

Facoltà di Economia
Dipartimento di Impresa e Management
Corso di laurea in Consulenza aziendale

TESI IN DIRITTO TRIBUTARIO CORSO PROGREDITO

ESTEROVESTIZIONE: PERCORSI EVOLUTIVI NORMATIVI E
GIURISPRUDENZIALI

RELATORE

Chiar. mo Prof. Fabio Marchetti

CANDIDATO: Stefania Pelullo

MATR.: 655441

CORRELATORE

Chiar. mo Prof. Marco Sepe

Anno Accademico

2014- 2015

INDICE

INTRODUZIONE -----	1
1. ESTEROVESTIZIONE -----	4
1.1. ESTEROVESTIZIONE SOTTO IL PROFILO TRIBUTARIO ITALIANO	6
1.1.1. <i>IL CONCETTO DI RESIDENZA DELLE PERSONE FISICHE</i> -----	6
1.1.2. <i>IL CONCETTO DI RESIDENZA DELLE PERSONE GIURIDICHE</i> ---	13
1.2. ESTEROVESTIZIONE SOTTO IL PROFILO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE-----	20
1.2.1. <i>ART. 4 DEL MODELLO OCSE: “RESIDENT” E “PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT”</i> -----	21
1.2.2. <i>ART. 25 DEL MODELLO OCSE: “MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE”</i> -----	26
1.2.3. <i>IL MODELLO OCSE DEL 2010</i> -----	29
1.3. ESTEROVESTIZIONE SOTTO IL PROFILO TRIBUTARIO COMUNITARIO -----	29
1.3.1. <i>LA COMUNICAZIONE N. 785 DEL 2007</i> -----	32
1.3.2. <i>WORKING PAPER N. 65</i> -----	37
2. METODI DI CONTRASTO -----	40
2.1. MONITORAGGIO FISCALE D.L. 167/1990, CONVERTITO NELLA L. 227/1990 -----	45
2.2. MODIFICHE DEL D.L. 167/90, CONVERTITO IL L. 227/90-----	53
2.2.1. <i>EVOLUZIONE DELLE NORMATIVE D’ANTIRICICLAGGIO</i> -----	54
2.2.2. <i>LA DISCIPLINA DEI REATI TRIBUTARI</i> -----	64
2.2.3. <i>LO SCUDO FISCALE</i> -----	74
2.2.4. <i>LA LEGGE EUROPEA N. 97/2013</i> -----	79
2.2.5. <i>LA VOLUNTARY DISCLOSURE. LEGGE 186/2014</i> -----	85
2.2.6. <i>LA LEGGE DI STABILITÀ 2016</i> -----	93
3. CASO STUDIO: ANGIOLA ARMELLINI -----	95
3.1. ELEMENTI DESCRITTIVI DEL CASO DI SPECIE RIGUARDANTE ANGIOLA ARMELLINI -----	95
3.2. I POSSIBILI ELEMENTI SINTOMATICI DELL’ESTEROVESTIZIONE NEL CASO ARMELLINI -----	97
CONCLUSIONE -----	106
BIBLIOGRAFIA -----	108
SITOGRAFIA -----	110

INTRODUZIONE

L'evasione fiscale e l'esterovestizione sono fenomeni sempre più ricorrenti tra le notizie di cronaca vedendo coinvolti grandi campioni dello sport, gente dello spettacolo e rilevanti icone dell'imprenditoria italiana, tant'è vero che la loro terminologia è ormai d'uso corrente nel linguaggio comune.

La frequenza della manifestazione dell'esterovestizione mostra la predominanza del fenomeno nell'attuale periodo storico sebbene le sue origini risalgano agli anni Ottanta, ossia al periodo in cui è avvenuta l'unificazione del mercato economico-finanziario basato sul principio della libera circolazione dei capitali.

La curiosità di scoprire il complesso stratagemma che è stato escogitato dai contribuenti, abili manipolatori delle varie discipline legislative, per sfuggire al Fisco e che si cela dietro al suddetto fenomeno mi ha esortato a scegliere quest'argomento come oggetto del mio elaborato finale.

