prospettiva di lungo termine, prestando attenzione, nell'ambito della gestione patrimoniale, alle correzioni dei valori delle obbligazioni emesse da società che non saranno o non saranno sufficientemente "ESG compliant".

Responsabilità penale degli amministratori: delimitazioni

Tipologia delle forme di punibilità dei dirigenti di impresa



Giovanni Molo

Dr. iur., Avvocato, LL.M.,
Socio Studio Collegal, Lugano, docente SUPSI

Disclaimer: Questo contributo si fonda in parte sulla relazione 'Fare o non fare: qualche spunto per la definizione della responsabilità penale dei dirigenti d'impresa' tenuta dall'autore per l'OATI il 22 novembre 2019

Nonostante l'introduzione – già oltre 15 anni or sono – della punibilità di impresa mediante l'art. 102 CP, la questione della responsabilità penale degli organi dirigenti delle imprese rimane il punto cardinale del diritto penale societario svizzero. I contorni di tale responsabilità restano tuttavia piuttosto indefiniti. Questo contributo si prefigge quindi di delimitare le diverse tipologie di responsabilità penale degli amministratori.

I. Introduzione.....	61
II. Le situazioni di fatto di partenza	62
III. La nozione di amministratore	62
IV. Le forme di partecipazione attiva	63
V. I reati propri	63
VI. Le omissioni proprie.....	64
VII. Le omissioni improprie: profili oggettivi	64
VIII. Le omissioni improprie: profili soggettivi	65
IX. L'individualizzazione della responsabilità penale in CdA collettivi.....	66
X. Conclusioni.....	67

I. Introduzione

La responsabilità penale è, secondo la concezione tradizionale, per definizione individuale. Questo vale in un duplice senso. In primo luogo, secondo l'adagio *societas delinquere non potest*, responsabile penalmente è solo la persona fisica, non la persona giuridica. Infatti, la nozione stessa di colpa cui si associa – per effetto retributivo – la pena, è connaturata alla personalità in senso stretto della persona fisica, cui egualmente si indirizza la funzione di prevenzione sociale e rieducativa della pena in quanto tale. In secondo luogo, la colpa penale non è collettiva ma da attribuire in maniera specifica all'autore del reato.

Questa visione tradizionale dell'ordinamento penale deve, tuttavia, conciliarsi con la necessità di fronteggiare efficacemente la potenzialità criminogena dell'impresa. Due

sono le opzioni possibili in proposito. Anzitutto, per i reati non indissolubilmente ascrivibili ad una persona fisica, può essere introdotta una responsabilità penale dell'impresa e della società. Secondariamente, può essere perseguito un approccio estensivo che vada a colpire non solo gli autori materiali dei reati, ma anche gli altri partecipi in seno all'impresa.

L'ordinamento svizzero segue entrambe queste opzioni. Da un lato ha introdotto, il 1° ottobre 2003, con l'entrata in vigore dell'art. 102 del Codice penale (CP; RS 311.0), la responsabilità penale d'impresa. Posto come tale responsabilità è articolata in maniera concorrente soltanto in relazione a fattispecie enumerate dal secondo capoverso di tale disposizione (in particolare corruzione e riciclaggio), mentre è in maniera generale concepita come una responsabilità sussidiaria, che subentra, cioè, quando un reato non può essere imputato a una persona fisica per carenze organizzative; resta centrale, nel diritto penale societario svizzero, anche dopo l'entrata in vigore di tale disposizione, la seconda strada, quella cioè volta ad individuare, aldilà degli autori materiali del reato, anche gli altri partecipi, andando "a bussare", se necessario, pure ai piani alti dell'impresa.

È a questa seconda impostazione che si consacra questo contributo. Questa scelta nasce dalla constatazione che l'imputazione nei confronti delle imprese resta, nella prassi del diritto penale societario svizzero, una rarità. Si tratta di una rarità relativa, nella forma concorrente della punibilità di impresa. Infatti, in particolare il Ministero pubblico della Confederazione ha configurato ipotesi di reato nei confronti di imprese a titolo di corruzione internazionale o a titolo di riciclaggio internazionale^[1]. Resta, invece, una rarità assoluta l'imputazione di imprese nella sua variante sussidiaria. Per contro, la questione della corretta attribuzione delle

[1] Un esempio in proposito (caso 1MDB) è la procedura penale aperta nel 2016 nei confronti della banca BSI SA a titolo di riciclaggio e di corruzione sulla base dell'art. 102 cpv. 2 CP (cfr. comunicato MPC, <https://www.bundes-anwaltschaft.ch/mpc/it/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-61830.html> [consultato il 18.01.2021]).

responsabilità penali ai diversi livelli funzionali di un'impresa si pone costantemente e con riferimento a qualsiasi tipo di impresa, dalle piccole società ad entità multinazionali, a qualsiasi segmento di attività aziendale, ed in relazione a qualsiasi tipo di reato. Non sempre, tuttavia, i criteri per l'attribuzione di tali responsabilità appaiono nitidi. Sovente, inoltre, la prassi non può fondarsi su decisioni pubblicate di ultimo grado, ma si definisce sulla base degli orientamenti, per forza di cose non sempre perscrutabili, delle autorità inquirenti.

II. Le situazioni di fatto di partenza

Quando, in relazione a determinati reati commessi in seno ad imprese, verranno imputati anche i dirigenti d'azienda che non ne sono gli autori materiali? Quando, inoltre, l'imputazione potrebbe essere estesa anche a consiglieri di amministrazione non esecutivi?

Vengono proposte cinque situazioni di fatto di partenza schematiche, in modo tale da distinguere varie costellazioni possibili:

- A) TANGENTIS lavora come impiegato (variante 2: direttore) presso la ditta di manutenzione di ascensori LIFT SA con sede a Lugano facente parte del gruppo internazionale LIFT. Un conoscente attivo nel Mendrisiotto che si mette in proprio (la FLORIS SA, amministratore unico OCCHIUTIS) gli paga fr. 10'000 per astenersi da prendere mandati nel Basso Ceresio;
- B) OCCHIUTIS chiede al suo informatico di accedere al listino prezzi e clienti dal server della LIFT SA;
- C) Il Consiglio di Amministrazione (CdA) della FALLITA SA è composto da tre membri, di cui DORMIGLIONIS quale consigliere non esecutivo, il quale omette, in una situazione di sovraindebitamento, l'avviso al giudice ex art. 725 del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220), nonostante una chiara evidenza di perdita di capitale da due anni. La FALLITA SA fallisce;
- D) PIEDONIS è amministratore unico dell'IMPIANTO SCIISTICO SA. Nella settimana di Pasqua viene operato per una frattura al piede. L'impianto però non viene chiuso nonostante il pericolo di valanga, e ci scappa il morto;
- E) Avvocatoni è presidente del CdA della CENERI SA, una piccola banca con 30 collaboratori con sede a Lugano. ARGENTIS ne è direttore generale e azionista unico. A seguito di notizie apparse sui media, emergono sospetti su uno dei clienti più importanti della banca. Un conto di una decina di milioni di franchi è riconducibile a lui, ma, per non destare sospetti, è stato intestato a una società, senza indicazione sull'avente economicamente diritto. Nonostante queste evidenze formali, il CdA decide di non procedere ad alcuna comunicazione ai sensi della Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (LRD; RS 955.0).

Per inquadrare la fonte di responsabilità degli amministratori occorre delimitare le fattispecie in cui può essere imputato loro un comportamento attivo da quelle in cui entra, invece, in considerazione una condotta passiva, ovvero, una omissione.

