

Il nuovo «scudo fiscale» di cui all'art. 13-bis del D.L. n. 78/2009: prime considerazioni

di Angela Monti(*)

Con il nuovo scudo fiscale è stata istituita un'imposta straordinaria sulle attività finanziarie e patrimoniali detenute fuori del territorio dello Stato senza l'osservanza del D.L. n. 167/1990, a condizione che le stesse siano rimpatriate in Italia da Stati non UE, o regolarizzate o rimpatriate perché detenute in Stati UE e in Stati aderenti allo Spazio economico europeo che garantiscono un effettivo scambio di informazioni fiscali in via amministrativa.

L'imposta si applica su un rendimento lordo presunto in ragione del 2% annuo per i 5 anni precedenti il rimpatrio o la regolarizzazione, senza possibilità di scomputo di eventuali perdite, con un'aliquota sintetica del 50% per anno, comprensiva di interessi e sanzioni, e senza diritto allo scomputo di eventuali ritenute o crediti.

Il rimpatrio o la regolarizzazione si perfezionano con il pagamento dell'imposta e non possono in ogni caso costituire elemento utilizzabile a sfavore del contribuente, in ogni sede amministrativa o giudiziaria, in via autonoma o addizionale.

Restano esclusi dal campo di applicazione della sanatoria i reati, ad eccezione dei reati di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione.

L'imposta si applica sulle attività finanziarie e patrimoniali detenute a partire da una data non successiva al 31 dicembre 2008 e rimpatriate o regolarizzate a partire dal 15 settembre 2009 e fino al 15 aprile 2010.

1. Il contesto internazionale

La «rivisitazione» dello «scudo fiscale» di cui al recente art. 13-bis del D.L. n. 78/2009, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, è stata concepita in contesti economico-finanziari e normativi internazionali profondamente diversi da quelli che avevano ispirato la prima edizione di cui al D.L. n. 350/2001.

L'attuale crisi finanziaria globale ha dimostrato di investire i bilanci interni di tutti i Paesi secondo proporzioni imprevedibili che hanno drasticamente ridotto il gettito proveniente dai più importanti contribuenti, tra cui gli istituti di credito operanti a livello globale.

Questo fattore, contestualmente ed in sintonia con le esigenze di repressione del terrorismo e del riciclaggio di denaro proveniente da traffici illeciti, ha evidenziato la sempre più impellente necessità di una collaborazione internazionale sia tra i Paesi aderenti all'OCSE sia tra i Paesi comunitari ai fini di una buona *governance* in ambito fiscale.

Questa esigenza si è, a sua volta, tradotta in una autentica lotta da parte di questi Paesi nei confronti dei cosiddetti «paradisi fiscali» intesi non più e non tanto come «Paesi a fiscalità privilegiata» ma come centri finanziari che rifiutano di accettare i principi della trasparenza e dello scambio di informazioni.

Sul piano OCSE, la battaglia verso una migliore *disclosure* tra le autorità amministrative oltre che giudiziarie ha comportato la minaccia dell'isolamento dal mercato finanziario internazionale dei Paesi che non intendano adeguare le proprie Convenzioni contro le doppie imposizioni all'art. 26 del Modello di Trattato, tanto da indurre Stati tradizionalmente arroccati ad una difesa ad oltranza del segreto bancario ad obbligarsi a rivedere le convenzioni attualmente in essere¹.

(*) Avvocato tributarista - Vicepresidente dell'Unione delle Camere degli Avvocati Tributaristi

Note:

¹ Emblematica è la decisione del Consiglio Federale della Confederazione Elvetica del 13 marzo 2009 di volersi adeguare allo scambio di informazioni e di essere disponibile a rivedere i trattati. La deci-

D'altro canto, i Paesi aderenti alla Comunità europea hanno recentemente ribadito la necessità di «proteggere il sistema finanziario da piazze finanziarie non trasparenti, non cooperative e scarsamente regolamentate» e hanno dato corso a quelle azioni «volte a conseguire la buona *governance* internazionale in materia fiscale (trasparenza, scambio di informazioni e leale concorrenza fiscale)»².

Pur ribadendo la libertà degli Stati membri di «istituire sistemi di tassazione diretta nel modo che meglio confà ai loro obiettivi e obblighi politici», negli ultimi anni si è notevolmente rafforzata la cooperazione amministrativa ai fini dello scambio di informazioni non solo «su richiesta» ma anche «d'ufficio», così come previsto, ad esempio, nella direttiva in materia di tassazione dei redditi da risparmio³ ovvero, ancora più di recente, nella direttiva in materia di recupero di crediti fiscali⁴. La Commissione europea ha infine presentato nel febbraio di quest'anno una proposta per sostituire l'attuale direttiva in materia di assistenza reciproca⁵. Per quanto qui interessa, la proposta «vieterebbe agli Stati membri di invocare il segreto bancario per i non residenti, come motivo per rifiutare di fornire informazioni riguardanti un contribuente allo Stato membro di residenza»⁶.

I nuovi orientamenti delle istituzioni internazionali a cui appartiene il nostro Paese hanno rappresentato il contesto nel quale il Governo italiano ha ritenuto di essere legittimato anche sul piano internazionale ad emanare un nuovo «scudo fiscale» rappresentato quale uno strumento volto non solo ad ottenere rapidamente un *extra* gettito utile per affrontare la congiuntura economica negativa ma anche ad offrire ai contribuenti che detengono capitali o investimenti non palesati al Fisco l'occasione per sanare questa situazione di illiceità.

Il provvedimento, emanato nell'entusiasmo del recente G8 dell'Aquila, rinvia in larga parte per gli aspetti più tecnici al D.L. n. 350/2001. Ciò

comporta, a nostro avviso, non solo qualche complessa operazione ermeneutica di coordinamento ma anche una qualche distonia rispetto all'esigenza, palesata in sede europea, di «politiche più coerenti e meglio coordinate a livello UE»⁷.

In altre parole, se ci è consentita una valutazione globale del provvedimento, lo stesso ci appare quale una «riedizione» del precedente senza quel coordinamento a livello europeo che forse avrebbe consentito soluzioni più meditate ed in linea con i recenti orientamenti comunitari.

In particolare, va rimarcata la profonda diversità esistente tra lo scudo fiscale italiano e analoghi provvedimenti adottati invece da altri Paesi comunitari: il primo appare rivolto alla regolarizzazione dei «capitali» ovvero di elementi patrimoniali, i secondi attengono la regolarizzazione delle evasioni commesse relativamente ai «redditi», per quanto percepiti in periodi assai estesi nel tempo e con l'imposizione di aliquote d'imposta a volte piuttosto onerose⁸.

Va infine precisato che, per quanto la legge di conversione citata non abbia apportato modifiche al testo originario del decreto-legge, le disposizioni sono state in parte derogate dal D.L. 3 agosto 2009, n. 103, contenente, per l'appunto, «Disposizioni correttive del decreto-legge anticrisi n. 78 del 2009».

Per quanto interessa sul piano del contesto internazionale, con tali disposizioni sono state in particolare superate alcune perplessità relative alla non considerazione di alcuni impegni assunti dal nostro Paese con la firma di alcuni accordi internazionali⁹.

2. L'inasprimento delle sanzioni in tema di monitoraggio fiscale

⁷ Vedasi ancora la comunicazione della Commissione del 28 aprile 2009, cit.

⁸ Per un rapido confronto vedasi *Il Sole 24-Ore*, 12 agosto 2009, pag. 3.

⁹ La penalizzazione nei confronti dei Paesi *extra-CE* che vedevano i capitali dei residenti in Italia necessariamente oggetto di «rientro» e non di «regolarizzazione» non era coerente con gli impegni assunti con i Paesi dello Spazio Economico Europeo e, secondo un'interpretazione fatta valere dai giuristi svizzeri, con l'accordo di libero scambio UE-Svizzera del 1972. Vedasi i numerosi interventi sul punto di M. Bernasconi; in particolare, «Il prezzo di un "segreto" prezioso», in *Il Giornale del Popolo*, 18 dicembre 2008. Con il nuovo testo del provvedimento derivante dalla modifica apportata dal decreto-legge correttivo viene invece espressamente sancito che le attività finanziarie e patrimoniali possono essere «regolarizzate o rimpatriate purché detenute in Stati dell'Unione europea e in Stati aderenti allo spazio economico europeo che garantiscono un effettivo scambio di informazioni fiscali in via amministrativa».

sione segue a quelle analoghe di Austria, Belgio, Lussemburgo, Andorra, Singapore. Si pensi inoltre alla recente revisione della Convenzione USA/Principato del Liechtenstein e al recentissimo accordo tra lo stesso Principato e il Regno Unito.

