

All'att.ne dell' Agenzia delle Entrate
dc.gci.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Milano, 19 novembre 2021

Oggetto: Consultazione pubblica sulla bozza di “Circolare ATAD n. 2 - Chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi - decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (recepimento della Direttiva ‘ATAD’)”

Sommario: 1. Premessa – 2. Tematica: violazione delle previsioni del d.lgs. 142/2018 e possibile integrazione del delitto di dichiarazione infedele, ex art. 4 d.lgs. 74/2000 (paragrafo 2.1 della bozza di circolare) – 3. Osservazioni; 3.1. Il fatto tipico del reato di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/00). In particolare, gli “elementi attivi e passivi” rilevanti per la norma incriminatrice; 3.1.1. La natura della disposizione di cui al comma 1 bis dell’art. 4 d.lgs. 74/00; 3.1.2. Ricostruzione della nozione di “elementi attivi” e “elementi passivi” dalla lettura combinata dei commi 1 e 1 bis dell’art. 4; 3.2. Quando la violazione delle norme anti-ibridi può integrare il fatto tipico del reato di dichiarazione infedele – 4. Contributi e finalità.

1. Premessa

Ringrazio i competenti organi dell’Agenzia delle Entrate per aver offerto l’opportunità di sottoporre alla loro attenzione alcune considerazioni in merito alla bozza di circolare in tema di disallineamenti da ibridi.

L’ampio e articolato documento che viene sottoposto alla consultazione pubblica fornirà un prezioso aiuto al contribuente e all’interprete chiamati a fare applicazione del Capo IV del d.lgs. del 29 novembre 2018, n. 142, che reca le disposizioni attuative della dir. UE 2017/952, cd. ATAD 2, sui disallineamenti da ibridi con i paesi terzi, ampliandone la portata applicativa.

Tra i molti profili di interesse che la bozza di circolare presenta, va sicuramente annoverato lo sforzo di fornire indicazioni sulle possibili interferenze della disciplina tributaristica, nella materia oggetto dell'intervento, con la legge penale, sebbene né la direttiva né il decreto legislativo contengano riferimenti espressi alle ricadute penali che la violazione delle norme “anti ibridi” può generare.

È a questo specifico profilo del documento in consultazione che sono rivolte le considerazioni esposte di seguito.

2. Tematica: violazione delle previsioni del d.lgs. 142/2018 e possibile integrazione del delitto di dichiarazione infedele, ex art. 4 d.lgs. 74/2000 (paragrafo 2.1 della bozza di circolare)

A pag. 18 del documento in consultazione, al paragrafo 2.1, dedicato a “*Ambito soggettivo e attività di adempimento*”, si legge che “*Appare opportuno, infine, chiarire che le previsioni contenute nel Decreto ATAD hanno natura di ‘norme di sistema’ e non si qualificano come ‘norme antiabuso’*. *Ne consegue che le medesime non possono essere oggetto di disapplicazione a seguito di interpello disapplicativo e, in caso di loro violazione, occorrerà valutare da parte degli organi di controllo la sussistenza dei presupposti di legge per la comunicazione all'autorità giudiziaria per le autonome valutazioni in merito all'applicabilità delle previsioni di cui all'articolo 4 del Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74*”.

In questo passaggio del documento, correttamente si richiama l'obbligo, incombente su ogni pubblico ufficiale (ex art. 331 c.p.p.), di informare l'autorità giudiziaria laddove sia acquisita la notizia della consumazione di un fatto che potrebbe costituire reato.

Naturalmente al pubblico ufficiale non viene richiesto di accertare il ricorrere di tutti i requisiti che fondano la responsabilità penale del contribuente – la formulazione del passaggio ora richiamato, da questo punto di vista, è indubbiamente esatta –, ma esclusivamente di “*valutare [...] la sussistenza dei presupposti di legge*” che innescano l'obbligo di trasmissione della notizia di reato alla procura della repubblica competente.

Al riguardo, secondo una lettura diffusa (per quanto criticata da una parte della dottrina penalistica), che muove dalla formulazione dell'art. 332 c.p.p. (“*Contenuto della denuncia*”), e che è espressamente recepita dalla Guardia di Finanza con la circolare 1/2018, l'obbligo di denuncia in capo al pubblico ufficiale (così come all'incaricato di pubblico servizio) si ha nel momento in cui il soggetto abbia contezza della commissione di fatti in cui sono riconoscibili gli elementi costitutivi essenziali del fatto tipico di un qualche reato perseguibile d'ufficio, senza necessità, invece, che sia escluso l'operare di cause di giustificazione o cause di non punibilità (si vedano Cass. 14.12.1985, n. 1284/86, e il Volume I, pp. 143 e 206, della Circolare 1/2018 della Guardia di Finanza, recante il “*Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*”, in cui si esclude altresì che il pubblico ufficiale subordini la trasmissione della notizia di reato al riconoscimento degli estremi dell'elemento psicologico del reato).