Si tratta, in altre parole, di distinguere le fattispecie incentrate su un "fare" da quelle fondate su un "non fare". Con riferimento alla prima categoria, si tratterà, da un lato, di fare capo alle forme di partecipazione, che possono applicarsi a qualsiasi tipo di reato, e dall'altro di concentrarsi sui cd. reati propri, che possono, invece, essere commessi solo da amministratori.

Con riferimento alla seconda categoria possono essere distinte le omissioni proprie, i reati, quindi, che possono essere commessi solo mediante una condotta passiva, dalle cd. omissioni improprie, che possono riguardare qualsiasi tipo di reato, che si considera di conseguenza consumato, a determinate condizioni, nella forma della commissione per omissione. In particolare, in relazione a quest'ultima costellazione, può comportare delle difficoltà la individuazione di responsabilità penali in seno a CdA collettivi.

Queste diverse delimitazioni verranno, nell'ordine, trattate in questo contributo. Dapprima ci concentreremo sulla nozione di amministratori.

III. La nozione di amministratore

Per determinare la nozione di amministratore il punto di partenza sono le norme di diritto societario istituite dagli artt. 752 ss. CO sulla responsabilità privatistica degli organi societari. A fronte del principio della non responsabilità degli azionisti, il diritto societario svizzero prevede una responsabilità estesa degli altri organi della società, CdA e Ufficio di revisione. Con un'accezione ampia della nozione di amministratori, che non include soltanto coloro che sono formalmente designati come tali, ma si estende, come risulta dal testo dell'art. 754 CO, a tutti coloro che si occupano della gestione della società, tale responsabilità estesa può, quindi, nuovamente toccare gli azionisti di riferimento, nella misura in cui sono direttamente coinvolti nella gestione della società^[2].

Entrano in considerazione, quali soggetti responsabili da un profilo civilistico per l'amministrazione e la gestione di una società secondo l'art. 754 CO, sempre coloro che rivestono formalmente la carica di amministratori, e che possono, di conseguenza, essere qualificabili quali organi formali. Essi sono responsabili anche laddove svolgono tale carica soltanto quali "uomini di paglia" ("*Strohänner*"), per conto di terzi^[3]. Se non si escludono dalla responsabilità quali amministratori coloro che rivestono solo nella forma tale funzione, vi rientrano anche coloro che, pur senza essere denominati quali tali, influenzano nei fatti in maniera rilevante l'amministrazione e la gestione di una società. Si tratta dei cd. organi di fatto. L'art. 754 cpv. 2 CO distingue inoltre, implicitamente, una terza categoria di organo. Si tratta di coloro cui è delegato, dal CdA, l'adempimento di una funzione di amministrazione o gestione della società. Si tratta dei cd. organi materiali (CEO [*Chief Executive Officer*], amministratore delegato; CFO [*Chief Financial Officer*], direttore finanziario; altri direttori della società), cui sono delegati compiti di direzione e rappresentanza della

[2] PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4ª ed., Zurigo 2009, pp. 2357-2361.

[3] MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, *OR Kommentar*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (a cura di), 3ª ed., Zurigo 2016, N 41 ad art. 754 CO.

società, e che, per la loro importanza in seno alla stessa, si distinguono dal personale ausiliario[4].

La delega della gestione ha per effetto di restringere, o, più precisamente, di delimitare la responsabilità del CdA. Come previsto dall'art. 754 cpv. 2 CO, infatti, chi in modo lecito delega a un altro organo l'adempimento di un'attribuzione non è responsabile del danno cagionato da quest'ultimo, in quanto dimostri di aver adoperato tutta la diligenza richiesta dalle circostanze nel sceglierlo, istruirlo e vigilarlo. Tale disposizione, per disinnescare la responsabilità del CdA in relazione a inadempimenti di coloro cui vengono delegati compiti di direzione ed amministrazione, pone quindi due condizioni:

- in primo luogo, il CdA deve aver esercitato le tre "cure" (cura in *eligendo* – cioè nello scegliere con diligenza le persone cui affidare compiti di direzione, amministrazione o rappresentanza –, cura in *instruendo* – cioè diligenza nel fornire obiettivi, principi, e regole di condotta chiare e conformi alle prescrizioni relative a una gestione aziendale sana – e cura in *custodiendo* – cioè diligenza nell'attuare l'alta vigilanza sulle persone incaricate nella gestione). Si tratta, nella dottrina di lingua tedesca, delle cd. tre A (diligenza in *Auswahl*, *Anweisung* e *Aufsicht*)^[5];
- in secondo luogo, la delega, da parte del CdA, ad un altro organo – ad es. ad un amministratore delegato, ad un direttore generale, oppure ad un comitato direttivo – deve avvenire, come prescritto dall'art. 754 cpv. 1 CO, in modo lecito. Secondo l'art. 716b CO la base necessaria per una simile delega deve fondarsi in un regolamento d'organizzazione deliberato dal CdA. Tale deliberazione deve radicarsi in una disposizione statutaria. Il regolamento d'organizzazione stabilisce le modalità di gestione della società, determina i posti necessari, ne definisce le attribuzioni e disciplina in particolare l'obbligo di riferire.

La possibilità di delimitazione della responsabilità del CdA istituita dall'art. 754 CO è, tuttavia, soggetta a delle barriere materiali, che coincidono con le attribuzioni inalienabili conferite dall'art. 716a CO al CdA, in particolare quelle relative all'alta direzione della società, alla definizione dell'organizzazione, all'allestimento della contabilità e del controllo finanziario, alla nomina e alla revoca delle persone incaricate della gestione e della rappresentanza, all'alta vigilanza sul loro operato, e all'avviso al Giudice in caso di eccedenza dei debiti^[6]. Inoltre, l'effetto di protezione in favore del CdA ("*Schutzwirkung*") prodotto dall'art. 754 cpv. 2 CO è congelato quando interviene un qualsiasi obbligo di intervento ("*Eingriffspflicht*") del CdA, non appena emerge il sospetto di una gestione non diligente o non conforme alle prescrizioni impartite. È, quindi, proprio sovente nelle situazioni straordinarie e rischiose che l'effetto di protezione dell'art. 754 cpv. 2 CO viene congelato^[7].

[4] AMSTUTZ/GOHARI (nota 3), N 46 s. ad art. 754 CO.

[5] BÖCKLI (nota 2), p. 2397 s.

[6] BÖCKLI (nota 2), p. 2399 s.

[7] BÖCKLI (nota 2), p. 2400.

Passate in rassegna le diverse modulazioni della nozione di amministratore in ambito civilistico, occorre tenere presente che tale ambito, per quanto possa essere preso quale punto di partenza per il diritto penale societario, non ne costituisce il punto di arrivo. Occorrerà, in altre parole, compiere uno sforzo accresciuto per individualizzare la responsabilità penale senza che quest'ultima possa automaticamente discendere dalla mera occupazione di una carica. La responsabilità penale va in qualche modo personalizzata. Ci torneremo quando affronteremo la allocazione della responsabilità penale in seno a CdA collettivi.