² Cfr. la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 28 aprile 2009.

³ Direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003.

⁴ Direttiva 2008/55/CE del Consiglio del 26 maggio 2008.

⁵ Si tratta della direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003.

⁶ Cfr. COM (2009) 29 del 2 febbraio 2009.

Come in occasione dello «scudo fiscale» di cui al D.L. n. 350/2001 - in concomitanza del quale il legislatore italiano aveva previsto l'applicazione della sanzione percentuale dal 5% al 25% anche all'omissione della cosiddetta «dichiarazione di consistenza» - anche questa volta l'attesa dello scudo è stata accompagnata da un inasprimento delle sanzioni applicabili in caso di detenzione all'estero di investimenti o di capitali non palesati al Fisco.

La circostanza che un soggetto residente in Italia detenga all'estero valori che non siano stati palesati all'Amministrazione fiscale pone due ordini di problemi: il primo attiene alle norme che prevedono il recupero a tassazione dei proventi per i quali il contribuente abbia omesso l'autotassazione, il secondo alle norme che sanciscono l'applicazione di sanzioni per il solo fatto che il comportamento del contribuente non consente all'autorità il cosiddetto «monitoraggio fiscale», ossia il controllo dei flussi da, per, verso l'estero di valuta o altri valori mobiliari e la verifica della sussistenza di beni potenzialmente produttivi di reddito la cui esistenza non può essere agevolmente verificata per non essere questi presenti sul territorio nazionale.

Rispetto a quanto avvenuto nel 2001, nella recente disposizione non si tratta semplicemente di un ritocco *in peius* per il contribuente delle sanzioni previste in tema di omessa compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi.

Fatte salve queste ultime, che vengono comunque aumentate dall'art. 13-bis, comma 7, entro un range dal 10% al 50%¹⁰, infatti, l'art. 12 del D.L. n. 78/2009 in vigore dal 1° luglio prevede:

1. una presunzione legale relativa (che consente pertanto la prova contraria) che le attività impropriamente non assoggettate all'obbligo di compilazione nel quadro RW siano provenienti da redditi sottratti ad imposizione;
2. la conseguente possibilità che le disponibilità detenute all'estero in violazione delle norme sul monitoraggio vengano contestate *ai fini fiscali* quali proventi sottratti *complessivamente* a imposizione;

¹⁰ La formulazione di cui al citato comma 7 è tale da determinare l'aumento dal 10% al 50% delle omissioni dichiarative di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 5 del D.L. n. 167/1990 (dichiarazione di consistenza e dichiarazione delle movimentazioni subite dagli investimenti oggetto di dichiarazione di consistenza); rimane dunque entro i limiti originali dal 5% al 25% la sanzione per le omissioni dichiarative di cui alla sez. I del quadro RW previste invece dall'art. 2 del medesimo D.L. n. 167/1990.

3. l'applicazione delle sanzioni relative all'omissione di tali ammontari tra i redditi imponibili in misura pari al doppio rispetto a quelle ordinariamente applicabili nell'ipotesi di omessa o infedele dichiarazione.

Il quadro normativo delle sanzioni applicabili in ipotesi di omissioni del quadro RW appare pertanto notevolmente modificato.

L'operazione di «*persuasione*» finalizzata ad attribuire allo scudo fiscale la funzione di rimedio catartico si presta tuttavia ad una serie di perplessità.

Cominciamo dalle più evidenti.

L'espressione «*ai fini fiscali*» non può che essere intesa nel senso che ai fini penali, all'opposto, valgono i principi fin qui applicati. E ciò per almeno due ordini di ragioni: il criterio del «doppio binario» tra sanzioni amministrative e sanzioni penali e l'irrelevanza delle presunzioni fiscali ai fini penali secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte di cassazione¹¹.

In secondo luogo, va rimarcato come la norma finisca per attribuire all'omessa compilazione del quadro RW l'idoneità a far emergere materia imponibile anche in relazione a disponibilità economiche per le quali poteva ritenersi definitivamente preclusa ogni azione di accertamento per essere ormai ampiamente decorsi i termini di decadenza dell'azione accertatrice (limitata semmai ai soli redditi prodotti dagli investimenti non dichiarati). L'*escamotage* utilizzato dal legislatore per porsi al riparo da troppo ovvie eccezioni di incostituzionalità è la previsione di una presunzione legale relativa non conosciuta peraltro al contribuente il quale in buona fede ben avrebbe potuto esimersi dal conservare elementi probatori fino al 30 giugno 2009 assolutamente irrilevanti.

In ogni caso, riteniamo che, pena la sua incostituzionalità, la norma non possa che avere *effetti per l'avvenire*. In altre parole, quand'anche si ritenesse plausibile una presunzione che attribuisca valenza di reddito a proventi la prova della cui fonte potrebbe rivelarsi diabolica, l'applicazione *tout court* di sanzioni per di più raddoppiate non potrà che avvenire per le omissioni dichiarative (nel quadro RW) successive all'entrata in vigore della disposizione.

Ma veniamo all'aspetto a nostro avviso più critico del nuovo assetto normativo delle sanzioni

¹¹ Cfr. da ultimo Cass., Sez. III, sent. 6 febbraio 2009, n. 5490.

per omessa o insufficiente compilazione del quadro RW.

Le sanzioni di cui stiamo discutendo si aggiungono alle già esorbitanti sanzioni in tema di monitoraggio fiscale. L'art 5 D.L. 28 giugno 1990, n. 167, come riveduto dal provvedimento di «scudo fiscale» del 2001, già prevedeva una sanzione proporzionale (dal 5% al 25%) dell'importo non dichiarato non solo relativamente alla «dichiarazione di trasferimento» (le somme o i valori trasferiti nel periodo d'imposta «da, per, verso» l'estero)¹² ma anche relativamente alla «dichiarazione di consistenza» (le disponibilità complessivamente esistenti all'estero al 31 dicembre del periodo d'imposta di riferimento)¹³. Il recente provvedimento normativo di cui al citato art. 13-*bis*, comma 7, ha raddoppiato detta percentuale sia con riferimento all'omissione della dichiarazione di consistenza sia con riguardo all'omissione della dichiarazione di trasferimento da, per, verso l'estero che abbia interessato gli investimenti oggetto di dichiarazione di consistenza elevando la stessa dal 10% al 50%.

Non solo. A queste sanzioni, irrogabili congiuntamente, può aggiungersi, a discrezione dell'Amministrazione finanziaria, sia per l'uno che per l'altro obbligo dichiarativo, la confisca amministrativa «di beni di corrispondente valore»¹⁴.

Già nei confronti delle disposizioni introdotte nel 2001 avevamo dubitato della loro coerenza

con il principio della proporzionalità della sanzione fissato dalla Corte di giustizia della Comunità europea.

La giurisprudenza della Corte ha infatti più volte efficacemente rilevato che «se è legittimo che i provvedimenti adottati dagli Stati membri tendano a preservare il più efficacemente possibile i diritti dell'Erario, essi non devono eccedere quanto è necessario a tal fine»¹⁵.

Le nuove modifiche normative di cui abbiamo trattato, le quali rendono congiuntamente applicabili alle sanzioni predette ulteriori sanzioni di norma ragguagliabili dal 100% al 200% dell'ammontare degli investimenti esteri a cui si aggiunge la maggiorazione di un terzo per la parte di proventi prodotti all'estero, acuiscono quelle perplessità e paiono stridere in modo palese anche con il principio costituzionale di ragionevolezza, ossia della coerenza ed equità nella regolamentazione di fattispecie simili.

3. Soggetti legittimati alla «dichiarazione riservata»

Come abbiamo già evidenziato, il provvedimento che ha introdotto lo «scudo fiscale» 2009 rinvia per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti, dell'oggetto e degli effetti della «dichiarazione riservata» alle disposizioni di cui al D.L. n. 350/2001 «in quanto applicabili».