L'esterovestizione, nella sua accezione più generica, si presenta come un'operazione attraverso la quale un soggetto passivo riesce formalmente ad allocare la residenza fiscale in un Paese a fiscalità privilegiata o riconducibile ad uno dei Paesi della *black list*, pur mantenendo nel territorio italiano la propria residenza in senso civilistico. L'ordinamento italiano ha ritenuto importante offrire una definizione del concetto di residenza per entrambe le fattispecie in cui il contribuente può presentarsi, ovvero sia se persona fisica sia se persona giuridica. Tuttavia, tale fenomeno trova massima opportunità di manifestarsi attraverso la complessa struttura societaria, diretta e coordinata dalla c.d. *holding*.

È appetibile per il contribuente italiano attuare il fenomeno dell'esterovestizione al fine di sottrarsi alla rigida imposizione fiscale nazionale in seguito al criterio di tassazione adottato dall'ordinamento nazionale, la c.d. "*worldwide taxation*", che trova applicazione nei confronti dei soggetti ritenuti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

Il trasferimento della residenza fiscale in un altro Paese da parte del contribuente estende il problema dell'esterovestizione a realtà oltre confine e, per tale ragione, è riconosciuta come una nuova forma di evasione fiscale internazionale. Pertanto ho ritenuto interessante studiare come tale fenomeno fosse avvertito e trattato dagli altri ordinamenti giuridici, quale quello comunitario e internazionale.

Giunta ad un quadro normativo completo in merito al fenomeno oggetto di studio, la mia curiosità non si è arrestata ma mi ha spinto a ricercare le reazioni assunte dai diversi ordinamenti legislativi a questo comune problema al fine di provare a capire il motivo per cui la sua corsa non viene frenata.

In tal merito, ho deciso di proseguire la stesura della mia tesi analizzando le norme ostative proposte dagli stessi per contrastare il fenomeno.

L'esterovestizione, essendosi diramata nelle varie realtà internazionali, si è personificata in un nemico comune a tutti i diversi Paesi che hanno aperto i propri confini al libero trasferimento dei capitali. Pertanto, una lotta efficace a contrastare il fenomeno potrà avvenire solo attraverso l'effettiva collaborazione degli stessi al fine ultimo di giungere ad un'unica normativa disciplinare che permetta di sanare le diverse lacune normative che enfatizzano l'evolversi del problema, creando le ipotetiche situazioni di doppia imposizione.

Evidenziato il dinamismo tra i diversi ordinamenti, il mio studio si focalizza sulla normativa ostativa nazionale dalla sua origine fino a giungere ai nostri giorni, notando come nel suo *excursus* storico è stata fortemente influenzata dai diversi ordinamenti tra cui *in primis* la normativa sovranazionale, ossia quella comunitaria.

Per terminare il lavoro di tesi, ho provato ad analizzare un caso studio. Tra le numerose vicende di cronaca riguardanti l'esterovestizione, quella che ha catturato maggiormente la mia attenzione, spingendomi ad informarmi sull'accaduto, è la storia di Angiola Armellini, figlia di uno storico costruttore edile romano.

La signora Armellini, denominata da molti periodici la "lady no tax", ha sconvolto l'intero sistema fiscale nazionale e indignato l'opinione pubblica, creando un rilevante *exploit* mediatico, in quanto accusata di aver nascosto al Fisco una somma di capitali mai raggiunta finora. Difatti, secondo l'accusa e quanto riferito da rilevanti periodici nazionali, l'importo evaso dalla signora Armellini ammonterebbe a circa due miliardi di euro. Sicuramente, saranno il tempo e le autorità competenti ad imputare o assolvere la signora Armellini dalle accuse.