IV. Le forme di partecipazione attiva

Le forme di correatità e di partecipazione ai reati consentono di colpire non solo gli autori materiali di un reato, ma anche coloro che vi hanno prestato soltanto un contributo intellettuale. La responsabilità penale degli organi si potrà, quindi, fondare su una loro partecipazione attiva al reato, in qualità di autori o coautori, o in qualità di istigatori allo stesso, nella misura, in cui, secondo l'art. 24 CP, un dirigente d'azienda, senza aver commesso egli stesso direttamente un reato, abbia determinato altri a commetterlo. Le forme di partecipazione e di correatità previste dal diritto penale generale sono, quindi, sufficientemente estese per arrivare, salendo gli scalini gerarchici dell'impresa, oltre a chi ha eseguito un reato o ha contribuito alla sua pianificazione, anche a chi ne ha ordinato l'esecuzione. Si giunge, così, alla figura dello "*Schreibtischtäter*", a colui, cioè, che agisce dalla sua scrivania inducendo, in virtù di un rapporto di subordinazione, altri a commettere materialmente un reato^[8].

Questa forma di correatità o di partecipazione si materializza nell'esempio di cui alla lettera B). OCCHIUTIS induce, infatti, il suo informatico ad introdursi indebitamente nel sistema informatico della LIFT SA ed è, quindi, egli stesso correo a titolo di accesso indebito a un sistema di elaborazione dati ai sensi dell'articolo 143^{bis} CP.

V. I reati propri

Contrariamente ai reati comuni, che possono essere commessi da chiunque, i reati propri si distinguono per la loro applicabilità soltanto a una cerchia delimitata di soggetti. In quest'ottica, ci sono, quindi, reati propri che si applicano soltanto ad amministratori nel senso definito prima.

Così, ad es., sarà punibile per amministrazione infedele ai sensi dell'art. 158 CP il dirigente d'azienda che, essendo tenuto per legge ad amministrare il patrimonio sociale e a sorvegliarne la gestione, mancando al proprio dovere, avrà danneggiato tale patrimonio o permesso che ciò avvenisse. Può essere, ad es., il caso di un amministratore che, in una situazione di manifesto

[8] Cfr. ANDREW, M. GARBASKY, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants des sociétés anonymes*, Ginevra 2006, p. 271 s.; sulla distinzione tra comportamento attivo, nelle varie forme di partecipazione, e comportamento passivo, cfr. PHILLIPPE GRAVEN, *La responsabilité pénale du Chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même*, in: SZ/SJ, 1985, pp. 497-523, in particolare pp. 500-514; cfr. anche URSULA CASSANI, *Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, Responsabilité civile – Responsabilité pénale*, Journée de la responsabilité civile 2014, Ginevra 2015, pp. 103-135, p. 107.

conflitto d'interesse, ottiene dei vantaggi da un'azienda concorrente, a scapito degli interessi della società, ravvisandosi, in una tale situazione, un'amministrazione infedele aggravata ai sensi dell'art. 158 cpv. 2 CP poiché è ravvisabile un'azione a scopo di procacciarsi un indebito profitto.

La natura propria del reato di amministrazione infedele si evidenzia con riferimento all'esempio indicato alla lettera A). Nell'ipotesi in cui TANGENTIS agisce come semplice impiegato non commette il reato di amministrazione infedele nella misura in cui percepisce pagamenti da FLORIS per astenersi dai propri obblighi di lealtà nei confronti della propria datrice di lavoro. Infatti, egli non rientra, in questa configurazione, nel novero dei soggetti che possono, in virtù delle loro qualità personali, commettere il reato di amministrazione infedele. Viceversa, se egli agisce in qualità di direttore della propria datrice di lavoro LIFT SA, queste qualità gli possono essere riconosciute con la conseguenza che la sua condotta potrà essere qualificata quale amministrazione infedele.

In caso di fallimento di una società, e nell'ipotesi in cui un amministratore, a causa di un'insufficiente dotazione di capitale, di spese sproporzionate, di speculazioni avventate, o di crediti concessi con leggerezza, o di altre forme di cattiva gestione, abbia cagionato o aggravato l'eccessivo indebitamento della società, può essere punibile, se viene dichiarato il fallimento della stessa, per cattiva gestione ai sensi dell'art. 165 CP. Un reato di cattiva gestione potrebbe ravvisarsi quando un amministratore, in palese violazione dell'obbligo di avviso al Giudice secondo l'art. 725 CO, lasci deteriorarsi una situazione di indebitamento eccessivo. In questo caso, l'omissione manifesta di un obbligo specifico previsto dal CO determinerà la commissione di un reato, quello di cattiva gestione, non già nella forma passiva dell'omissione, ma in quella attiva.

Come l'amministrazione infedele, anche la cattiva gestione costituisce un reato proprio. Essa può, infatti, essere commessa solo da un amministratore. La situazione di fatto di cui alla lettera C), in cui un CdA omette un avviso al giudice, così come prescritto dall'art. 725 CO, nonostante una chiara perdita di capitale, può sfociare in una cattiva gestione. Torneremo sulla situazione di fatto di cui alla lettera C) quando si tratterà di approfondire i criteri per individualizzare la responsabilità penale in seno ad un CdA.

VI. Le omissioni proprie

Il reato omissivo proprio si configura come la realizzazione di una condotta passiva esplicitamente prevista dalla legge in conformità con il principio della legalità (*nulla poena sine lege*). Il reato omissivo proprio per eccellenza è l'omissione di soccorso ai sensi dell'art. 128 CP che punisce chiunque omette di prestare soccorso a una persona da lui ferita o in imminente pericolo di morte ancorché, secondo le circostanze, lo si potesse da lui ragionevolmente esigere. L'astensione è, quindi, punita in quanto tale senza che debba verificarsi un risultato specifico trattandosi di un reato di messa in pericolo astratta^[9].

[9] Cfr. BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3a ed., Berna

L'astensione dall'obbligo di comunicazione all'ufficio di comunicazione da parte di un intermediario finanziario nel caso in cui sospetti che gli averi patrimoniali di cui dispone professionalmente provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato, punibile ai sensi degli artt. 9 e 37 LRD, costituisce un reato omissivo proprio^[10]. La LRD prevede, infatti, esplicitamente che una determinata omissione – non compiere una segnalazione anticiclaggio in determinate circostanze – costituisce reato. La violazione dell'obbligo di comunicazione è un reato proprio anche sotto il profilo dei suoi possibili autori. Soltanto un intermediario finanziario è, infatti, passibile di tale reato; contrariamente al riciclaggio di denaro secondo l'art. 305^{bis} CP che può essere commesso da chiunque e che costituisce come tale un reato comune. Nella situazione di fatto di cui alla lettera E) la banca CENERIS SA è, quale intermediario finanziario ai sensi della LRD, soggetta a un obbligo di comunicazione in caso di relazioni sospette. L'omissione di tale prescrizione è esplicitamente enunciata quale reato. Torneremo, invece, sulla questione della individualizzazione della responsabilità penale in un CdA collettivo.

VII. Le omissioni improprie: profili oggettivi

Rispetto alle condotte attive nonché alle omissioni proprie, più difficile da conciliare con il principio della certezza del diritto penale è la punibilità degli organi d'impresa nella forma passiva, cioè per omissione. Il reato per omissione presuppone, così com'è prescritto dall'art. 11 CP, che l'autore non abbia agito contrariamente a un obbligo di agire. Tale obbligo di agire può trovare fondamento nella legge, in un contratto, in una comunità di rischi liberamente accettata o nella creazione di un rischio. Si tratta della cd. posizione di garante ("*Garantenstellung*"). La necessità di tale posizione di garante per configurare un'omissione impropria, qualifica quest'ultima quale reato proprio e non comune, nella misura in cui può essere commessa soltanto da una cerchia definita di soggetti (ossia coloro che adempiono appunto la qualifica di garanti). Non vi è dubbio che, già sulla base dei doveri societari imposti dal CO agli amministratori, a questi ultimi incomba una posizione di tutela, rispettivamente di sorveglianza ("*Beschützer- und Überwachungsgarant*") in relazione ad un bene giuridico determinato, protetto da una disposizione penale (ad es., per citare il caso *Bührle*, il rispetto delle disposizioni svizzere in materia di embargo alla vendita di armi nei confronti del Sud Africa^[11]), tale da porlo in una

2010, N 28-31 ad art. 128 CP.