Posto che già ci eravamo occupati dell'analisi delle disposizioni normative aventi ad oggetto lo «scudo» nella prima versione¹⁶, le quali avevano ricevuto un'ampia interpretazione da parte dell'Amministrazione delle finanze¹⁷, ci limitiamo in questa sede ad evidenziare alcune particolarità vuoi della recente disciplina vuoi della sua interpretazione in ragione delle modifiche normative intervenute *medio tempore* che possono rilevare ai nostri fini.

Un primo aspetto attiene ai soggetti interessati al provvedimento e quindi legittimati alla presentazione della «dichiarazione riservata».

L'espresso richiamo all'art. 11 del D.L. n. 350/2001 individua tali soggetti con «le persone fisiche, gli enti non commerciali, le società sem-

¹² Per l'art. 2, comma 1, del D.L. n. 167/1990 ogni soggetto residente deve dichiarare i trasferimenti di denaro, o titoli, da o verso l'estero che non avvengano per il tramite di un intermediario autorizzato e che superino l'importo di 10.000 euro. Eccettuata l'ipotesi della cd. «*dichiarazione in dogana*», la dichiarazione di tali trasferimenti operati nel periodo d'imposta deve avvenire nella sezione I del quadro RW del modello unico della dichiarazione dei redditi.

¹³ Ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge citato sussiste l'obbligo per chi detiene investimenti all'estero di presentare la «dichiarazione di consistenza» afferente tali disponibilità qualora l'ammontare complessivo delle stesse, al termine del periodo d'imposta, ovvero l'ammontare complessivo dei movimenti effettuati in relazione ad esse nel corso dell'anno, superi l'importo di euro 10.000.

Per verificare il superamento di tale soglia si deve procedere alla somma dei prelievi e dei versamenti (*trasferimenti da, per, verso l'estero*) effettuati per ogni periodo d'imposta ovvero nel corso dell'anno.

Quanto alle consistenze estere, l'obbligo dichiarativo è assolto con la compilazione del quadro RW cit. e, precisamente, della sezione II relativamente alla consistenza delle disponibilità detenute all'estero, mentre nella sezione III vanno indicati i trasferimenti da, verso e sull'estero di denaro che nel corso dell'anno abbiano interessato le operazioni di cui alla sezione II.

¹⁴ La prima formulazione dell'emendamento che ha introdotto lo scudo fiscale aveva eliminato la sanzione accessoria della confisca di beni di corrispondente valore che è stata reintrodotta a seguito delle modifiche apportate dal decreto-legge correttivo.

¹⁵ Sent. 18 dicembre 1997, cause C-286/94, C-340/95, C-401/95, C-47/96.

¹⁶ A. Monti, «Rientro» e «regolarizzazione» dei capitali detenuti irregolarmente all'estero», in *Corr. Trib.* n. 14/2002, pag. 1234; Id., «La riedizione dello «scudo fiscale» e la sanatoria dei redditi prodotti all'estero», in *Fiscalità Internazionale* n. 1/2003, pag. 17.

¹⁷ Circolari 4 dicembre 2001, n. 99/E e 30 gennaio 2002, n. 9/E.

plici e le associazioni equiparate ai sensi dell'articolo 5 del Testo Unico delle imposte sui redditi». In buona sostanza, si tratta dei soggetti destinatari dell'obbligo di compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi.

L'unica novità sul punto rispetto alla normativa vigente al momento della prima edizione dello «scudo» è rappresentata dall'ipotesi dei *trust*.

Al riguardo occorre considerare che, a seguito del riconoscimento nel nostro ordinamento della figura del *trust*, per effetto della legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, specie nell'ultimo decennio, tale istituto è stato spesso utilizzato per tentare di ovviare gli obblighi dichiarativi da parte del cosiddetto «*settlor*» (o disponente) in considerazione del fatto che l'immissione delle disponibilità nel *trust* determinerebbe lo «spossessamento» di quest'ultimo.

Non sempre tuttavia è assolutamente agevole verificare se, nel concreto, il *trust* abbia o non natura discrezionale per essere attribuiti al *trustee* tutti i poteri connessi alla gestione degli averi e alla attribuzione di questi e dei relativi redditi ai beneficiari.

Nella disciplina vigente prima dell'entrata in vigore della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge Finanziaria 2007) la stessa Agenzia delle entrate nella risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E aveva infatti ritenuto che, nell'ipotesi in cui il *trustee* non fosse dotato «nel concreto di un effettivo potere di gestione e amministrazione», non poteva ritenersi sussistente un *trust* secondo il modello convenzionale delineato dall'art. 2 della precitata convenzione Aja. Nella stessa risoluzione veniva chiaramente precisato che «se non si verifica un reale spossessamento del disponente, e i beni in *trust* sono beni mobili, il negozio rileva ai fini fiscali come un mandato con rappresentanza, con la conseguente diretta imputabilità dei redditi al disponente».

In questo caso, pertanto, si riteneva sussistente un obbligo di compilazione del quadro RW da ricondursi tuttavia in ogni caso al soggetto (il disponente) titolare per interposta persona (il *trust*) degli averi solo apparentemente attribuiti a quest'ultimo.

Con la citata legge Finanziaria 2007 sono state introdotte nell'ordinamento tributario italiano, per la prima volta, specifiche disposizioni in materia di *trust*: da un lato, i *trust* sono stati inclusi tra i soggetti passivi IRES, dall'altro i redditi imputati

al beneficiario del *trust* sono stati inclusi nella categoria dei redditi di capitali.

In sostanza è stata riconosciuta un'autonoma soggettività tributaria dei *trust* ai fini dell'imposizione dei redditi purché residenti nel territorio dello Stato o residenti all'estero e titolari di redditi soggetti ad imposizione nello Stato.

Inoltre, la norma prevede che «nei casi in cui i beneficiari del *trust* siano individuati, i redditi conseguiti dal *trust* sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del *trust* o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali».

La stessa disposizione ha altresì previsto una presunzione relativa di residenza per i «*trust* e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori» a fiscalità privilegiata «in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del *trust* siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato» ovvero, ancorché residenti in Paesi *white list*, «quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del *trust* un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi».

Le modifiche normative in questione sono state oggetto di interpretazione nella circolare dell'Agenzia delle entrate 6 agosto 2007, n. 48/E nella quale sono contenute una serie di affermazioni non tutte inequivocabilmente in linea con la ricostruzione che l'istituto del *trust* ha negli ordinamenti anglosassoni dai quali trae origine.

La stessa definizione di *trust* «discrezionale», che pure si rinveniva nelle precitata risoluzione del 2003, viene sostanzialmente sostituita dalla nozione di «*trust* revocabile».

Questa figura, a detta dell'Agenzia delle entrate, si avrebbe «quando il disponente si riserva la facoltà di revocare l'attribuzione dei diritti ceduti al *trustee* o vincolati nel *trust* (nel caso in cui il disponente sia anche *trustee*), diritti che, con l'esercizio della revoca, rientrano nella sua sfera patrimoniale. E' evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di *trust*, pure ammesso in alcuni ordinamenti, ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d'imposta cosicché i

suoi redditi sono tassati in capo al disponente; ai fini delle imposte indirette, come si dirà, non si differenzia dagli altri *trust*».

Dalla lettura della circolare appena citata sembrerebbe pertanto che ai fini della tassazione dei proventi debba ritenersi che l'elemento qualificante che impone di attribuire i redditi del *trust* al *settlor* non sia tanto la discrezionalità del *trustee* nella gestione dei beni ma piuttosto la revocabilità dell'atto di trasferimento al *trust* da parte del *settlor* medesimo.

La qualificazione del *trust* non esercente attività d'impresa nella categoria degli enti non commerciali (la cui tassazione nella nostra disciplina fiscale è equiparata a quella della persona fisica) determina di conseguenza l'obbligo per i *trust* di redigere il quadro RW del modello di dichiarazione relativamente ai trasferimenti da, per e verso l'estero operati nel periodo d'imposta senza il tramite di un intermediario autorizzato residente in Italia, nonché delle consistenze patrimoniali presenti all'estero alla data del 31 dicembre dell'anno oggetto di dichiarazione¹⁸. Di qui la legittimazione dei *trust* residenti a presentare la dichiarazione riservata¹⁹.