Infatti, nel mio elaborato finale mi limiterò ad analizzare gli aspetti della vicenda, rilevati dalla Guardia di Finanza e riportati da importanti periodici nazionali, al fine d'individuare i possibili aspetti sintomatici dell'esterovestizione che potrebbero

indurre a credere nella realizzazione del suddetto fenomeno nei riguardi della signora Armellini.

1. ESTEROVESTIZIONE

Il fenomeno della "esterovestizione" societaria nasce dalla prassi di collocare una o più società, riconducibili allo stesso soggetto economico, al di fuori del territorio nazionale con il principale intento di usufruire di forme agevolate di tassazione. E' evidente come la scelta di costituire una società deputata alla gestione delle partecipazioni di gruppo, dei marchi, dei brevetti o quant'altro, sia di per sé del tutto legittima anche quando l'obiettivo primario sia quello di diminuire il carico fiscale del gruppo sfruttando le legislazioni estere più favorevoli. Infatti, la questione diviene fiscalmente rilevante nell'ipotesi in cui la società costituita all'estero sia di fatto amministrata in Italia¹.

In sostanza, l'esterovestizione si manifesta con la fittizia localizzazione della residenza fiscale in Paesi o territori diversi dall'Italia in cui il soggetto passivo² effettivamente conserva la propria residenza civilistica, al solo fine di godere di una fiscalità privilegiata ed evadere così il Fisco italiano.

L'esterovestizione societaria, dunque, trova il suo fondamento nei Paesi a medio-alta incidenza fiscale, tra cui appunto l'Italia³.

Il suo sopravvento è associabile alla globalizzazione economica, la quale ha permesso ai soggetti passivi di poter trasferire la loro residenza, seppur in modo fittizio, nei c.d. Paesi delle *black list*, oggi sbaragliati dalla Finanziaria del 2009.

Sotto il profilo soggettivo, l'esterovestizione riguarda le persone fisiche o giuridiche ma trova la massima esposizione nella complessa struttura societaria di una *holding*⁴, istituita per capitanare un gruppo d'impresе.

¹ Berardino, *Il Fisco oggi*, 2007.

² E' soggetto passivo ("contribuente") del tributo:

- l'acquirente, ossia colui in favore del quale avviene il trasferimento della proprietà delle azioni, degli strumenti partecipativi e dei titoli rappresentativi, indipendentemente dalla residenza dei medesimi e dal luogo di conclusione del contratto
- entrambe le controparti delle operazioni su derivati e altri valori mobiliari indipendentemente dalla residenza delle stesse e dal luogo di conclusione delle operazioni
- colui che immette, attraverso gli algoritmi, gli ordini di acquisto e vendita e le connesse modifiche e cancellazioni, per le operazioni ad alta frequenza. Agenzia dell'Entrate

³ Sacchetto & Bergagli, *Esterovestizione societaria: disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*, G. Giappichelli, 2013, p. XVIII.

⁴ La *holding* è una società, generalmente di capitali, avente quale scopo unico o principale l'assunzione di partecipazioni azionarie in altre società, al fine di dirigerne o controllarne l'operato. Può anche accadere che la società controllata acquisti il controllo di una terza società e questa a sua volta venga a controllarne una quarta e così via (c.d. *sub-holding* o *holding di settore*). In questo caso si costruisce una struttura piramidale con cui la società madre, ossia la *holding*, può controllare un capitale molto più grande di quello iniziale. Bankpedia

La *holding* rappresenta lo strumento che mette in atto i fenomeni di esteroinvestizione poiché, grazie alla propria struttura organizzativa, riesce facilmente a trasferire i redditi all'estero. Tuttavia, il fenomeno in questione si manifesta unicamente quando la capogruppo sceglie di acquistare partecipazioni in Paesi a fiscalità privilegiata, al fine di sottrarre il reddito all'imposta interna.

Quindi, l'esteroinvestizione si configura come una nuova forma di evasione fiscale internazionale difficilmente individuabile dal Fisco italiano, poiché essendo di recente istituzione manca ancora di una chiara e univoca disciplina normativa tributaria. Infatti, una delle cause principali dell'insorgere del fenomeno è una discordanza normativa tra i vari ordinamenti tributari che generano spesso il fenomeno della concorrenza fiscale⁵.