[10] Cfr. URSULA CASSANI, *Sur qui tombe le couperet du droit pénal? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise*, Centre de droit bancaire et financier, Journée 2008 de droit bancaire et financier, Ginevra 2009, pp. 53-81, p. 54.

[11] La prassi giudiziaria sulla responsabilità penale dei dirigenti di impresa, ed un conseguente ampio dibattito nella dottrina giuridica, si sono sviluppati con il caso *Bührle*. Egli conduceva la impresa di famiglia *Bührle* di cui era azionista, con la sorella, ed amministratore unico. Nel corso degli anni Sessanta, nonostante l'esistenza di un embargo nei confronti del Sud Africa, l'impresa *Bührle* ha venduto materiali bellici a tale Paese, camuffandoli per vendita ad altri Paesi. Le vendite erano operate dai responsabili commerciali dell'impresa, *Bührle* ne ha tuttavia avuto conoscenza e non ha intrapreso nulla per impedire tale esportazione di armi. È, quindi, stato riconosciuto correo dei responsabili commerciali dell'impresa nella vendita illecita di materiali bellici al Sud Africa (DTF 96 IV 155, consid. 2.4, lett. b).

posizione di garante ai sensi dell'art. 11 CP. Ciò premesso, da un profilo oggettivo, il dovere di impedire la commissione di reati da parte di un dirigente d'impresa tale da determinare la possibilità di una commissione per omissione di un'infrazione, potrà dirsi adempiuto soltanto sulla base di tre condizioni^[12]:

- il reato deve essere commesso nell'ambito delle attività dell'impresa; ritenuto come la posizione di garante del dirigente d'impresa non è assoluta, ma settoriale ("*sektorielle Garantenstellung*"), deve sussistere alla base, secondo la terminologia francese, "*une faute de service*", e non "*une faute personnelle*";
- l'atto in questione deve rivolgersi a un bene giuridico che in qualche modo risulta coperto dal dovere di sorveglianza del dirigente dell'azienda;
- l'onere di intervenire per evitare la commissione di un reato quale quello verificatosi ("*die Straftatenverhinderungspflicht*") deve costituire un elemento centrale dei doveri del dirigente in questione, qualificandosi così quale un dovere di intervento legale o contrattuale qualificato (e quindi degno di protezione sotto il profilo del diritto penale).

Premessa la posizione di garante, occorre, da un profilo oggettivo, accertare la causalità dell'omissione del potenziale autore del reato rispetto all'evento previsto da una determinata norma penale (ad es., nel caso di omicidio, la morte della vittima). La difficoltà consiste tuttavia nel fatto che, in relazione a una omissione, tale causalità non può che essere ipotetica. Occorre, in altre parole, chiedersi che cosa sarebbe successo se il garante avesse agito in conformità coi suoi doveri legali. Avrebbe, così facendo, potuto evitare l'insorgere dell'evento previsto dalla norma penale? Secondo la prassi del Tribunale federale occorre in proposito applicare la teoria della verosimiglianza. Si tratta, in altre parole, di stabilire se, con alta verosimiglianza, l'azione che si sarebbe dovuto esigere dal garante avrebbe consentito di evitare il risultato stabilito da una determinata norma penale^[13]. Così, nella situazione di fatto di cui alla lettera E), il Tribunale federale ha accertato che se PIEDONIS, in conformità con i suoi doveri di diligenza quale amministratore, avesse allestito dei dispositivi di sicurezza e di organizzazione tali da consentire, anche in sua assenza, la chiusura degli impianti in caso di pericolo, con ogni verosimiglianza, stante il concreto pericolo di valanghe nel periodo pasquale, gli impianti sarebbero stati chiusi e l'evento, cioè la morte di uno sciatore, sarebbe stato evitato^[14].

VIII. Le omissioni improprie: profili soggettivi

La figura della commissione del reato per omissione, poste le condizioni oggettive affinché ciò possa avvenire, non muta i requisiti soggettivi necessari. In particolare, la responsabilità penale, contrariamente a quella civile, presuppone di principio che l'autore abbia agito intenzionalmente. Come

enunciato dall'art. 12 cpv. 1 CP, salvo che la legge disponga espressamente in altro modo, è punibile solo colui che commette con intenzione un crimine o un delitto. Commette con intenzione un crimine o un delitto, secondo la definizione fornita dall'art. 12 cpv. 2 CP, chi lo compie consapevolmente e volontariamente. Per considerare la circostanza del dolo eventuale, in opposizione al dolo diretto, basta che l'autore ritenga possibile il realizzarsi dell'atto e se ne accoli il rischio. Nei reati economici, in ragione della complessità delle strutture societarie, la dimostrazione dell'intenzionalità, anche nella forma del dolo eventuale, sarà particolarmente difficile da compiere. Ostica è in particolare la delimitazione da situazioni di negligenza consapevole ("*bewusste Fahrlässigkeit*"), che si realizza, in opposizione al dolo eventuale ("*Eventualvorsatz*"), quando l'autore del reato riconosce la possibilità che un determinato evento possa realizzarsi, tale aspetto delineandosi sotto il profilo della consapevolezza, ma auspica tuttavia, sotto il profilo della volontà, che l'evento in questione non si realizzi. In concreto, occorrerà quindi sovente fare riferimento a degli indizi, rispettivamente si tratterà di ammettere, già quali figure di dolo eventuale, l'attitudine di chi chiude consapevolmente gli occhi di fronte ad una determinata realtà (tali figure essendo esplicitamente riconosciute anche dalla prassi americana sotto i termini di "*Conscious avoidance, willfull blindness, shut-eye knowledge*"^[15]).

Così, nel caso *Bührle*, una volta accertato che egli, quale amministratore unico dell'impresa di famiglia Bührle, aveva appreso dell'esportazione di armi al Sud Africa, risultava agevole dedurre la realizzazione di un dolo eventuale. Dalla consapevolezza in merito alla commissione del reato viene in altri termini ricavata, sotto il profilo della volontà, la determinazione soggettiva di assumersi il rischio che lo stesso venga perpetrato. Ciò veniva, infatti, dedotto dal fatto che Bührle, nonostante disponesse di tutti i poteri in proposito, nulla avesse intrapreso per fermare l'esportazione illegale di armi: da qui, secondo il Tribunale federale, si doveva dedurre la circostanza secondo cui egli era d'accordo con tale esportazione illecita^[16]. Tuttavia, non sarebbe stato sufficiente che il signor Bührle non avesse disposto un sistema di controllo sui Paesi cui venivano vendute le armi per escludere che rientravano nella lista di quelli cui la vendita di armi era vietata. Non basta, in altre parole, la carenza organizzativa in termini di difetti nella *compliance* e nel *risk management*; occorre, invece, che il dirigente di azienda abbia una certa consapevolezza in merito a un determinato reato. Soltanto da questa consapevolezza, infatti, si può dedurre il fatto che, così com'è richiesto dalla figura del dolo eventuale, egli si sia accollato il rischio che un certo reato potesse essere commesso.