A tale fine, col documento in consultazione viene fornita una prima preziosa coordinata, laddove si è ritenuto di fare espresso riferimento alla possibilità che la violazione delle norme del d.lgs. 142/18 finalizzate alla neutralizzazione dell'effetto dei disallineamenti da ibridi integri il fatto tipico del delitto di “Dichiarazione infedele”, previsto e punito all’art. 4 d.lgs. 74/00.

Il documento, però, non offre elementi che aiutino l’organo di controllo a identificare – fra le possibili diverse fattispecie di disallineamento da ibridi realizzabili a seguito di violazione delle disposizioni del Decreto ATAD – quali possano in ipotesi condurre all’integrazione dell’illecito penale in questione, né, tanto meno, quali siano quegli “*elementi essenziali del fatto*” che, ai sensi dell’art. 332 c.p.p., il pubblico ufficiale deve indicare nella denuncia all’autorità.

Col presente contributo si intende, pertanto, proporre una riformulazione del passaggio in esame che aiuti l’organo di controllo a distinguere i casi di violazione delle norme anti-ibridi sussumibili sotto la fattispecie penale di dichiarazione infedele – che devono essere fatti oggetto di comunicazione di notizia di reato ai sensi degli artt. 331 e 332 c.p.p. –, dai casi irrimediabilmente privi di taluno degli elementi costitutivi del fatto tipico di tale reato – che non devono essere comunicati all’autorità giudiziaria per mancanza dei presupposti di legge –.

3. Osservazioni

3.1. Il fatto tipico del reato di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/00). In particolare, gli “elementi attivi e passivi” rilevanti per la norma incriminatrice

All’art. 4 del d.lgs. 74/00 – come riformato dal d.lgs. 158/15 e di nuovo, limitatamente alla cornice edittale e alle soglie di punibilità, dal d.l. 124/19, conv. in l. 157/19 – è punito, fuori dei casi previsti dagli artt. 2 e 3, “*con la reclusione da due anni a quattro anni e sei mesi chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti, quando, congiuntamente: a) l’imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro centomila; b) l’ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all’imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti, è superiore al dieci per cento dell’ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a euro due milioni*”.

Al comma 1 *bis* dell’articolo in discorso – introdotto dal d.lgs. 158/15 – è altresì previsto che “*ai fini dell’applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell’esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali*”.

Infine, al comma 1 *ter* – introdotto con la ricordata riforma del 2015 e da ultimo modificato con gli interventi del 2019 – è previsto che *“fuori dei casi di cui al comma 1 bis, non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che complessivamente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lettere a) e b)”*.

3.1.1. La natura della disposizione di cui al comma 1 bis dell'art. 4 d.lgs. 74/00

È noto come all'attuale formulazione della fattispecie di reato il legislatore del 2015 sia pervenuto al *“preminente fine di escludere la rilevanza penale delle operazioni di ordine classificatorio aventi a oggetto elementi attivi o passivi effettivamente esistenti, in modo da limitare tendenzialmente la sfera applicativa della figura criminosa – priva di connotati di fraudolenza – al solo mendacio su dati oggettivi e reali”* (così la Relazione illustrativa al d.lgs. 158/15, pag. 3).

Tuttavia, per quanto sia chiaro lo scopo della riforma del 2015, la riformulazione della norma nel testo oggi vigente pone più di un problema interpretativo e, in particolare, per quanto può essere di interesse in questa sede, lascia all'interprete il compito di definire i rapporti intercorrenti fra la descrizione del fatto tipico contenuta nel comma 1 e le “esclusioni” indicate dal legislatore al comma 1 bis: un problema, quest'ultimo, di concreta pratica rilevanza nell'economia della bozza di circolare in discussione stanti le ricadute che comporta sull'eventuale insorgenza dell'obbligo di denuncia in capo all'organo di controllo. In sintesi, la questione si pone, infatti, in questi termini: se il fatto tipico del reato di dichiarazione infedele è compiutamente descritto al comma 1 dell'art. 4 e se la disposizione di cui al comma 1 bis va inquadrata nel novero delle cause di non punibilità, allora – viste le considerazioni svolte sopra al §2 – l'organo di controllo sarà chiamato a trasmettere la notizia di reato ogniqualvolta il fatto del contribuente integri tutti e solo gli elementi descritti al comma 1 della norma in esame, senza doversi interrogare sull'operare delle “esclusioni” di cui al comma 1 bis; al contrario, se la disposizione di cui al comma 1 bis concorre alla descrizione del fatto tipico del reato, l'organo di controllo non potrà prescindere da una verifica circa il ricorrere o meno delle ipotesi ivi previste così da poter indicare, nell'eventuale comunicazione di notizia di reato, gli *“elementi essenziali del fatto”*, come imposto dalla legge (art. 332 c.p.p.).