Al fine di contrastare la concorrenza fiscale e in seguito di fronteggiare l'insorgere dell'esteroinvestizione, la dottrina e la giurisprudenza mirano a creare un unico quadro disciplinare in ambito fiscale e nello specifico intendono offrire una definizione univoca di "residenza fiscale" e fissare i criteri per poterla determinare.

Difatti, la discussione del fenomeno si basa su una longeva disputa tra il carattere sostanziale (rintracciabile nel concetto di sede amministrativa) e formale (associabile al concetto di residenza in senso civilistico) dei criteri utilizzati per l'accertamento della residenza fiscale.

La dottrina predilige la prevalenza della sostanza sulla forma e quindi sottolinea l'esigenza di individuare la residenza effettiva di una società (il cd. *Place of effective management*), ossia accertare il nesso tra l'attività svolta dal soggetto passivo in un Paese e la sua effettiva residenza nello stesso.

In seguito alla manifestazione di numerosi e rilevanti casi di elusione fiscale che hanno alimentato di recente la cronaca, numerosi Paesi, compreso l'Italia, hanno

⁵ Fenomeno che si realizza con l'integrazione economica di differenti giurisdizioni fiscali grazie alla mobilità dei fattori produttivi e dei flussi reddituali soggetti a tassazione. In presenza di tali condizioni, le giurisdizioni fiscali possono entrare in competizione tra loro, al fine di accrescere il livello di benessere dei propri residenti. (...). Secondo la teoria economica, le giurisdizioni che riducono il prelievo fiscale sui fattori di produzione (in particolare quelli caratterizzati da maggiore mobilità) possono accrescere il livello d'investimento all'interno della propria economia, a scapito delle giurisdizioni caratterizzate da maggiore pressione fiscale. Per reagire al deflusso dei fattori di produzione, le altre giurisdizioni fiscali sono indotte a ridurre le proprie aliquote, innescando una corsa al ribasso nei livelli impositivi. (...) Per temperare le eventuali esternalità (→) negative associate alla concorrenza fiscale i legislatori dovrebbero armonizzare la normativa fiscale o devolvere la sovranità tributaria a un livello di governo superiore. Crudo, *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012

adottato diverse misure di contrasto. La finalità principale degli interventi legislativi, creati *ad hoc* per combattere e gestire il fenomeno, è riportare la residenza fittizia del soggetto esterovestito nell'effettiva sede nazionale.

1.1. ESTEROVESTIZIONE SOTTO IL PROFILO TRIBUTARIO ITALIANO

L'ordinamento italiano ha reagito all'espandersi della fenomenologia dell'esterovestizione elaborando forti discipline di contrasto novellate in specifici testi normativi quali il Testo Unico delle Imposte sui Redditi (T.U.I.R.), emanato per mezzo del D.P.R. 817/1986; il codice civile, emanato nel 1942, le circolari dell'Agenzia delle Entrate e gli interventi legislativi della Cassazione.

In modo specifico, la disciplina nazionale s'impegna ad offrire la definizione e l'interpretazione del concetto di residenza per le persone fisiche attraverso l'art. 2, comma 2 e 2- *bis*, del T.U.I.R., e del concetto di sede per le persone giuridiche disciplinato dall'art 73, comma 3 e successivi, del medesimo testo.

1.1.1. IL CONCETTO DI RESIDENZA DELLE PERSONE FISICHE

La normativa tributaria nazionale presenta la disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche all'art. 2, del T.U.I.R., sviluppando l'argomento sotto due particolari casi, ossia individuando nel comma 2, i presupposti necessari per ammettere la residenza fiscale del contribuente in Italia e nel successivo comma 2- *bis*, la presunzione della residenza nella penisola dei soggetti che hanno deciso di trasferirla nei cd. "*Paradisi fiscali*"⁶.