Di conseguenza, se il reato in questione è, come è di norma il caso, punibile soltanto se commesso intenzionalmente, non è sufficiente che l'autore materiale del reato lo abbia commesso intenzionalmente, e che vi sia stata una carenza organizzativa oggettivamente imputabile al dirigente d'azienda in questione

[12] Cfr. ANDREAS EICKER, *Haftung für Dritte: zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen im Unternehmen nach dem revidierten allgemeinen Teil des StGB*, in: AJP 6/2010, pp. 679-688, in particolare p. 687 s.

[13] FABIO BURGNER, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, in: RPS 133/2015, pp. 368-398, p. 384.

[14] DFT 125 IV 9 consid. 2b.

[15] JÜRIG BEAT ACKERMANN/GÜNTER HEINE, *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz Hand – und Studienbuch*, Berna 2013, p. 105.

[16] DTF 96 IV 155 consid. 2.4 lett. b.

che l'abbia propiziata. Occorre (ancora), da un profilo soggettivo, che, almeno sotto il profilo del dolo eventuale, il dirigente d'azienda abbia avuto consapevolezza in merito alla possibile realizzazione di un determinato reato e si sia accollato il rischio che lo stesso potesse essere compiuto. Occorre, in altre parole, una conoscenza, almeno nelle sue grandi linee, su di un reato che viene commesso. Si sottolinea, quindi, come l'elemento soggettivo dell'intenzionalità debba essere presente tanto presso l'autore materiale del reato quanto presso colui che è punibile in forma omissiva. Per contro, se il reato può essere commesso per negligenza – come ad es. l'omicidio colposo – il dirigente d'azienda è penalmente responsabile già solo per la violazione dei suoi doveri di controllo e sorveglianza. Se, ad es., il capo di un'azienda produttrice di veicoli a motore non si avvede, ancorché con la sufficiente diligenza ed attraverso l'istituzione dei necessari strumenti di controllo interno avrebbe potuto accorgersene, che un certo modello di veicolo presenta un rischio accresciuto d'incidente, e un incidente effettivamente si verifica causando il decesso del conducente del veicolo in questione, egli potrebbe essere responsabile anche sotto il profilo penale, ritenuto come l'omicidio è perseguibile anche nella forma colposa, ossia anche in assenza di intenzionalità^[17].

Punibile per omicidio colposo ai sensi dell'art. 117 CP è *PIEDONIS* nella situazione di fatto di cui alla lettera E) in cui non entra in considerazione un reato intenzionale, ma un reato commesso per negligenza. La violazione da parte di *PIEDONIS* dei propri obblighi di diligenza da un profilo oggettivo si traduce quindi, da un profilo soggettivo, in un'imprudenza colpevole tale da configurare una negligenza. Con riferimento all'elemento soggettivo si osserva che, mentre nei reati commessi per negligenza l'accertamento del requisito soggettivo si confonde con l'accertamento della violazione di un obbligo di diligenza, nei reati commessi intenzionalmente l'accertamento degli elementi di consapevolezza e volontà costituisce una soglia istruttoria piuttosto rilevante per poter determinare la responsabilità penale degli organi. Ne consegue che la soglia per una responsabilità penale degli amministratori è assai più elevata che quella per una responsabilità civile. Ciononostante, non è infrequente che le parti danneggiate in relazione ad una determinata situazione di difficoltà aziendale, in particolare i creditori, facciano ricorso allo strumento penale. Potrà, infatti, trattarsi di un mezzo, al di là delle possibilità di esito favorevole, persuasivo per mettere sotto pressione gli amministratori, ad es. nell'ottica della ricerca di una soluzione (di indennizzo) transattiva. Inoltre, potrà trattarsi di uno strumento con cui, a prezzo relativamente modico, si potranno trovare mezzi di prova e informazioni in merito ai fatti che si desidera approfondire in altri ambiti^[18]. Dal punto di vista degli organi inquirenti, invece, si tratterà di distinguere le fattispecie con un carattere prevalentemente civilistico da quelle propriamente penali, limitandosi a perseguire queste ultime.

[17] GARBASKY (nota 8), p. 335 s.

[18] GARBASKY (nota 8), p. 269.

IX. L'individualizzazione della responsabilità penale in CdA collettivi

Anche in relazione a CdA collettivi occorre distinguere tra una responsabilità penale, che discende da condotte attive attribuibili all'organo amministrativo, e un'altra che deriva da sue omissioni. Nel primo caso, occorre un contributo attivo del singolo consigliere. È possibile, così, far discendere da una responsabilità collettiva del consiglio una responsabilità individuale del singolo consigliere di amministrazione soltanto se egli ha partecipato attivamente a una determinata delibera, ad es. esprimendo un voto favorevole. Per contro, se egli era assente in occasione della seduta in questione o non ha approvato la delibera connessa con un'infrazione penale, non gli si può – di principio – attribuire una responsabilità penale, la quale resta, quindi, individualizzata^[19]. Nel secondo caso, nella verifica della causalità (ossia della circostanza se una condotta da parte del CdA conforme ai propri doveri avrebbe verosimilmente potuto impedire l'avverarsi dell'evento previsto dalla norma penale), tale esame resta a livello del CdA considerato nel suo insieme, ed è solo se il singolo consigliere ha intrapreso quanto ci si poteva ragionevolmente attendere da lui che il nesso di causalità si interrompe^[20]. Da un profilo soggettivo, tanto in caso di condotta attiva che di omissione, laddove il reato è intenzionale, le componenti di volontà e consapevolezza devono poter essere attribuibili, almeno nella forma del dolo eventuale, anche al singolo consigliere.

L'individualizzazione della responsabilità penale in seno a CdA collettivi si pone nelle situazioni di fatto di cui alle lettere C) ed E). Nella prima situazione di fatto che, come già accennato, può sfociare su una cattiva gestione, occorre che una certa consapevolezza in merito alla situazione di sovraindebitamento della società possa essere attribuibile anche al consigliere *DORMIGLIONIS*. Solo così può infatti adempersi, almeno nella forma del dolo eventuale, il requisito soggettivo di tale reato. Nella situazione di fatto di cui alla lettera E) entrano in considerazione due reati:

- quello di carente diligenza in operazioni finanziarie ai sensi dell'art. 305^{ter} CP e
- quello di omessa comunicazione ai sensi degli artt. 9 e 37 LRD.

La prima fattispecie, che punisce colui che prende in custodia valori patrimoniali senza accertarsi con sufficiente diligenza dell'identità dell'avente economicamente diritto, si configura come un reato di commissione (non omissivo, giacché si innesta su un'attività di intermediazione finanziaria) e intenzionale^[21]. Per stabilire una responsabilità penale in proposito di *AVVOCATONIS*, occorrerebbe accertare che egli abbia fornito un contributo nell'apertura della relazione con il cliente e che fosse a conoscenza del suo profilo e della carente compilazione del Formulario A relativo all'evento economicamente diritto riguardo al conto aperto della società. Con riguardo alla seconda fattispecie, invece, posto come il

[19] CASSANI (nota 10), p. 54.

[20] BURGNER (nota 13), p. 385.

[21] BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3^a ed., Berna 2010, N 7 e 11 ad art. 305^{ter} CP.