Ricordiamo infine per completezza che, come nella precedente edizione dello scudo 2001, per soggetti «residenti» debbono intendersi i soggetti iscritti all'AIRE e quelli attratti alla imponibilità in Italia per effetto di presunzioni (peraltro relative), così come previsto dall'art. 2, comma 2-*bis*, del T.U.I.R. e dall'art. 73, comma 3, dello stesso T.U.I.R. in tema di *trust* che abbiamo già commentato.

Non appare invece risolto il dubbio interpretativo che già avevamo sollevato con riguardo al

¹⁸ Questo aspetto della disciplina non è stato preso in considerazione nella menzionata circolare ma solo nelle istruzioni alla compilazione del Modello UNICO per l'anno 2007 e, naturalmente, per l'anno 2008.

¹⁹ Per completezza va tuttavia evidenziato come, a dispetto del carattere chiaramente innovativo della normativa 2007 in tema di *trust*, l'Agenzia delle entrate nella citata circolare n. 48/E/2007 abbia espressamente evidenziato che «già prima delle disposizioni in esame i *trust* erano considerati soggetti IRPEG (e poi IRES) quali enti, commerciali o non commerciali, ai sensi dell'art. 73, comma 2, del T.U.I.R.» e che «hanno carattere innovativo le (sole) norme in materia di tassazione per trasparenza dei *trust*» (in capo ai beneficiari). Più complessa la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità che, chiamata a pronunciarsi proprio in merito ai soggetti obbligati alla compilazione del quadro RW in un caso in cui la persona «era semplice esecutore di disposizioni altrui e non anche intestatario formale né beneficiario effettivo di un investimento all'estero», aveva affermato il principio secondo cui l'obbligo in discussione è posto a carico «anche» del soggetto «avente la disponibilità di fatto di somme di denaro non proprie con il compito di trasferirle all'effettivo beneficiario» (Cass., Sez. trib., 11 giugno 2003, n. 9320).

D.L. n. 350/2001 in merito all'ipotesi del soggetto che al momento della «dichiarazione riservata» non sia più residente in Italia. In tal caso, questi sembrerebbe non poter regolarizzare gli illeciti commessi nella mancata redazione del quadro RW nel periodo di sua appartenenza alla popolazione residente²⁰.

4. Rimpatrio, «rimpatrio giuridico» e regolarizzazione

Come nella precedente versione dello scudo 2001 il legislatore distingue tra «rimpatrio» e «regolarizzazione».

La sostanziale differenza di regime tra le due fattispecie è, anche questa volta, il grado di riservatezza attribuito alla «dichiarazione riservata». Infatti, mentre il contenuto della dichiarazione di rimpatrio non viene comunicato da parte degli intermediari né all'autorità finanziaria né all'UIF (art. 13, comma 3, del D.L. n. 301/2001 a cui rinvia il comma 5 dell'art. 13-*bis* in commento), analoga riservatezza non è garantita alle operazioni di regolarizzazione che richiedono invece la segnalazione nominativa prevista dall'art. 1, comma 3, del D.L. n. 167/1990.

Il contesto internazionale di cui abbiamo detto in cui si colloca il provvedimento in esame avrebbe fatto ipotizzare un regime che discriminasse i capitali e gli investimenti presenti in Paesi che non aderiscono allo scambio di informazioni in sede amministrativa per effetto della non accettazione nei Trattati contro le doppie imposizioni dell'art. 26 del Modello OCSE²¹.

Siffatta impostazione sarebbe stata perfettamente in linea con l'affermazione contenuta nell'art. 12 dello stesso D.L. n. 78/2009 in tema di sanzioni per le omissioni nel quadro RW in virtù della quale «le norme del presente articolo danno attuazione alle intese raggiunte tra gli Stati aderenti all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in materia di emersione di attività economiche e finanziarie tenute in Paesi aventi regimi fiscali privilegiati, allo scopo di migliorare l'attuale insoddisfacente livello di traspa-

²⁰ Il caso è tutt'altro che infrequente non appena si consideri il *turn over* dei dipendenti nelle società multinazionali e la pressoché costante violazione da parti di questi della disciplina sul monitoraggio valutario attesa anche la peculiarità di questa rispetto alle legislazioni fiscali degli stessi Paesi OCSE.

²¹ In questo senso sembravano essere le bozze del provvedimento che circolavano tra gli addetti ai lavori prima dell'emanazione del decreto-legge.

renza fiscale e di scambio di informazioni, nonché di incrementare la cooperazione amministrativa tra Stati» nonché con le previsioni di cui all'art. 13 dello stesso decreto-legge in tema di inasprimento del regime CFC²².

Probabilmente preoccupato delle procedure di infrazione comunitarie, il legislatore ha adottato una soluzione in un primo momento assolutamente estranea a questa logica prevedendo che la sanatoria delle infrazioni commesse alla disciplina sul monitoraggio fiscale avvenisse tramite «rimpatrio in Italia» se le disponibilità fossero esistenti in Paesi extra UE ovvero tramite «rimpatrio» o «regolarizzazione» se «in essere in Paesi dell'Unione Europea».

A seguito del decreto-legge correttivo il legislatore ha parzialmente corretto il tiro adottando una soluzione che prevede che la sanatoria delle infrazioni commesse alla disciplina sul monitoraggio fiscale avvenga tramite «rimpatrio in Italia» se esistenti in Paesi *extra* UE ovvero tramite «rimpatrio» o «regolarizzazione» se «in essere in Paesi dell'Unione Europea e in stati aderenti allo spazio economico europeo che garantiscono un effettivo scambio di informazioni fiscali in via amministrativa». La scelta appare incoerente con il diritto internazionale non appena si consideri, da un lato, la efficienza del regime dello scambio di informazioni con molti Paesi *extra* Ue (si pensi, ad esempio, agli Stati Uniti) e, d'altro canto, che non è chiaro se la regolarizzazione sia comunque consentita quando i capitali si trovino in Paesi UE che peraltro non accettino pienamente lo scambio di informazioni (quali il Lussemburgo)^{23 24}.

Tuttavia la corretta interpretazione della nozione di «rimpatrio» alla luce della esperienza dello scudo 2001 è tale da smussare l'apparente incon-

²² L'art. 13, comma 1, prevede testualmente che «per analogia e armonizzazione con quanto già disposto in altri ordinamenti europei, allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali l'accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragruppo, è sottoposto ad una verifica di effettività sostanziale».

Vedasi P. Angelucci, «L'Italia pone le basi per lo "scudo ter"», in *Corriere del Ticino*, 7 luglio 2009.

²³ Quanto ai Paesi dello Spazio Economico Europeo, l'accordo con la Norvegia risale all'8 aprile 2008. Per l'Islanda la relativa convenzione è in corso di ratifica, mentre il Liechtenstein rimane chiuso nei confronti dell'Italia allo scambio di informazioni meramente amministrative. Vedasi M. Piazza, in *Il Sole 24-Ore*, 9 agosto 2009, pag. 15.

²⁴ Quanto alla Svizzera, la situazione è ibrida. La convenzione ancora in essere preclude lo scambio in materia bancaria. Pertanto non è consentita la regolarizzazione. Osserviamo tuttavia che l'efficienza degli accordi tra UE e Svizzera ha determinato che la Commissione europea abbia qualificato quali aiuti di Stato distorsivi del libero scambio alcuni regimi fiscali svizzeri di tassazione privilegiata per le società *holding*.

gruenza della disposizione. Già con riguardo all'applicazione del D.L. n. 350/2001 è stato infatti chiarito che la nozione di «rimpatrio» non coincide necessariamente con il rientro fisico dei capitali in Italia quanto piuttosto con il riconoscimento alle disponibilità, valori mobiliari, investimenti di varia natura, dello «*status* italiano» tramite l'intestazione giuridica a soggetti rivestenti la qualifica di «fiduciarie di diritto italiano» di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966 richiamata dall'art. 199 del T.U.F.²⁵.