Ebbene, la questione, in assenza ad oggi di una presa di posizione da parte della giurisprudenza penale, non può che essere risolta – in applicazione delle tradizionali tecniche interpretative – guardando alla lettera della norma, alla sua collocazione sistematica, allo scopo e, da ultimo, all'intenzione del legislatore storico: un percorso che conduce a riconoscere la natura composita della disposizione di cui al comma 1 bis e, quindi, la diversa declinazione dei rapporti fra la stessa e la disposizione di cui al comma 1 a seconda della categoria di “esclusioni” di volta in volta rilevanti.

In tal senso, è necessario distinguere, all'interno del comma 1 bis, due diverse categorie: da un lato, il riferimento alla *“non corretta classificazione”*, alla *“violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza”*, alla *“non inerenza”* e alla *“non deducibilità di elementi passivi reali”*; dall'altro lato, il riferimento alla *“valutazione di*

elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali”.

Per quanto, infatti, il legislatore abbia accorpato tutte queste ipotesi all'interno del medesimo comma (con una scelta senz'altro discutibile dal punto di vista della tecnica legislativa), ci troviamo in realtà al cospetto di fenomeni riconducibili a due ben diverse categorie della struttura del reato: da un lato, il legislatore ha elencato una serie di elementi negativi del fatto tipico (ossia elementi che non devono ricorrere perché il fatto tipico del reato possa dirsi integrato); dall'altro lato, con la riforma del 2015, il legislatore ha trasferito, all'interno dell'art. 4, la causa di non punibilità prima prevista all'art. 7 del d.lgs. 74/00 (norma oggi abrogata).

Delle due categorie, solo la prima contribuisce alla “costruzione” del fatto tipico del reato, nella misura in cui gli elementi elencati concorrono alla determinazione del disvalore che il legislatore ha inteso sanzionare penalmente. Più precisamente – stante la formulazione “in negativo” della disposizione di cui al comma 1 *bis* – la norma deve essere letta nel senso che il disvalore del reato di dichiarazione infedele non si manifesta al ricorrere delle ipotesi ivi contemplate, per esempio nel caso di abbattimento della base imponibile attraverso la violazione delle norme tributarie che prevedono l'indeducibilità di taluni elementi passivi (e ciò, si badi, a prescindere dalla volontarietà o meno della violazione di tali norme da parte del contribuente).

La lettura ora proposta è confortata dalle intenzioni dello stesso legislatore storico, per come espresse nella Relazione illustrativa al d.lgs. 158/15 che ha introdotto all'art. 4 il comma 1 *bis*. Come ricordato sopra, infatti, nella relazione si legge, a pag. 3, che scopo della riforma è quello di “escludere la rilevanza penale delle operazioni di ordine classificatorio”, categoria cui possono essere ricondotte tutte le “esclusioni” annoverate al comma 1 *bis*, ad eccezione, proprio, delle sole “valutazioni”.

La categoria delle cause di non punibilità, al contrario, si riferisce a situazioni – contestuali o successive alla realizzazione del fatto – estranee al giudizio di disvalore che sta alla base della scelta punitiva del legislatore, ma che cionondimeno conducono all'esclusione della punibilità del fatto per ragioni, in senso lato, di opportunità.

Si pensi alla non punibilità del fatto di dichiarazione infedele di chi estingua integralmente il debito tributario prima di aver avuto formale conoscenza dell'esistenza di “indagini” da parte dell'autorità amministrativa o penale (*ex art. 13 d.lgs. 74/00*): il pagamento del debito non esclude il disvalore del fatto di aver presentato una dichiarazione infedele, ma il legislatore ha inteso, nell'interesse dell'erario, stimolare il ravvedimento operoso del contribuente attraverso il ricorso all'istituto della causa di esclusione della punibilità in ottica premiale.

Ebbene, tornando al comma 1 *bis* qui oggetto del nostro interesse, le caratteristiche proprie dell'istituto della causa di non punibilità sono ravvisabili nell'ipotesi delle “valutazioni” i cui criteri siano indicati nel bilancio o in altra documentazione rilevante ai fini fiscali. Il fatto che l'abbattimento della base imponibile sia il frutto di valutazioni scorrette, infatti, non esclude di per sé il disvalore del fatto (come abbiamo visto accadere, al contrario, nel caso di violazione delle disposizioni sull'indeducibilità di costi reali).