CdA è stato investito della questione del conto sospetto e cionondimeno non ha proceduto ad alcuna comunicazione, una responsabilità collettiva del CdA appare adempiuta. In applicazione dei criteri evocati in precedenza, nella misura in cui AVVOCATONIS non abbia intrapreso tutto quanto possibile affinché la banca procedesse alla comunicazione, egli potrà essere considerato individualmente responsabile penalmente.

La questione della individualizzazione della responsabilità penale in seno a un CdA collettivo induce a riflettere su due gradazioni di rischio penale a cui sono esposti i consiglieri. Da un lato, vi è un rischio di condanna. Quest'ultima presuppone tuttavia, da parte delle autorità giudicanti, un esame rigoroso dei requisiti oggettivi e soggettivi di una determinata fattispecie, che dovranno essere esaminati non solo con riferimento alle azioni, o alle omissioni, del CdA nel suo insieme, ma anche a quelle del singolo consigliere. D'altro lato, vi è un rischio di imputazione, ossia di avvio di un procedimento penale da parte delle autorità inquirenti. In questa costellazione possono essere sufficienti elementi di sospetto affinché un consigliere possa essere oggetto di un procedimento penale. In questa fase sovente occorrerà procedere prima ancora di avere scandagliato la posizione individuale del consigliere. Egli potrà quindi, per necessità di cose, trovarsi coinvolto in un procedimento penale senza una responsabilità propria. In considerazione del notevole carico emotivo, e talvolta anche finanziario (costi della difesa, danni di immagine e reputazionali), che un procedimento penale comporta, l'assunzione e l'esercizio di una carica quale consigliere vanno quindi ponderati con la necessaria cautela. Tale cautela è a maggior ragione necessaria per i consiglieri non esecutivi, che non hanno una conoscenza diretta sull'attività aziendale.

X. Conclusioni

"Fare o non fare", questo è il dilemma. Al momento dell'avvio di un procedimento penale, quando ancora le imputazioni non si sono dettagliate, non sempre è facile individuare che cosa viene concretamente rimproverato a colui che non ha materialmente commesso un reato ma riveste, in seno all'impresa in cui esso è stato compiuto, una posizione di amministratore o dirigente. In particolare, occorrerà distinguere le situazioni in cui entra in considerazione un contributo attivo (nella forma della correttezza o dell'istigazione) da quelle in cui può configurarsi invece soltanto un'omissione penalmente rilevante.

Nelle due situazioni prospettate, diversi saranno, infatti, i requisiti necessari per una punibilità del soggetto in questione. Nel primo caso, occorrerà individuare il contributo attivo di quest'ultimo e il relativo rapporto di causalità rispetto alla commissione del reato da parte del suo autore materiale. Nel secondo caso, la focalizzazione sarà invece soltanto sulla posizione di garante dell'imputato. In un caso, come in un altro, andranno poi accertati i requisiti soggettivi del reato. È chiaro come cambino, in una, o nell'altra ipotesi, gli elementi alla base di una possibile responsabilità degli amministratori o dirigenti d'impresa. Sarà quindi opportuno, fin dall'inizio di

un procedimento penale, capire, per le varie parti in gioco, accusa e accusatore privato, da un lato, difesa, dall'altro, su quale campo ci si muove.

A monte, in un'ottica di prevenzione del rischio penale (tanto di condanna che anche solo di imputazione), occorrerà, invece, per gli amministratori e dirigenti d'impresa mettere in atto tutte le misure protettive idonee a sventare il pericolo di coinvolgimento in procedimenti penali non solo con un ruolo attivo, ma anche in forma omissiva. Occorrerà, allora, stabilire linee chiare di attribuzione di competenze e di controllo all'interno dell'azienda. Onori, insomma, ma anche oneri per chi riveste una funzione apicale in seno ad un'impresa.

Il regime fiscale differenziato dei pensionati non residenti supera la prova del diritto europeo

Secondo la CGUE non è discriminatorio un trattamento impositivo differente tra pensionati ex dipendenti privati e pubblici



Carmine Marrazzo
PhD in European Tax Law
Università di Bologna,
Consulente fiscale presso BPER Banca S.p.A. - Modena

CGUE, sentenza del 30 aprile 2020, cause riunite C-168/19 e C-169/19.

La CGUE, con la sentenza nelle cause riunite C-168/19 e C-169/19, ha dichiarato che non viola le libertà fondamentali dell'UE la disciplina prevista dalla CDI tra Italia e Portogallo che riserva allo Stato di cittadinanza del percipiente il diritto di sottoporre a imposizione le pensioni derivanti da attività lavorativa resa nel settore pubblico. La pubblicazione della decisione rappresenta un'utile occasione per ragionare intorno al tema della tassazione delle pensioni e dei relativi regimi agevolati all'interno dell'UE.

Tra questi, circa 400'000 pensionati italiani^[1] hanno deciso di trasferirsi all'estero per beneficiare di un regime fiscale favorevole e/o di un costo della vita più basso.

Specularmente, nell'ambito di una sfrenata concorrenza fiscale tra Stati membri, diversi ordinamenti hanno intuito la potenzialità offerta dalla mobilità degli individui e sono entrati in questo mercato delle imposte^[2], prevedendo, tra le altre, misure di favore di carattere fiscale per attirare pensionati stranieri nei rispettivi Paesi.

Anche l'Italia ha approvato una misura in tal guisa (su cui *infra*) per rendersi competitiva in una sfida europea (e non solo) che, fino ad oggi, però, vedeva il regime portoghese, protagonista indiscusso, perché tra quelli più noti e più utilizzati.

Lo Stato lusitano, infatti, sin dal 2009, ha introdotto un regime fiscale che prevede(va)^[3] per coloro che avessero trasferito la loro residenza in Portogallo, l'acquisizione di uno speciale status, "residente non abituale" (*residentes não habituais*) che, tra l'altro, garantiva un'esenzione decennale per i redditi con fonte estera. In sostanza, il pensionato estero, trasferito in Portogallo, beneficiava di una sostanziale esenzione per i redditi esteri.

Da un punto di vista operativo, il meccanismo si basa essenzialmente sullo sfruttamento delle convenzioni contro le doppie imposizioni (CDI) sottoscritte dal Portogallo, le quali, generalmente, stabiliscono la tassazione del reddito da pensione nel Paese di residenza del beneficiario. In questo modo, poiché il Portogallo, Stato di residenza, rinunciava alla tassazione, il pensionato neo-residente poteva ricevere la pensione senza subire alcun prelievo.

I. Premessa: il contesto (normativo ed economico) di riferimento	68
II. La fattispecie oggetto della controversia e la risoluzione	69
III. La disciplina convenzionale del riparto impositivo alla luce del diritto europeo	69
IV. La reazione francese alla doppia non imposizione....	70
V. Conclusioni: prospettive future per i regimi di favore in Europa	70

I. Premessa: il contesto (normativo ed economico) di riferimento

Da qualche tempo, molti cittadini europei sono soliti godere del proprio trattamento pensionistico all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea (UE) diverso da quello in cui è maturato il diritto alle prestazioni previdenziali, sfruttando la libera circolazione delle persone, o, in alcuni casi, trasferendo la propria residenza in territori extra-europei.

[1] Dati dell'Istituto Nazionale Previdenza Sociale (INPS) per l'anno 2018.
[2] Espressione molto efficace coniata da PIETRO BORJA, *Diritto tributario europeo*, Milano 2016, p. 17.
[3] Si usa il tempo imperfetto, considerando che il regime in parola è stato modificato dalla Legge di bilancio 2020.