Questa considerazione, già con riferimento alla disciplina di cui al D.L. n. 350/2001, aveva consentito di risolvere positivamente il quesito in merito alla possibilità di assoggettare a rimpatrio (cosiddetto «giuridico» o «formale») oltre che a regolarizzazione non solo gli investimenti finanziari che l'interessato volesse comunque mantenere su un deposito presso banca estera ma anche le quote di società estere non rappresentate da titoli oggetto di negoziazione sui mercati regolamentati, le partecipazioni ad enti esteri non costituiti sotto forma di società, i crediti concessi a società estere e a nostro avviso anche a società italiane tutte le volte in cui il «beneficiario economico» dell'operazione (ossia il titolare del credito) sia un soggetto ricompreso tra le categorie di «interessati» al provvedimento che abbiamo esaminato più sopra, ecc.; tutte queste attività potranno infatti venire rimpatriate previo conferimento di incarico di deposito ad una fiduciaria di diritto italiano, in quanto soggetto ricompreso tra gli «intermediari abilitati» a ricevere la dichiarazione riservata²⁶.

Questa soluzione risulta, del resto, in linea con la normativa intervenuta successivamente al D.L. n. 350/2001 che ha ulteriormente attribuito alle fiduciarie di diritto interno tutti gli obblighi formali e sostanziali già gravanti sugli altri intermediari autorizzati, in particolare le banche.

Emblematica è sul punto l'estensione operata a questi soggetti della disciplina in materia di indagini finanziarie di cui ai novellati artt. 32 del D.P.R. n. 600/1973 e 51 del D.P.R. n. 633/1972.

Nella circolare 19 ottobre 2006, n. 32/E di commento alla novella di cui ai commi 402 e 403 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311

²⁵ In questo senso vedasi chiaramente la circolare dell'Agenzia delle entrate 30 gennaio 2002, n. 9/E, par. 1.8 e 1.12.

²⁶ M. Piazza, in *Il Sole 24-Ore*, 9 agosto 2009, pag. 15 osserva correttamente che per un mancato coordinamento normativo sembrerebbe non possibile l'applicazione in questi casi del regime del «rimpatrio gestito» così come previsto invece dall'art. 2, comma 3-*bis*, del D.L. n. 143/2003.

(legge Finanziaria per il 2005) l'Agenzia delle entrate ha infatti chiaramente stigmatizzato che con la novella legislativa si è «proceduto ad omogeneizzare i poteri istruttori esercitabili nei confronti delle società fiduciarie e quelli contemplati per le banche (e per gli altri intermediari finanziari)»²⁷

La pratica attuazione delle disposizioni di cui al D.L. n. 350/2001, la fantasia degli operatori economici nell'architettare strutture giuridiche volte a rendere più complessa l'individuazione del beneficiario economico vuoi delle strutture stesse vuoi delle singole operazioni, i tentativi di elusione dell'euro-ritenuta di cui agli accordi del 2004, l'esigenza, verificatasi a seguito delle crisi economiche che hanno dapprima colpito alcuni settori produttivi nel nostro Paese²⁸ poi i mercati finanziari globali, di ricapitalizzare le imprese italiane per il tramite di operazioni di rientro di capitali in precedenza esteroinvestiti per il tramite di soggetti interposti, lo stesso utilizzo di volta in volta di soggetti inquadrabili vuoi nella figura dell'«interposizione reale» vuoi dell'«interposizione fittizia», le difficoltà generate dall'impossibilità nel nostro ordinamento di detenere direttamente su un deposito amministrato o in gestione patrimoniale strumenti di investimento ampiamente utilizzati nei mercati internazionali (quali i fondi *hedge*)²⁹ sono tutte circostanze che hanno notevolmente ampliato la casistica rispetto alle situazioni oggetto di indagine all'epoca della prima versione dello scudo fiscale. La complessità riscontrabile nei casi concreti non consente una generalizzazione di casi che si rivelerebbe inevitabilmente approssimativa e fuorviante³⁰. Sul punto ci riserviamo di ritornare una volta che il provvedimento avrà avuto qualche ulteriore interpreta-

²⁷ Per un commento critico alla circolare, ci si permette di rinviare al nostro, «La discrezionalità nell'azione amministrativa in materia tributaria e prospettive di riforma del contenzioso tributario», in *Dir. Prat. trib.*, 2008, par. 13.

²⁸ Si pensi ai distretti industriali nei settori del mobile o del tessile in larga parte «spazzati via» dal nostro Paese per effetto della globalizzazione.

²⁹ Le recenti crisi finanziarie che hanno fatto emergere le truffe internazionali sottostanti a prodotti finanziari «opachi» non possono portare alla demonizzazione generalizzata di tutti i prodotti rientranti nella categoria, ancor quando abbiano finalità di copertura di rischi reali. La letteratura finanziaria in materia è assai ampia. Ci si limita al riguardo a rinviare ai numerosi approfondimenti che si riscontrano negli ultimi due anni sulla Rivista *AIAF* (Associazione Italiana Analisti Finanziari).

³⁰ Di particolare interesse è la tematica della interposizione che deve tener conto della circostanza che ai fini fiscali la distinzione tra «interposizione reale» ed «interposizione fittizia» ha una valenza relativa, essendo piuttosto rilevante la nozione di interposizione nel «possesso» del reddito secondo la peculiare disposizione di cui all'art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/1973.

zione ufficiale e avrà visto la luce il provvedimento attuativo del Direttore dell'Agenzia delle entrate.

In ogni caso, su di un piano generale, per stabilire quali beni possano essere oggetto di dichiarazione riservata occorre aver riguardo alle tipologie di beni suscettibili di dichiarazione nel quadro RW. In particolare, per quanto concerne la «dichiarazione di consistenza» di cui alla Sezione II del predetto quadro, le istruzioni al modello di dichiarazione chiariscono che devono essere oggetto di dichiarazione «gli investimenti all'estero e le attività estere di natura finanziaria attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia» di valore superiore al termine del periodo d'imposta di 10.000 euro. Precisano ancora le istruzioni che l'obbligo di dichiarazione «sussiste in ogni caso; vale a dire qualunque sia l'origine delle attività finanziarie e degli investimenti detenuti all'estero (ad esempio donazione o successione) e qualunque sia la modalità con cui sono stati effettuati i trasferimenti che hanno interessato tali attività (attraverso intermediari residenti, attraverso intermediari non residenti o in forma diretta tramite trasporto al seguito)».

Come chiarito dall'Agenzia delle entrate in occasione dello scudo 2001, sono pertanto suscettibili di dichiarazione riservata oltre ai valori mobiliari, le partecipazioni in società ed enti, i diritti di credito di cui abbiamo già detto, gli immobili, gli oggetti d'arte e di antiquariato³¹ e, secondo una recente interpretazione, gli *yacht*³² che alla data del 31 dicembre 2008 fossero nella disponibilità diretta o **per** tramite soggetto interposto del soggetto interessato a presentare la dichiarazione riservata.

Per quanto detto in tema di obblighi di compilazione del quadro RW, eccetto i casi di rimpatrio, effettivo o giuridico, l'adesione alla semplice regolarizzazione comporta il «riporto» nelle dichiarazioni successive allo scudo dell'obbligo di dichiarazione delle attività in detto quadro.

5. L'imposta straordinaria per accedere alla «dichiarazione riservata»

L'onere economico della sanatoria viene definito dal legislatore quale «imposta straordinaria» per quanto non compensabile con alcuna ritenuta o credito, al pari di un'imposta sostitutiva (espres-

³¹ Vedasi la già citata circolare 30 gennaio 2002, n. 9/E.

³² Risoluzione Agenzia delle entrate 3 luglio 2009, n. 172/E.

sione, questa, probabilmente più in linea con gli intendimenti dei redattori della norma).

Le modalità di determinazione comportano che l'imposta si applichi «a) su un rendimento lordo presunto in ragione del due per cento per i cinque anni precedenti il rimpatrio o la regolarizzazione senza possibilità di scomputo di eventuali perdite; b) con un'aliquota sintetica del cinquanta per cento per anno comprensiva di interessi e sanzioni e senza diritto allo scomputo di eventuali ritenute o crediti».

L'inquadramento quale «imposta» appare coerente con la disposizione che abbiamo esaminato di cui all'art. 12 dello stesso D.L. n. 78/2009 che istituisce una presunzione legale relativa che le attività impropriamente non assoggettate all'obbligo di compilazione nel quadro RW siano provenienti da redditi sottratti ad imposizione.