Al fine di accertare la residenza fiscale di un soggetto passivo in Italia l'Amministrazione finanziaria si avvale di quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del T.U.I.R., il quale prevede: "*Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta, sono iscritte nelle*

⁶ L'espressione "Paradiso fiscale" indica uno Stato o territorio che prevede un'imposizione fiscale ridotta o assente, un'assenza di trasparenza in ambito normativo, il rifiuto di politiche a sostegno dello scambio informativo con gli altri Paesi e la mancanza di una disciplina che preveda il requisito dell'esercizio di attività effettiva sul territorio nazionale. I Paesi che godono di questo regime fiscale privilegiato costituiscono uno specifico elenco, noto come *black list*.

anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”.

Seguendo l’ordine disposto dal succitato comma, si evince che i presupposti per l’accertamento della residenza delle persone fisiche sono tre:

1. risultano *“iscritte nelle anagrafi della popolazione residente nello Stato⁷”*. Il presupposto sussiste, anche se hanno soggiornato per gran parte del periodo d’imposta all’estero;
2. non sono iscritte all’anagrafe ma hanno il domicilio nello Stato. Vi è un esplicito richiamo alla disciplina dettata dall’art. 43, comma 2, del c.c., in merito alla definizione di “domicilio”. In senso civilistico, è raffigurato come il *“luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”*;
3. non sono iscritte all’anagrafe ma hanno la residenza nello Stato, intesa ai sensi civilistici dell’art.43, comma 2, del c.c. come il *“luogo in cui la persona ha la dimora abituale”*.

I summenzionati presupposti non sono contendenti, pertanto è sufficiente che sussista uno solo di essi affinché un soggetto sia considerato fiscalmente residente. Tuttavia, per il riconoscimento della residenza è necessario che esso sia verificato per *“la maggior parte del periodo d’imposta”*. Questa espressione è generalmente soddisfatta quando l’evento è protratto per un periodo superiore alla metà dei giorni più uno presenti nell’arco di un anno solare, ossia 183 giorni o 184 in caso di anno bisestile⁸.

La stessa interpretazione è offerta anche dall’Agenzia delle Entrate con la Risoluzione n. 471/2008, attraverso cui è affermato che: *“.... ai fini della normativa italiana – e, dunque, anche di quella convenzionale, che rinvia sul punto alle norme interne – non è possibile considerare un soggetto residente limitatamente ad una frazione dell’anno d’imposta...”*.

⁷ Secondo quanto disposto dagli art. 1 e 3 del Regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 30 maggio 1989, l’anagrafe della popolazione residente è la raccolta sistematica dell’insieme delle posizioni relative alle singole persone, famiglie, e alle convivenze che hanno fissato nel comune la residenza, nonché delle disposizioni relative alle persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel comune il proprio domicilio. Brusaterra, *Capital gain*, Giuffrè 2012 p. 144

⁸ Circolare del Ministero delle Finanze del 17 agosto 1996, n. 201

Contemplata la disposizione dell'art.2, comma 2, del T.U.I.R.. la dottrina e la giurisprudenza hanno spinto la loro attenzione a una specifica circostanza che metteva in dubbio la residenza fiscale. La fattispecie in questione riguarda il trasferimento della residenza fiscale all'estero di un soggetto residente in Italia. La volontà di disciplinare questa puntuale situazione nasce dalla consapevolezza che il principio di tassazione vigente in Italia, tra diritto interno e internazionale, è il c.d. "*worldwide taxation principle*". Esso permette allo Stato di residenza del contribuente di assoggettare ad imposizione i suoi redditi ovunque essi siano prodotti ed indipendentemente dal regime impositivo applicato sui medesimi dallo Stato della fonte, nel presupposto che il soggetto residente, in ragione del suo collegamento con il territorio statale, (...), "appartenga" o rimanga legato allo Stato nel quale risiede anche quando si trova al di fuori del suo territorio⁹.