L'unica importante eccezione al regime predetto riguarda le pensioni pagate a chiunque sia precedentemente impiegato dallo Stato pagatore e, solo in alcune CDI, le somme pagate in applicazione delle norme sulla sicurezza sociale.

II. La fattispecie oggetto della controversia e la risoluzione

Proprio due ex-dipendenti pubblici italiani, dopo aver trasferito la loro residenza in Portogallo nel corso del 2015, hanno chiesto all'ente pensionistico (INPS) di ricevere, in applicazione dell'art. 18 e dell'art. 19, par. 2, CDI italo-portoghese, l'importo lordo delle loro pensioni, ovvero senza che venisse operato il prelievo alla fonte dell'imposta da parte dello Stato italiano.

Nella fase precontenziosa, l'INPS ha respinto tali domande ritenendo che, in forza dell'art. 19 della CDI italo-portoghese, a differenza dei pensionati italiani del settore privato, gli impiegati pubblici italiani debbano essere soggetti a imposizione in Italia.

A seguito del ricorso contro tale decisione, proposto dagli istanti, la Corte dei Conti, avente giurisdizione in materia, ha rinviato la questione innanzi alla Corte di giustizia dell'UE (CGUE), ritenendo come la CDI italo-portoghese prevedesse un'evidente disparità di trattamento tra pensionati italiani del settore privato e del settore pubblico residenti in Portogallo, in quanto i primi beneficerebbero indirettamente di un trattamento fiscale più vantaggioso dei secondi, circostanza questa che costituirebbe, a parere di detto giudice, un ostacolo alla libertà di circolazione garantita a tutti cittadini dell'UE dall'art. 21 TFUE, nonché una discriminazione basata sulla cittadinanza, violando così l'art. 18 TFUE.

Secondo la Corte di Lussemburgo, il diverso trattamento fiscale dei pensionati del settore privato o del settore pubblico, conseguente all'applicazione delle CDI, non è da considerarsi violazione del principio di libera circolazione all'interno dell'UE e di non discriminazione dei cittadini europei, in quanto effetto della mancata armonizzazione nella tassazione dei redditi a livello internazionale.

Il collegio dell'Ottava Sezione della Corte ha ribadito il principio secondo cui *"gli Stati membri sono liberi, nell'ambito di convenzioni bilaterali tendenti a evitare le doppie imposizioni, di stabilire i fattori di collegamento ai fini della ripartizione tra di loro della competenza tributaria"*.

Infine, da un punto di vista sistemico, i giudici ricordano che l'obiettivo di una CDI è di evitare che lo stesso reddito sia soggetto a tassazione in ciascuna delle due parti di tale convenzione, non già a garantire che l'imposizione alla quale è soggetto il contribuente in una Parte contraente non sia superiore a quella alla quale egli sarebbe soggetto nell'altra Parte contraente.

III. La disciplina convenzionale del riparto impositivo alla luce del diritto europeo

Come già segnalato, in linea con il Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OSE), l'art. 18 CDI tra l'Italia e il Portogallo prevede la tassazione delle pensioni nello Stato

di residenza del beneficiario. Tuttavia, ai sensi del successivo art. 19, le pensioni dovute in ragione di un rapporto di lavoro di natura pubblicistica sono tassate nello Stato della fonte.

Come noto, l'obiettivo essenziale delle CDI è di regolare la potestà impositiva tra diversi Stati, in casi in cui la fattispecie assume caratteri di transnazionalità. Nella prospettiva europea, similmente, la territorialità viene declinata non già in quanto principio, ma quanto criterio di riparto del potere impositivo tra gli Stati membri^[4].

Questa interpretazione della territorialità è giustificata nella misura in cui questo ordinamento nuovo, non facilmente identificabile né come Stato federale né come Confederazione di Stati, abbia competenza esclusiva nel funzionamento del mercato comune e, per l'effetto, abbia rilevanti poteri anche nel modellare un proprio sistema impositivo europeo.

In mancanza di un'armonizzazione attraverso il diritto euro-unitario, spetta infatti agli Stati membri fissare i criteri per la ripartizione delle proprie competenze fiscali, attraverso la conclusione di accordi contro la doppia imposizione o con provvedimenti unilaterali. Già il vecchio art. 293, secondo trattino, del Trattato sulla Comunità economia (TCE) li esortava esplicitamente ad accordarsi per eliminare la doppia imposizione all'interno della (ex) Comunità.

In questo senso deve essere letto il periodo *"gli Stati membri sono liberi, nell'ambito di convenzioni bilaterali tendenti a evitare le doppie imposizioni, di stabilire i fattori di collegamento ai fini della ripartizione tra di loro della competenza tributaria"*.

Allo stesso modo, non è irragionevole per gli Stati membri utilizzare i criteri seguiti nella prassi tributaria internazionale, quali fonte e residenza^[5].

È vero, come già affermato da diversi autori^[6], che sulla ragionevolezza dell'art. 19 si è discusso, ma, allo stato attuale, la liceità e legittimità di questo criterio di collegamento è stata

[4] In generale, sul principio di territorialità, cfr. CGUE, sentenza del 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, causa C-371/10, punto 46; sentenza del 17 settembre 2009, *Glaxo Wellcome*, causa C-182/08, punti 82 ss.; sentenza del 5 luglio 2012, *SIAT*, causa C-318/10, punti 45 e 46; nonché, sul principio di territorialità nel diritto in materia di IVA, anche la sentenza del 12 settembre 2013, *Le Crédit Lyonnais*, causa C-388/11, punto 42.

[5] Sul tema della territorialità in termini generali si rinvia al testo fondamentale di GUGLIELMO FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano 2004. Si veda anche ROBERTO BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano 2009. Sul tema specifico dei rapporti tra diritto dell'UE e principio di territorialità fiscale, CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, *Spunti ricostruttivi del diritto tributario internazionale*, in: *Diritto e Pratica Tributaria* n. 2/2016, p. 433 ss.; PHILIPPE MARCHESOU, *Le conseguenze fiscali del Trattato di Lisbona*, in: *Rassegna Tributaria* n. 3/2010, p. 595 ss.; GIUSEPPE MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in: *Rassegna Tributaria*, n. 4/2000.

[6] FRANCO ROCCATAGLIATA, *Il postino paga sempre due volte (o quasi)... quando se ne va in pensione in Portogallo*, in: *Corr. Trib.* n. 7/2020, p. 685 e MICHAEL LANG, *Article 19(2): The Complexity of the OECD Model Can Be Reduced*, in: *Bulletin for International Taxation*, n. 1/2007, p. 17.

ampiamente confermata dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo[7].

Inoltre, anche in seguito alla pronuncia in nota, in un contesto nel quale gli ordinamenti cercano di offrire regimi sempre più attraenti per i pensionati, l'ancora di salvezza per le casse erariali rappresentata dall'art. 19 rischia di trasformarsi in un meccanismo indiretto di contrasto alle distorsioni del mercato delle imposte rappresentati da questi regimi agevolati.

IV. La reazione francese alla doppia non imposizione

Ma vi è di più. I benefici previsti dall'ordinamento portoghese e non solo, come già più volte evidenziato, si basano sull'applicazione delle CDI, che attribuiscono piena ed esclusiva potestà impositiva al Paese di residenza del pensionato. Tuttavia, per evitare in concreto una doppia non imposizione, alcune amministrazioni fiscali hanno trovato un modo per reagire a questa potenziale doppia non imposizione, come successo in Francia.