Non è chiaro - e sul punto pare opportuno attendere il provvedimento dell'Agenzia delle entrate a cui rinvia il comma 5, ultima parte, della disposizione in commento - se l'onere economico dello scudo sia in ogni caso rappresentato dal 5% delle disponibilità detenute all'estero ovvero se dalla disposizione testé citata possa trarsi la convinzione che l'imposta del 50% della rendita presunta del 2% all'anno possa essere applicata solo agli anni di effettivo possesso. Questa seconda soluzione appare più in linea con la stessa definizione di «imposta», stante la difficoltà di immaginare un'imposta che si applichi anche in assenza del presupposto del possesso del reddito, anche presunto, al quale si riferisce.

Quanto agli elementi di determinazione della base imponibile, gli stessi sono rappresentati dal valore delle «attività finanziarie e patrimoniali» purché detenute «a partire da una data non successiva al 31 dicembre 2008»³³.

Come nel precedente D.L. n. 350/2001, la preoccupazione del legislatore è rivolta a colpire eventuali manovre elusive di creazione di disponibilità all'estero architettate dopo la data indicata al solo scopo di godere dei benefici che vedremo con riguardo agli importi oggetto di sanatoria.

Questa interpretazione è suffragata dalla circostanza che l'art. 13-bis in commento rinvia anche all'art. 19, comma 2-bis, del D.L. n. 350/2001 che punisce come delitto (dunque in sede penale) la falsa attestazione nella dichiarazione riservata del-

la detenzione fuori del territorio dello Stato delle attività rimpatriate alla data indicata (per esigenze di coordinamento, da intendersi, per l'appunto, il 31 dicembre 2008).

Qualche residua perplessità concerne la circostanza della infelice previsione secondo la quale il rimpatrio o la regolarizzazione devono effettuarsi «a partire dal 15 settembre 2009 fino al 15 aprile 2010» (art. 13-bis, comma 6).

Per molti soggetti sottoposti al Modello Unico l'invio telematico della dichiarazione scade il 30 settembre 2009, di talché fino a quella data è possibile l'invio di una dichiarazione ordinaria nella quale venga correttamente compilato il quadro RW.

Specie nei casi di regolarizzazione (che non consente di ovviare alla compilazione del quadro RW negli anni successivi alla presentazione della dichiarazione riservata) questa considerazione si traduce nella possibilità di procedere alla presentazione di una dichiarazione riservata nel breve lasso di tempo decorrente tra il 15 e il 30 settembre 2009 allo scopo di procedere alla sanatoria di un'annualità d'imposta in più; la scelta non risulterebbe tuttavia priva di rischi rispetto all'ipotesi di chi ritenga più prudentemente di attendere ulteriori istruzioni ufficiali e/o modifiche normative prima di affrettarsi alla presentazione della dichiarazione riservata³⁴.

Il meccanismo di determinazione dell'imposta straordinaria (come si è visto, il 50% del rendimento lordo presunto del 2% «per i cinque anni precedenti il rimpatrio o la regolarizzazione») non esclude neppure che anche l'annualità 2007 venga autonomamente sanata attraverso il «ravvedimento operoso» della omissione del quadro RW da realizzarsi entro la stessa data del 30 settembre³⁵.

Quanto alla concreta determinazione del *quantum* su cui applicare l'imposta straordinaria, in attesa della circolare esplicativa dell'Agenzia delle entrate e delle istruzioni alla compilazione del modello della dichiarazione riservata, è possibile solo il rinvio alle precisazioni offerte dalla stessa Agenzia nelle circolari 4 dicembre 2001, n. 99/E e 30 gennaio 2002, n. 9/E, esplicative delle

³³ Il testo originario prima dell'emendamento proposto in sede di discussione alla Camera usava invece l'espressione «denunce almeno al 31 dicembre 2008».

³⁴ Si consideri anche che il termine per la conversione in legge del decreto-legge correttivo spira il 3 ottobre 2009; circostanza, questa, come vedremo, che genera non poche incertezze specie in sede penale.

³⁵ Come espressamente chiarito dall'Agenzia delle entrate con la circolare n. 9/E/2002, è possibile effettuare il ravvedimento operoso ex art. 13 del D.Lgs. n. 472/1997 anche per gli illeciti concernenti il quadro RW.

disposizioni di cui al D.L. n. 350/2001 a cui le nuove disposizioni rinviano «in quanto compatibili» nonché alle prassi seguite in occasione dello scudo 2001.

Tale rinvio ci sembra dover ridimensionare l'affermazione che, in sintonia con l'interpretazione allora prevalente, avevamo espresso in merito ad una certa discrezionalità offerta al contribuente quanto agli importi da indicare nella dichiarazione riservata nelle ipotesi di rimpatrio o regolarizzazione di disponibilità diverse dal danaro³⁶.

Al riguardo riteniamo che tali importi debbano sostanzialmente coincidere con il valore normale dei beni o delle disponibilità oggetto di rimpatrio o di regolarizzazione al momento della presentazione della dichiarazione riservata. E ciò sia perché la dichiarazione di importi superiori comporterebbe la commissione del reato di cui all'art. 19, comma 2-*bis*, del D.L. n. 350/2001 a cui abbiamo già fatto cenno sia in virtù della considerazione che l'Agenzia delle entrate nelle circolari citate aveva consigliato la predisposizione di perizie di stima concernenti i beni oggetto di sanatoria al fine di ovviare a contestazioni in sede amministrativa e penale.

Una maggiore cautela sul punto ci pare vada prestata anche in considerazione del contesto internazionale in cui si colloca il provvedimento e della qualificazione da parte del legislatore dell'importo dovuto per l'efficacia della dichiarazione riservata quale «imposta straordinaria su redditi», sia pure determinati in base ad una redditività presunta dei capitali che ne costituiscono la fonte. La collaborazione tra Stati nella repressione dei fenomeni di evasione rende infatti meno astratta l'evenienza di uno scambio di informazioni in merito alla corretta determinazione della base imponibile di detta imposta.

Va infine esaminata la problematica attinente la determinazione del «costo di carico» delle «attività finanziarie rimpatriate» che l'interessato deve dichiarare all'intermediario a cui presenta la dichiarazione riservata. La disposizione di cui all'art. 5-*bis* del D.L. n. 350/2001 richiamato dalle nuove norme dispone infatti che «in mancanza di dichiarazione di acquisto», il costo di carico coincida con l'importo risultante da un'autocertificazione dell'interessato ovvero (è da

ritenersi, in carenza anche di detta autocertificazione) «con l'importo risultante dalla dichiarazione riservata».

Anche con riferimento a questo aspetto, in assenza per il momento di interpretazioni ufficiali, ci pare che la cautela in sede interpretativa sia d'obbligo per ragioni analoghe a quelle già esposte con riguardo al tema della base imponibile dell'imposta straordinaria.

Al riguardo si consideri che l'Agenzia delle entrate nelle circolari citate aveva espressamente sottolineato che potevano essere derogati i criteri ordinari di determinazione del costo soltanto in mancanza della relativa documentazione³⁷.

Riteniamo pertanto che, salve indicazioni da parte dell'Agenzia delle entrate che legittimino comportamenti diversi, siano da verificare attentamente applicazioni della disposizione in esame secondo interpretazioni ardite palesemente rivolte alla pianificazione di operazioni realizzative delle attività finanziarie oggetto di rimpatrio, specie se operate entro un breve lasso di tempo dalla presentazione della dichiarazione riservata³⁸.

6. Gli effetti della «dichiarazione riservata» sul piano amministrativo

Il rinvio agli artt. 14 e 15 del D.L. n. 350/2001 comporta che rimpatrio e regolarizzazione precludano «nei confronti del dichiarante e dei soggetti solidalmente obbligati³⁹, ogni accertamento tributario e contributivo per i periodi d'imposta per i quali non è ancora decorso il termine per l'azione di accertamento alla data di entrata in vigore del presente decreto, limitatamente agli imponibili rappresentati dalle somme o dalle altre attività costituite all'estero e oggetto di rimpatrio (art. 14) o di regolarizzazione (art. 15)». Ai sensi dell'art. 14, comma 6, del D.L. n. 350/2001, richiamato dalle recenti disposizioni, «in caso di accertamento (...) previa adesione dell'interessato, le basi imponibili fiscali e contributive determinate dalle ammini-

³⁷ «Soltanto in tal caso, quindi, si potrà assumere il valore fornito all'intermediario mediante un'apposita dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell'art. 6, comma 3, del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, oppure l'importo indicato nella dichiarazione riservata». Cfr. testualmente la circolare 30 gennaio 2002, n. 9/E.