Tanto si ricava, a tacer d'altro, dal fatto che al comma 1 *ter* dell'art. 4 è fissata una soglia specifica di rilevanza penale per quei fatti di dichiarazione infedele frutto, per l'appunto, di valutazioni scorrette. Quello che, invece, il legislatore ha inteso conseguire con l'esclusione della punibilità del contribuente che abbia indicato in documenti acquisibili dagli enti di controllo i criteri concretamente applicati nelle valutazioni degli elementi attivi o passivi indicati in dichiarazione è favorire (premiandoli con la non punibilità sul piano penale) comportamenti che rendono più agevole per gli enti di controllo l'accertamento dell'infedeltà della dichiarazione.

Per esempio, nel fatto di chi indichi in dichiarazione elementi attivi inferiori a quelli effettivi avendo valutato i prezzi di trasferimento infragruppo in violazione dei criteri di legge è pienamente riconoscibile il disvalore del reato di dichiarazione infedele; tuttavia, se tali criteri sono stati indicati nella documentazione fiscale sulla politica di *transfer pricing* concretamente adottata, il fatto non sarà punito perché il legislatore ha ritenuto, nell'interesse dell'erario, di stimolare, attraverso la rinuncia alla pena, i contribuenti "infedeli" a tenere condotte che aumentano le *chance* per gli enti di controllo di riconoscere l'illecito e recuperare a tassazione il reddito sottratto.

3.1.2. Ricostruzione della nozione di "elementi attivi" e "elementi passivi" dalla lettura combinata dei commi 1 e 1 bis dell'art. 4

Sulla scorta delle riflessioni svolte nel precedente paragrafo, la ricostruzione in via interpretativa della nozione di "elementi attivi" e di "elementi passivi", quali elementi costitutivi del delitto di dichiarazione infedele, impone una lettura congiunta dei commi 1 e 1 *bis* dell'art. 4, oltre che della lett. b) del comma 1 dell'art. 1 del medesimo d.lgs. 74/00.

Muovendo da quest'ultima disposizione, vediamo come il legislatore abbia provato a fornire una definizione generale, valida per tutte le fattispecie di cui al d.lgs. 74/00, di elementi attivi e elementi passivi, secondo cui devono intendersi come tali "*le componenti, espresse in cifra, che concorrono, in senso positivo o negativo, alla determinazione del reddito o delle basi imponibili rilevanti ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto e le componenti che incidono sulla determinazione dell'imposta dovuta*" (l'ultima proposizione è stata inserita con la riforma del 2015).

Su questa definizione di portata generale si inserisce la formulazione di cui al comma 1 dell'art. 4, che attribuisce rilevanza ai fini dell'integrazione del delitto di dichiarazione infedele *i)* agli elementi attivi indicati nella dichiarazione per un ammontare inferiore a quello effettivo e *ii)* agli elementi passivi inesistenti indicati in dichiarazione.

Già dal confronto fra queste due disposizioni emerge che il novero degli "elementi attivi e passivi" rilevanti per l'integrazione del delitto di dichiarazione infedele è più circoscritto rispetto a quello individuato dalla definizione generale, perlomeno sotto due diversi profili: rilevanti ai sensi dell'art. 4 sono solo gli elementi (attivi o passivi) indicati in dichiarazione e, fra gli elementi passivi, solo quelli inesistenti.

Ma l'insieme degli elementi attivi e passivi che sono rilevanti per averci dichiarazione infedele è ulteriormente circoscritto per effetto delle "esclusioni" di cui al comma 1 bis, per cui, come già ricordato sopra, "ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1", non si tiene conto di una serie di operazioni di natura classificatoria.

Su quest'ultimo punto è, però, necessaria una precisazione.

La disposizione di cui al comma 1 bis, di formulazione senz'altro infelice, appare a una prima lettura in parte priva di effetti, in parte contraddittoria rispetto a quanto disposto al comma 1 del medesimo articolo.

Una volta affermata, al primo comma, la rilevanza dei soli elementi passivi inesistenti che siano indicati in dichiarazione, infatti, appare innanzitutto incapace di produrre effetti pratici l'esclusione, al comma 1 bis, della rilevanza di operazioni classificatorie interessanti elementi passivi esistenti (o "reali") che, in quanto tali, dovrebbero in ogni caso sfuggire sempre alle maglie della norma incriminatrice. Appare, invece, contraddittorio (nella formulazione della causa di esclusione della punibilità) il riferimento alla "valutazione di [...] elementi passivi oggettivamente esistenti", la cui punibilità sarebbe esclusa solo in caso di *disclosure* sui criteri adottati dal contribuente, ma che, in realtà, dovrebbero essere già a priori esclusi dalla portata applicativa della norma per il solo fatto di essere – di nuovo – elementi passivi *esistenti*.

Ora, sebbene non sarebbe certo la prima volta che il legislatore incappa in vizi logici di questo tipo, merita di essere sondato un diverso percorso interpretativo che conduce a superare le incongruenze rilevate sopra.