In particolare, il Consiglio di Stato francese con due decisioni ha assunto un'interpretazione assai particolare delle CDI (nel caso di specie si trattava delle CDI franco-spagnole e franco-tedesca)[8].

I giudici amministrativi francesi hanno ritenuto che l'art. 4 M-OCSE, interpretato in combinato disposto con l'art. 18, si riferisca quale "residente di uno Stato contraente" a una persona che è realmente assoggettata a imposta. Di conseguenza, in assenza di imposizione, tale persona, sebbene residente in altro Stato, non potrebbe invocare il beneficio convenzionale.

La lettura francese, sebbene suggestiva, resta un caso quasi isolato nel contesto europeo. La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione italiana[9], ad es., ha interpretato l'art. 4 CDI in modo significativamente difforme. Secondo i giudici di legittimità, infatti, affinché una persona possa ottenere i benefici convenzionali, è sufficiente che vi sia un assoggettamento teorico a imposizione.

Stando alla dottrina, infatti, l'espressione *liable to tax*, utilizzata all'art. 4 M-OCSE, indica l'astratta soggettività impositiva, mentre il reale assoggettamento a imposizione è espresso dalla locuzione *subject to tax*.

V. Conclusioni: prospettive future per i regimi di favore in Europa

È chiaro che, a fronte di un sistema europeo così frammentato in cui gli Stati si affrontano in un *race to bottom*, molti cittadini europei possono sfruttare questo *status quo*, esercitando

la libertà di circolazione all'interno dell'UE. D'altra parte, in un contesto assai difficile come quello risultante dalla recentissima crisi economica derivante dalla pandemia, gli Stati membri, da un lato, cercano nuove fonti di entrata con normative sempre più ingegnose, dall'altro lato, tentano di contrastare la fuga dei propri contribuenti all'estero.

A titolo esemplificativo, mentre il Governo socialista portoghese ha intrapreso una politica fiscale volta all'attenuazione delle previsioni agevolative, contestualmente la Grecia si avvia ad introdurre all'interno del proprio ordinamento giuridico un regime fiscale decennale con aliquota al 7% ricadente sui redditi esteri dei pensionati che si trasferiranno nello Stato ellenico.

In definitiva, è chiaro che gli altri Stati hanno due possibili opzioni: o copiare questi regimi per attrarre a loro volta pensionati stranieri, cercando, d'altra parte, di mantenere i propri concittadini sul proprio territorio; ovvero cercare di contrastare questi trasferimenti con interpretazioni normative e/o prassi che tendano ad assoggettare a imposizione alla fonte tali redditi.

Seguendo la prima via, però, si rischia di acuire vieppiù una discriminazione tra i contribuenti non agevolati, i quali subiscono una tassazione piena senza possibilità di sfruttare questi regimi.

D'altra parte, il perseguimento della seconda strada, ossia implementare meccanismi idonei a contrastare potenziali non imposizioni, risulta essere arduo, avendo riguardo alla giurisprudenza della CGUE.

La stessa esperienza francese rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale, essendo il risultato di un'interpretazione delle CDI da parte della giurisprudenza interna.

Seppure nei limiti del riparto delle competenze, sarebbe forse auspicabile un intervento deciso da parte delle Istituzioni europee che limiti, anche solo attraverso una *moral suasion*, la possibilità per gli Stati membri di concorrere nella "race to the bottom".

Per il momento, sembra che l'ordinamento italiano abbia seguito la strada della concorrenza, cercando di rendere il proprio sistema fiscale più competitivo.

Ai sensi dell'art. 24-ter del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), introdotto dall'art. 1, comma 273, della Legge (L.) n. 145/2018, infatti, le persone fisiche titolari di redditi da pensione erogati da soggetti esteri che trasferiscono la residenza fiscale nel Sud Italia[10] possono beneficiare di un regime fiscale opzionale, che prevede l'applicazione di un'imposta sostitutiva dell'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (IRPEF) con aliquota al 7% a qualsiasi categoria di

[7] In generale sulla ragionevolezza dei criteri di collegamento utilizzati dagli Stati membri, si segnalano le decisioni della Corte di Giustizia, sentenze del 12 maggio 1998, *Gilly*, C-336/96, EU:C:1998:221, punto 31, e del 24 ottobre 2018, *Sauvage e Lejeune*, C-602/17, EU:C:2018:856, punto 23.

[8] Conseil d'État, décisions du 9 novembre 2015 n. 370054 et n. 371132

[9] Si veda, *ex multis*, Cass. ord. 17 aprile 2019, n. 10706 con nota di CARLO ROMANO/DANIELE CONTI, Il corretto significato del requisito di assoggettamento ad imposta ai fini della riduzione convenzionale delle ritenute: è lui Godot?, in: NF n. 3/2020, pp. 163-169.

[10] In particolare in uno dei Comuni appartenenti al territorio delle regioni Sicilia, Calabria, Sardegna, Campania, Basilicata, Abruzzo, Molise e Puglia, con popolazione non superiore a 20'000 abitanti.

reddito prodotto all'estero, per ciascuno dei nove periodi d'imposta di validità dell'opzione^[11].

Al momento è troppo presto per fare un primo bilancio sull'efficacia di questa normativa, ma è indubbio che l'Italia, ormai, si sia lanciata in questa sfida il cui obiettivo non è solo quello di rimpinguare le casse erariali, quanto quello di attrarre in località poco abitate del Mezzogiorno consumatori in grado di aiutare le economie locali con la loro capacità di spesa.

Una domanda, però, sorge spontanea: fino a quando il sistema Europa può reggere questa corsa al ribasso^[12]?

[11] Sul punto, si rileva che non tutte le CDI sottoscritte dall'Italia si prestano a uno sfruttamento pieno di questo regime speciale. A titolo esemplificativo, la CDI italo-francese, all'art. 18, prevede la tassazione nello Stato di residenza dei redditi da pensione. Tuttavia, lo stesso Trattato sancisce la tassazione nello Stato della fonte nel caso in cui le pensioni siano pagate in applicazione della legislazione sulla sicurezza sociale. L'ambito di applicazione della locuzione "sicurezza sociale", alla luce dell'Accordo amichevole concluso tra le amministrazioni finanziarie francesi e italiani, risulta amplissimo, non limitato alle pensioni "sociali", d'invalidità, di vecchiaia o erogate da un ente pubblico (e.g. sono incluse nella tassazione alla fonte anche le pensioni pagate dalle Casse professionali). Tra i pochi precedenti giurisprudenziali, infatti, si rinviene Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sentenza n. 1233/2018 (richiamando Cass. sent. n. 23001/2010), la quale ha deciso che nell'ordinamento italiano, a seguito di un'evoluzione costituzionalmente orientata, il termine "sicurezza sociale" sia indicativo di un concetto di ampio contenuto, comprensivo di tutti i diritti, tanto di previdenza che di assistenza, collegati alla persona, alla sua dignità e, in quanto tali, inviolabili, secondo i principi riconosciuti dall'art. 38 Cost., principi peraltro presenti anche nel diritto internazionale.

[12] Questa domanda retorica, ovviamente, è replicabile anche sulle imprese e sui privati, anche non pensionati.



BancaStato è la Banca di riferimento in Ticino

Abbiamo tutti bisogno di punti fermi, di certezze e di sicurezze.
Noi vi offriamo il costante impegno di essere da sempre con il Ticino
e per i ticinesi.

noi
per
voi

 **BancaStato**