³⁸ Sembrano attribuire un'ampia discrezionalità sul punto al contribuente P. Ceppellini e R. Lugano, in *Il Sole 24-Ore*, 21 agosto 2009, pag. 23.

³⁹ Attese le finalità dello scudo, si dovrebbe trattare non tanto dei soggetti solidalmente obbligati al pagamento delle imposte sul reddito quanto dei soggetti coobbligati alla redazione del quadro RW. L'unica ipotesi potrebbe essere quella del coniuge nei casi di «dichiarazione congiunta».

³⁶ In tal senso vedasi A. Monti, «Rientro e regolarizzazione», cit., loc. ult. cit. In senso conforme AA.VV., «Filo diretto sullo "scudo"», Inserito de *Il Sole 24-Ore* del 19 gennaio 2002.

strazioni competenti sono definite fino a concorrenza degli importi dichiarati».

La preclusione all'attività di accertamento non si verifica quando alla data di presentazione della dichiarazione riservata le attività di accertamento tributario, tra cui accessi, ispezioni e verifiche, siano già iniziati a carico del contribuente (art. 14, comma 7, del D.L. n. 350/2001).

In occasione dello scudo 2001 l'Agenzia delle entrate ha chiarito che «la preclusione opera automaticamente, senza necessità di prova specifica da parte del contribuente» aggiungendo tuttavia che è in ogni caso necessario che «sia possibile, anche astrattamente, ricondurre gli imponibili accertati alle somme o alle attività costituite o detenute all'estero oggetto di rimpatrio o di regolarizzazione»⁴⁰. La stessa affermazione risulta ribadita dalla stessa Agenzia anche con riferimento all'ipotesi dell'accertamento sintetico, con riguardo al quale la preclusione originata dallo «scudo» sussisterebbe «sempreché la manifestazione di capacità contributiva sia riferibile, anche astrattamente, alle attività oggetto di emersione»⁴¹.

Come avevamo ipotizzato⁴², la norma si è prestata ad interpretazioni estensive da parte dell'Agenzia delle entrate che non ha mancato di colpire con lo strumento dell'accertamento sintetico i soggetti che, anche grazie alle disponibilità «rimpatriate», siano risultati non coerenti con i parametri presuntivi del cosiddetto «redditometro»⁴³.

Quasi a rassicurare i contribuenti quanto ad un'interpretazione meno intransigente della norma, il legislatore, in sede di elaborazione dell'art. 13-bis del D.L. n. 78/2009, ha precisato, al comma 3, che «il rimpatrio ovvero la regolarizzazione si perfezionano con il pagamento dell'imposta e non possono in ogni caso costituire elemento utilizzabile a sfavore del contribuente, in ogni sede amministrativa o giudiziaria, in via autonoma o addizionale».

La norma sembra pensata proprio in relazione alle pregresse esperienze di contestazione della non coerenza dei redditi dichiarati negli anni «coperti dallo scudo» e soprattutto in quelli immediatamente successivi con i parametri astratti del «redditometro».

L'espressione generica utilizzata dal legislatore del 2009, nonostante la sua evidente portata omnicomprensiva, non è tuttavia totalmente idonea, a nostro avviso, a scongiurare gli eccessi del passato specie per le peculiarità di applicazione dell'accertamento sintetico in base ai parametri presuntivi di cui al decreto ministeriale di cui al quarto comma dell'art. 38 del D.P.R. n. 600/1973. Infatti, la preoccupazione dei contribuenti che si accingono ad accedere allo scudo non è soltanto quella di vedersi precluse azioni di accertamento per le annualità nelle quali le disponibilità detenute all'estero non erano ancora state palesate al Fisco ma anche e soprattutto quella di poter attingere a queste ultime per operare investimenti e spese che inevitabilmente incideranno nelle annualità future sui «parametri di ricchezza» di cui al redditometro. Infatti, il meccanismo assolutamente grossolano e un po' desueto che è sotteso a questi parametri attribuisce ad ogni bene un indice di capacità di spesa che spesso non equivale affatto al costo effettivo di mantenimento dello stesso bene sopportato dal contribuente nel periodo d'imposta. Non solo. Anche la dimostrazione dell'effettivo costo di mantenimento non vale quale prova contraria di inattendibilità nel caso concreto del parametro. Unica prova effettivamente rilevante è rappresentata dalla dimostrazione della percezione di redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta ovvero di disinvestimenti patrimoniali idonei non solo e non tanto all'**acquisto** dei beni in questione, quanto piuttosto al loro **mantenimento**.

Un esempio varrà a chiarire il problema. Il rimpatrio di disponibilità estere non dichiarate per l'acquisto di una o più nuove abitazioni per i figli potrebbe rivelarsi un *boomerang* qualora i figli non fossero titolari di redditi autonomamente idonei a sostenere il *test* del redditometro, dovendosi tale indice di maggior spesa cumularsi ai fini della determinazione del reddito del genitore che ha presentato la dichiarazione riservata per tutti gli anni a venire fino al raggiungimento della «capienza» di reddito da parte dei figli.

Ci auguriamo che, anche nel tentativo di rendere appetibile lo scudo fiscale, il legislatore ponga mano a una rivisitazione dei parametri sottesi all'accertamento sintetico e soprattutto valuti l'opportunità di una maggiore valorizzazione della «prova contraria» consentita al contribuente quanto all'effettiva incidenza in concreto delle spese di mantenimento dei singoli beni rientranti nelle voci

⁴⁰ Così testualmente la circolare dell'Agenzia delle entrate 30 gennaio 2002, n. 9/E, par. 1.20.

⁴¹ Cfr. ancora la stessa circolare n. 9/E/2002 al par. 1.29.

⁴² Vedasi ancora A. Monti, «Rientro e regolarizzazione dei capitali detenuti irregolarmente all'estero», *cit.*

⁴³ Trattasi del D.M. 10 settembre 1992.

di capacità contributiva ipotizzate nel decreto ministeriale⁴⁴.

7. Le preclusioni all'azione penale

Come nella precedente versione del D.L. n. 350/2001, il legislatore esclude che la presentazione della dichiarazione riservata attribuisca al contribuente effetti preclusivi anche dell'azione penale «ad eccezione dei reati di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione di cui agli articoli 4 e 5 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74».

Secondo la versione originaria del D.L. n. 78/2009 la non contestabilità di tali reati non avrebbe tuttavia potuto verificarsi quando fosse «già stato avviato il procedimento penale, di cui gli interessati hanno avuto formale conoscenza» (art. 14, comma 7, del D.L. n. 350/2001, richiamato dal citato decreto-legge).

Tuttavia, il D.L. 3 agosto 2009, n. 103 (cosiddetto «decreto correttivo») prevede testualmente una modifica al comma 3 dell'art. 13-*bis* nel senso che «il rimpatrio ovvero la regolarizzazione (...) non possono in ogni caso costituire elemento utilizzabile a sfavore del contribuente, in sede amministrativa o giudiziaria, in via autonoma o addizionale “con esclusione dei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”».

La disposizione di cui al decreto correttivo pone non poche incertezze sotto vari profili.

Sul piano della astratta interpretazione delle norme, dovendosi applicare il principio per il quale la legge successiva abroga e sostituisce la precedente, qualora la legge conversione del decreto correttivo confermasse il contenuto della disposizione in esame, potrebbero riproporsi con riferimento a quest'ultima tutti i dubbi di costituzionalità che già erano stati sollevati con riguardo alla disposizione originaria del D.L. n. 350/2001 prima delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 3-*ter*, del D.L. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito dalla legge 23 aprile 2002, n. 73. Infatti, anche la prima formulazione della disposizione relativa allo scudo 2001 non prevedeva che gli effetti preclusivi della contestazione dei reati in esame si producessero solo qualora l'interessato avesse a-

vuto conoscenza della relativa imputazione a suo carico e ciò aveva provocato gli strali della migliore dottrina penalistica che aveva sottolineato l'evidente incostituzionalità della disposizione⁴⁵.