In base a questa diversa lettura, le operazioni classificatorie e la causa di non punibilità di cui al comma 1 bis non dovrebbero essere lette come riferite necessariamente agli elementi attivi e passivi indicati in dichiarazione di cui al comma 1, ma, più in generale, a tutte le componenti che, secondo la definizione di "elementi attivi e passivi" di cui alla lett. b) del comma 1 dell'art. 1, "concorrono, in senso positivo o negativo, alla determinazione del reddito o delle basi imponibili".

Si pensi al caso in cui l'adozione di una politica dei prezzi di trasferimento contraria alle previsioni del comma 7 dell'art. 110 T.U.I.R. porti all'indicazione, nel conto economico della società, di costi sovrastimati e, di conseguenza, all'indicazione, nella dichiarazione dei redditi, di un elemento attivo (l'utile di esercizio) per un ammontare inferiore a quello effettivo, ossia all'ammontare che sarebbe risultato se il contribuente avesse rispettato la disciplina tributaria in materia. In un simile caso, all'illegittimo abbattimento della base imponibile il contribuente perviene sì attraverso l'indicazione di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo, ma come effetto della valutazione di elementi passivi oggettivamente esistenti e come tali contabilizzati nel bilancio sociale (i costi "sovrapvalutati" dei trasferimenti infragruppo), sicché potrà invocare l'esclusione della punibilità di cui al comma 1 bis ove i criteri concretamente applicati siano indicati nella documentazione fiscale sui prezzi di trasferimento. Il contribuente non potrà, invece, invocare l'inapplicabilità della norma incriminatrice per il solo fatto che i costi, per quanto sovrastimati, sono *esistenti* e, quindi, in quanto tali, non integrerebbero il fatto tipico del reato (che, ricordiamo, richiede l'indicazione in dichiarazione di elementi passivi *inesistenti*), ciò in quanto tali costi "entrano" nella dichiarazione dei redditi non

come elementi passivi, ma sotto forma di elemento attivo, avendo concorso (seppur in senso negativo) alla determinazione dell'utile di esercizio.

Ancora, si pensi al meccanismo con cui il diritto tributario nazionale limita l'imposizione sui dividendi al 5% del loro ammontare. Anche in questo caso, come per i prezzi di trasferimento, prospettiva contabile e prospettiva fiscale divergono nella qualificazione dell'elemento in questione. Se, infatti, il dividendo è indubbiamente una posta attiva del conto economico del titolare della partecipazione, andando quindi a concorrere come componente positivo nella quantificazione dell'utile di esercizio, in dichiarazione il contribuente dovrà operare, ai sensi dell'art. 89 T.U.I.R., una variazione in diminuzione pari al 95% dell'ammontare dei dividendi incassati (ipotizzando che vi sia stata coincidenza fra esercizio di incasso e esercizio di imputazione), ossia indicare, nel linguaggio dell'art. 4 d.lgs. 74/00, un elemento passivo. Ecco allora che nel caso in cui il contribuente inserisse una variazione in diminuzione per aver classificato erroneamente come dividendo una voce di reddito altrimenti interamente imponibile, ragionare in termini di esistenza/inesistenza dell'elemento passivo indicato in dichiarazione sarebbe fuorviante (la variazione in diminuzione costituendo un mero meccanismo giuridico-fiscale più che un evento fenomenico), mentre soccorrerebbe utilmente l'interprete la previsione di cui al comma 1 bis, laddove prevede che se l'abbattimento della base imponibile è frutto di una classificazione errata, allora il fatto cade fuori dalla portata applicativa della fattispecie di dichiarazione infedele. Ciò, beninteso, sempre che l'errata classificazione non sia accompagnata anche dalla realizzazione di una qualche condotta *deceittiva* da parte del contribuente (come una *falsa* iscrizione nel bilancio), in tal caso potendo il fatto presentare i connotati della più grave fattispecie di "*Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*" (art. 3, d.lgs. 74/00).