Sul piano pratico, la disposizione di cui al decreto-legge correttivo, evidentemente occasionata dall'esigenza politica di consentire una rapida approvazione del provvedimento principale, potrebbe creare incertezze applicative specie in quei casi nei quali la pendenza di indagini in corso nei confronti di una pluralità di soggetti ancora non specificamente individuati potrebbe sollecitare la presentazione di dichiarazioni riservate nel breve lasso di tempo ricompreso tra il 15 settembre e l'eventuale successiva conversione in legge del decreto correttivo, e, dunque, la presentazione di dichiarazioni la cui «copertura» in sede penale è da ritenersi incerta nonostante la non configurabilità di reati diversi dal reato di infedele dichiarazione o dal reato di omessa dichiarazione.

Come avevamo osservato in occasione del commento allo scudo 2001, anche con riferimento all'esclusione della punibilità in sede penale, si ripropone nella sostanza il quesito che ci siamo posti quanto alla preclusione dell'azione amministrativa, ovverosia come debba intendersi la delimitazione della non punibilità «alla disponibilità delle attività finanziarie dichiarate». Anche con riguardo a questo aspetto, infatti, non sembra sufficiente la sussistenza di un rapporto di coerenza «quantitativa» tra fattispecie di reato improcedibili e importo dichiarato, sembrando necessario un rapporto di compatibilità «qualitativa» tra reato commesso, imponibili sottratti all'imposta ai quali lo stesso si riferisce e ammontare oggetto della dichiarazione riservata⁴⁶.

Altrettanto potremmo ripetere le osservazioni già espresse con riferimento a quella disciplina con riguardo alle perplessità concernenti la mancata previsione della non punibilità anche per il reato di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 74/2000.

Quest'ultimo delitto è una figura di reato «proprio» che vede necessariamente come soggetti attivi i soggetti titolari di redditi per cui è obbligatoria la tenuta delle scritture contabili (imprenditori e professionisti).

⁴⁴ Di avviso tutt'affatto diverso C. Nocera, in *Il Sole 24-Ore*, 22 agosto 2009, pag. 21 il quale pare attribuire allo scudo l'effetto della incontestabilità in assoluto di accertamenti sintetici direttamente o indirettamente riferibili alle disponibilità oggetto di sanatoria.

⁴⁵ A. Lanzi, relazione al convegno Legge Tremonti: rientro dei capitali, Milano, 29 dicembre 2001; nel testo ci riferiamo alla non procedibilità in sede penale per quanto il legislatore si riferisca impropriamente ad effetti «estintivi» del reato.

⁴⁶ Vedasi ancora A. Monti, «Rientro e regolarizzazione dei capitali detenuti irregolarmente all'estero», cit., *loc. ult. cit.*

Nella concreta realtà delle aule di giustizia il confine tra «dichiarazione infedele» e «dichiarazione fraudolenta» è alquanto labile. In particolare, posto che la fraudolenza del comportamento può venire contestata non solo quando sia stata posta in essere «una falsa rappresentazione nelle scritture contabili» ma anche quando il contribuente si sia avvalso di «mezzi fraudolenti idonei ad ostacolarne l'accertamento», potrebbe ritenersi concretizzata questa seconda ipotesi anche qualora, ad esempio, il soggetto abbia celato la propria identità avvalendosi di una o più strutture interposte.

La circostanza che recentemente le Procure della Repubblica abbiano mostrato particolare interesse per i reati fiscali anche con riguardo a fattispecie che difficilmente in altri Paesi verrebbero punite con la sanzione penale potrebbe dissuadere imprenditori e professionisti ad avvalersi dello scudo fiscale.

Certamente l'utilizzo dello strumento potrebbe rivelarsi tutt'altro che «premiale» in tutte le ipotesi in cui le disponibilità estere che vedono come beneficiario economico effettivo un socio o un amministratore di società siano state costituite attraverso l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti transitate nella contabilità della società medesima ovvero attraverso operazioni finanziarie più o meno complesse che abbiano avuto quale scopo non solo la costituzione all'estero delle disponibilità ma anche contestualmente il ridimensionamento dell'imponibile del soggetto (la società) non rientrante nella categoria dei soggetti destinatari del provvedimento.

8. Criticità nell'applicazione della normativa «antiriciclaggio»

Le nuove disposizioni in tema di scudo fiscale contenute nell'art. 13-*bis* del D.L. n. 78/2009 impongono una riflessione finale in merito al mancato raccordo della disciplina già contenuta nell'art. 17 del D.L. n. 350/2001 in materia di riciclaggio, richiamato, come si è visto, dalla disposizione in questione, e le modifiche normative intervenute in materia nonché i più recenti orientamenti dell'Amministrazione finanziaria sul tema⁴⁷.

La *ratio* dell'art. 17 citato era quella di esonerare gli «intermediari» dall'obbligo di segnalare le operazioni di rimpatrio e/o regolarizzazione quali

operazioni sospette ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3 del D.L. n. 143/1991.

Un primo aspetto problematico attiene l'operatività di tale norma con riferimento ai professionisti, i quali a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2007 sono anch'essi soggetti agli obblighi di segnalazione alla UIF. L'art. 41 del decreto legislativo citato impone infatti ai professionisti di inviare «alla UIF, una segnalazione di operazione sospetta quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio».

Appare tuttavia evidente come la posizione dei professionisti non possa essere assimilata *tout court* a quella degli intermediari. Si pensi alle ipotesi nelle quali i professionisti si trovino ad esprimere un parere in merito alla opportunità e/o convenienza di aderire, o meno, alla sanatoria.

Questa, infatti, come abbiamo appena visto, «copre» il cliente solo dal rischio di un'imputazione per infedele dichiarazione ovvero per omessa dichiarazione. La ragione per la quale il cliente potrebbe venire dissuaso dalla adesione alla sanatoria potrebbe consistere proprio nella valutazione della sussistenza in concreto del rischio di contestazione di un reato più grave.

In assenza di un'espressa previsione che esoneri il professionista dall'obbligo di segnalazione in ragione del segreto professionale, ci si chiede se, nel caso in cui la valutazione dei rischi sottesi porti a sconsigliare l'operazione di rientro, il professionista debba ritenersi comunque obbligato ad effettuare la segnalazione di cui si è detto.

L'unica soluzione interpretativa che consente di evitare una soluzione contraria non solo al buon senso ma anche alle aspettative del Governo italiano in termini di maggiori entrate rivenienti dal provvedimento sta nella considerazione che, ad oggi, nell'ordinamento italiano non è punibile la fattispecie dell'«auto riciclaggio», con la conseguenza che l'obbligo di segnalazione non sussisterebbe in ogni ipotesi in cui vi sia perfetta identità tra il soggetto che abbia sottratto materia imponibile al Fisco italiano e il soggetto che abbia ritenuto di ricorrere al professionista prima di presentare all'intermediario la dichiarazione riservata.

Anche sotto questo profilo, peraltro, la disciplina penale vigente in Italia in materia manifesta tutte le lacune da cui è affetta stante che, se è certamente incoerente rispetto agli altri ordinamenti con i quali pure esistono convenzioni di reciproca

⁴⁷ Vedasi in particolare la circolare 16 agosto 2008, n. 81 del Comando generale della Guardia di finanza.

collaborazione per la repressione dei reati più gravi, la non punibilità dell'autoriciclaggio, è altrettanto anomala la imputabilità del riciclaggio qualora il reato presupposto sia una omessa dichiarazione ovvero un'infedele dichiarazione sia pur caratterizzata da connotazioni fraudolente.

Sta di fatto che il denaro «risparmiato» in tasse e poi reimpiegato nell'attività economica lecita, non dovrebbe potersi configurare come proveniente da attività criminosa.

Questa situazione potrebbe verificarsi, ad esempio, solo nell'ipotesi in cui il reato tributario abbia costituito lo strumento per l'acquisizione del provento successivamente «riciclato» (si pensi all'IVA non versata dall'emittente di fatture per operazioni inesistenti).

Stante tuttavia l'interpretazione prevalsa nelle Procure della Repubblica, riteniamo che anche sotto il profilo esaminato l'emendamento in discussione meriti, come richiesto da molti⁴⁸, di essere rimeditato in assenza di un collegamento, come avvenuto nel 2002, tra scudo fiscale e condono, comportante, quest'ultimo, la previsione della esclusione della punibilità per tutti i reati in materia di dichiarazione, compresa la dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti e per i reati di false comunicazioni sociali.

⁴⁸ Sollecita una revisione sul punto del provvedimento I. Caraccioli, in *Il Sole 24-Ore*, inserto del 7 agosto 2009.