È da ultimo utile rilevare che gli attributi "inesistenti" vs "esistenti" (o "reali"), con cui all'art. 4 sono qualificati gli elementi passivi, non vanno intesi secondo un'accezione strettamente "naturalistica", ma in una più ampia accezione "giuridica". Si pensi all'indicazione nella dichiarazione di una stabile organizzazione di elementi passivi "nozionali-figurativi", frutto dell'applicazione della disciplina prevista dall'art. 152 del T.U.I.R. che, in linea con le indicazioni OCSE, richiede di identificare, riconoscere (a certe condizioni) e caratterizzare anche operazioni meramente interne che si considerano avvenute tra stabile organizzazione e casa madre – o altre stabili organizzazioni della medesima entità – (c.d. *internal dealing*). Ebbene, tali componenti, anche ove esistenti solo nella prospettiva giuridico-fiscale ("*deemed payment*") in quanto completamente scollegati da costi realmente sostenuti dal contribuente (*rectius*, dall'impresa nel complesso cui appartiene la stabile organizzazione), devono cionondimeno considerarsi "esistenti" o "reali", ai sensi dell'art. 4, quantomeno se, e nella misura in cui, sono riconosciuti dall'ordinamento fiscale. Di conseguenza, anche in relazione a tali elementi nozionali-figurativi, come per qualunque altro elemento passivo indicato in dichiarazione, la violazione delle norme tributarie che ne disciplinano individuazione e quantificazione può comportare l'integrazione del reato di dichiarazione infedele, salvo che il fatto del contribuente sia inquadrabile nelle ipotesi di cui al comma 1 bis dell'art. 4.

3.2. *Quando la violazione delle norme anti-ibridi può integrare il fatto tipico del reato di dichiarazione infedele*

Definita la nozione rilevante ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 74/00 dei lemmi "elementi attivi" e "elementi passivi", è ora possibile verificare in quali casi la violazione delle norme di cui al d.lgs. 142/18 e, più precisamente, delle norme di reazione previste dal Decreto ATAD per annullare l'effetto del disallineamento da ibridi (artt. 8, commi 1, 2 e 3, e 10), può condurre all'integrazione del fatto tipico del delitto di dichiarazione infedele, così fondando l'obbligo per l'organo di controllo di trasmettere la notizia di reato all'autorità giudiziaria competente.

Prendendo a guida le esemplificazioni contenute al paragrafo 8 della bozza di circolare, non sono inquadrabili come disallineamenti da ibridi (e, quindi, cadono fuori dalla presente analisi, che intende essere focalizzata sui profili di rilevanza penale della violazione delle norme di reazione di cui al Decreto ATAD) le ipotesi in cui il potenziale disallineamento sia rimosso in origine in forza dell'operare di disposizioni tributarie che trovano applicazione prioritaria rispetto alla disciplina anti-ibridi. Si pensi alle ipotesi contemplate agli esempi n. 1, 2, 3 e 4, in cui il disallineamento è disinnescato in forza della negazione, da parte dello Stato italiano, della *dividend exemption* (ex artt. 44, c. 2, lett. a, e 96 T.U.I.R.). In tali casi, nemmeno la violazione delle norme che escludono il disallineamento (negli esempi, quelle che negano la *dividend exemption*) determinerà la necessità che in taluna delle giurisdizioni interessate si faccia applicazione delle norme di reazione, non essendoci, a ben vedere, alcun disallineamento fra gli ordinamenti ed essendo, invece, l'illegittima sottrazione all'imposizione di parte del reddito frutto della condotta illecita del contribuente.

Con riferimento, invece, ai casi in cui l'eliminazione del disallineamento passa attraverso l'applicazione delle norme di reazione primaria o secondaria del Decreto ATAD, è da subito interessante rilevare come nella bozza di circolare si affermi (a pag. 17) che il contribuente italiano che si qualifichi come soggetto passivo (nella veste di pagatore, investitore o beneficiario) "è chiamato ad elaborare un processo valutativo al momento della determinazione della base imponibile ai fini IRES o ai fini IRPEF per verificare l'esistenza di una delle fattispecie rilevanti (articoli 6 e 10 del Decreto ATAD) ed il ruolo in esse assunto (articolo 7 del Decreto ATAD). In esito a tale attività valuterà l'applicazione delle pertinenti disposizioni fiscali (articoli 8, commi 1, 2 e 3 e 10, commi 1 e 2 del Decreto ATAD) 24".

Insomma, già nelle premesse, il documento in discussione inquadra l'attività che porta il contribuente a fare applicazione delle norme anti-ibridi come un'attività caratterizzata da vari momenti "valutativi", il che – nella prospettiva qui seguita della verifica della possibile rilevanza penale ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 74/00 dell'inosservanza delle disposizioni del Decreto ATAD – non può non richiamare da subito l'attenzione sull'eventuale operare delle "esclusioni" contenute al comma 1 bis della norma che incrimina la dichiarazione infedele. Se, infatti, la corretta applicazione delle norme di reazione richiede da parte del contribuente una serie di valutazioni, è possibile che la mancata applicazione di tali norme, con conseguente indebito abbattimento della base imponibile ed evasione delle imposte sui redditi, sia riconducibile al campo, ad esempio, delle "classificazioni non corrette" o della "deduzione di elementi passivi reali ma

indeducibili”, ipotesi, queste, che sfuggono, come ricordato sopra, all’area di tipicità del reato di dichiarazione infedele e che, di conseguenza, non possono mai portare a una comunicazione di notizia di reato.

Proprio quella ora delineata pare dover essere la sorte delle ipotesi di fattispecie ibride che comportano una doppia deduzione ovvero una deduzione senza inclusione nei casi in cui deve trovare applicazione la norma di reazione primaria.

In tutti questi casi, infatti, il Decreto ATAD prevede la non deducibilità dell’elemento passivo che verrebbe altrimenti dedotto due volte o dell’elemento passivo che verrebbe dedotto senza che vi sia imposizione da parte del beneficiario, sicché, in caso di mancata applicazione della norma di reazione – quindi in caso di deduzione dell’elemento passivo reale non deducibile –, il fatto del contribuente non integra il fatto tipico del reato di dichiarazione infedele stante l’esclusione di cui al comma 1 bis dell’art. 4 d.lgs. 74/00 (che espressamente prevede che “non si tiene conto [...] della non deducibilità di elementi passivi reali”). Ciò a prescindere (per le ragioni indicate sopra al §3.1.2) dal meccanismo con cui la deduzione è stata operata, ossia non solo nel caso di indicazione in dichiarazione di elementi passivi indeducibili, ma anche nel caso in cui la deduzione illegittima sia assicurata attraverso la mancata indicazione in dichiarazione della variazione in aumento richiesta dall’applicazione della norma di reazione (quindi, in definitiva, attraverso l’indicazione di elementi *attivi* per un ammontare inferiore a quello effettivo).

Più problematiche appaiono, invece, le ipotesi di deduzione senza inclusione in cui debba farsi luogo all’attivazione della reazione secondaria, come negli esempi (tratti dal paragrafo 8 della bozza di circolare) 5/A (nel caso in cui l’Italia sia lo Stato del beneficiario e debba farsi applicazione della norma secondaria per mancata reazione primaria da parte dello Stato del pagatore); 5/B (nel caso in cui l’Italia sia lo Stato di uno o più degli investitori esenti); 6 (per i casi in cui l’Italia sia Stato del beneficiario o Stato di localizzazione della stabile organizzazione); 9/B e 9/C (nel caso in cui lo Stato italiano sia lo stato del beneficiario/investitore e lo Stato di localizzazione della stabile organizzazione non attivi la reazione primaria).

In questi casi, la non applicazione della norma di reazione secondaria fa sì che al contribuente si debba rimproverare, a seconda dei casi, o di non aver inserito la variazione in aumento necessaria per l’imputazione in Italia della componente di reddito non imputabile al soggetto ibrido; o di aver inserito una variazione in diminuzione per avvantaggiarsi di un’esonazione non più spettante a seguito del disallineamento.

Ebbene, in tali casi, l’omessa variazione in aumento, così come la variazione in diminuzione non spettante potrebbero, in astratto, portare all’integrazione del fatto tipico della dichiarazione infedele, comportando un’illegittima sottrazione all’imposizione di quote di reddito, a meno che, però, non venga riconosciuto che l’omessa variazione in aumento o la variazione in diminuzione non spettante (in violazione dall’art 8 del Decreto ATAD) sono state l’effetto di una non corretta classificazione, da parte del contribuente, dell’operazione che ha generato il disallineamento come rientrante fra le fattispecie di cui all’art. 6 del Decreto ATAD, o di una non corretta classificazione del ruolo assunto nell’effettuazione dell’operazione. In tali casi, infatti, ci muoveremmo al di fuori del fatto

tipico del reato di dichiarazione infedele stante il disposto del comma 1 bis dell'art. 4 d.lgs. 74/00 che, come visto sopra (§ 3.1.2), prevede appunto che, ai fini dell'integrazione del fatto tipico del reato in questione, "non si tiene conto della non corretta classificazione".

Quanto sopra, vale anche per il caso in cui il disallineamento sia l'effetto del riconoscimento di componenti negativi di reddito nozionali-figurativi da parte dell'ordinamento in cui si trova la stabile organizzazione, cui non corrisponda, da parte della giurisdizione dello Stato del beneficiario/investitore, il riconoscimento della correlata componente positiva di reddito (fattispecie di cui al n. 7, lett. r, comma 1, art. 6 del Decreto ATAD).

Prendiamo spunto, a tale proposito, dall'esempio 9 della bozza di circolare.

L'Italia, Stato di localizzazione della stabile organizzazione, riconosce la componente negativa di reddito a carattere nozionale-figurativo (110 nell'esempio), ma per eliminare il disallineamento nega parzialmente il diritto alla deduzione (10, nell'esempio, in quanto differenza fra componenti a doppia inclusione, pari a 100, e componente negativo, pari a 110). In un caso di questo tipo, il contribuente che, in violazione della norma anti-ibrido primaria, indicasse interamente in dichiarazione il componente negativo nozionale (110), indicherebbe un elemento passivo esistente (in quanto riconosciuto dall'ordinamento - cfr. *supra*, § 3.1.2) in violazione (quanto meno parziale) delle norme sulla deducibilità degli elementi passivi. Una simile ipotesi vedrebbe, pertanto, l'operare della disposizione del comma 1 bis dell'art. 4, nella parte in cui esclude dal fatto tipico del reato la deduzione di elementi reali indeducibili, esattamente come accade in tutte le altre fattispecie di ibridismo da DD o da D/NI in cui si violi la reazione primaria.

Sempre restando su questo esempio, consideriamo il caso in cui l'Italia sia lo Stato della casa madre di una stabile organizzazione in branch exemption e, pertanto, imponga al beneficiario – se lo Stato del pagatore non ha applicato la reazione primaria – l'applicazione della reazione secondaria, ossia l'inclusione di una componente positiva di reddito pari a 10. In un simile contesto, il contribuente che, in violazione della norma anti-ibrido, non indicasse questo elemento attivo nella dichiarazione starebbe indicando elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo, così integrando il fatto tipico di dichiarazione infedele. Anche in tal caso, però, il fatto cadrebbe comunque al di fuori della portata applicativa della norma incriminatrice ove si rilevasse che la violazione della norma anti-ibrido è stata il frutto vuoi di una errata classificazione dell'operazione (per la mancata identificazione dell'*internal dealing*) o del proprio ruolo, vui di una errata valutazione (per la non corretta quantificazione dell'*internal dealing*) da parte del contribuente, operando – di nuovo – le disposizioni di cui al comma 1 bis dell'art. 4, esattamente come per tutte le altre fattispecie di ibridismo D/NI in cui vi sia stata inosservanza della reazione secondaria.

Parimenti si deve concludere nel caso della stabile organizzazione col credito per l'ipotesi in cui l'Italia sia lo Stato della casa madre della taxable branch e, come tale, imponga al beneficiario – se lo Stato del pagatore non ha applicato la reazione primaria – l'applicazione della reazione secondaria, ossia l'inclusione di una componente positiva di reddito pari a 10. La particolare natura della taxable branch (da cui discende che gli

internal dealing strutturalmente non concorrono a formare l'imponibile dell'impresa, ma al più influenzano la determinazione del reddito estero *ex art. 165 T.U.I.R.* e, quindi, del *credito* per imposte estere) non influisce, infatti, sul meccanismo di applicazione della disciplina anti-ibridi – che in questo caso comporta che il beneficiario indichi in dichiarazione una variazione in aumento –, né, quindi, sulla valutazione delle conseguenze di una sua eventuale violazione – la mancata variazione in aumento comportando in definitiva l'indicazione di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo, ossia all'ammontare che si sarebbe dovuto indicare in applicazione della norma anti-ibrido, così potendo integrare il fatto tipico del reato di cui all'art. 4, salvo l'operare delle esclusioni del comma 1 *bis* come visto sopra –.

4. Contributi e finalità

Stanti le considerazioni svolte sopra, si propone di sostituire l'ultimo periodo del paragrafo 2.1 a pag. 18 della bozza di circolare col seguente:

“L'organo di controllo, nel caso riscontri la violazione, da parte del contribuente, della norma di reazione secondaria a fronte di un disallineamento da ibridi comportante una deduzione senza inclusione, dovrà valutare la sussistenza dei presupposti per la trasmissione della notizia di reato all'autorità giudiziaria competente in relazione al delitto di cui all'art. 4 d.lgs. 74/00. A tal fine, l'organo di controllo dovrà verificare se la non inclusione della componente di reddito, in violazione delle disposizioni di cui all'art. 8 del d.lgs. 142/18, sia stata l'effetto di una non corretta classificazione, da parte del contribuente, dell'operazione ibrida o del proprio ruolo nella realizzazione della stessa, in tal caso dovendosi escludere l'integrazione del fatto tipico del reato di dichiarazione infedele, con conseguente venir meno dell'obbligo di denuncia”.

Una simile formulazione, nella misura in cui circoscrive espressamente le ipotesi di potenziale rilevanza penale del comportamento del contribuente che non rispetti, quando dovuto, le norme di reazione previste dal d.lgs. 142/2018, potrebbe risultare utile a prevenire la trasmissione da parte degli organi di controllo di notizie di reato infondate per *atipicità* del fatto.

Autorizzazione alla pubblicazione

Autorizzo la pubblicazione del presente documento ai fini della consultazione pubblica in corso sulla bozza di “*Circolare ATAD n. 2 - Chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi - decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (recepimento della Direttiva 'ATAD')*”.

Cordiali saluti

Avv. Alfio Valsecchi