Dal momento che, tale principio è ricollocabile al concetto di residenza del contribuente, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto opportuno specificare che il soggetto passivo, intenzionato a trasferirsi all'estero, non deve solamente provvedere all'eliminazione della propria residenza fiscale dall'anagrafe della popolazione residente bensì deve trasferirla anche all'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero (la c.d. A.I.R.E.). Poiché solo l'iscrizione a quest'ultima anagrafe attesta la non residenza del soggetto passivo in Italia.

La dottrina e la giurisprudenza continuano ammettendo che l'iter normativo, finora esposto circa la fattispecie della residenza fiscale trasferita all'estero, è sì necessario ma non sufficiente per rendere effettivo il trasferimento. Infatti, l'iscrizione all'A.I.R.E. è suscettibile di prova contraria, sia nel caso di simulazione sia nel caso in cui il soggetto emigrato riassuma la residenza di fatto in Italia prolungata per la maggior parte del periodo d'imposta¹⁰.

Tanto è vero che la residenza fiscale sarà riconosciuta non più nazionale solo se il soggetto passivo provvede, in concomitanza al trasferimento della residenza fiscale all'A.I.R.E., al trasferimento del proprio domicilio e/o residenza, intesi in senso civilistico.

Alla luce del disposto appena citato, è possibile affermare che il soggetto passivo, qualora mantenga nello Stato il centro principale delle proprie relazioni familiari,

⁹ Santamaria, *Fiscalità Internazionale*, Giuffrè, 2009, p. 165

¹⁰ Brusaterra, *Capital Gain*, cit. p. 145

sociali ed economiche, non perde lo *status* di residente italiano sotto il profilo fiscale.¹¹

La panoramica delle situazioni, al verificarsi delle quali, è possibile determinare la residenza fiscale in Italia, termina con la normativa disposta dall'art.2, comma 2-bis¹², del T.U.I.R.: “*Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale*”.

La seguente disposizione ha introdotto la presunzione della residenza in Italia per tutti i soggetti passivi trasferiti nei paesi a bassa o nulla fiscalità, i c.d. Paesi delle *Black list*, indicati dal decreto ministeriale 4 maggio del 1999¹³, salvo che il contribuente riesca a offrire prova contraria. Infatti, il CM 140/1999 specifica che il diritto riconosciuto al contribuente opera solo dal periodo d'imposta dell'entrata in vigore del decreto. Dunque, saranno ammessi solo quei periodi decorrenti dal 1999, mentre per quelli anteriori a tale decorrenza, l'onere della prova rimarrà a carico dell'Amministrazione finanziaria¹⁴.

¹¹ Interpretazione confermata dalla Cassazione con la sentenza n. 4705 dell'8 novembre 1989 nella quale si afferma che: “*la semplice cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente, per trasferire la residenza all'estero, può non essere sufficiente a far perdere lo status di “residente” sotto il profilo fiscale, qualora il soggetto mantenga nel territorio nazionale propri interessi (famiglia, proprietà ecc.)*”. Più di recente, Cassazione 14434 del 15 giugno 2010; Cassazione 19 maggio 2010, n. 12259. Nello stesso senso si esprime anche la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 304/E del 2 dicembre 1997; “*la cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente e l'iscrizione nell'anagrafe degli italiani residenti all'estero (A.I.R.E.) non costituisce elemento determinante per escludere il domicilio o la residenza nello Stato, ben potendo questi ultimi essere desunti con ogni mezzo di prova anche in contrasto con le risultanze dei registri anagrafici*” (Cassazione 17 luglio 1967, n. 1812; 20 settembre 1979, n. 4829; 24 marzo 1983, n. 2070; 5 febbraio 1985, n. 791). Da ciò discende che, l'aver stabilito il domicilio civilistico in Italia ovvero l'aver fissato la propria residenza nel territorio dello Stato sono condizioni sufficienti per l'integrazione della fattispecie di residenza fiscale, indipendentemente dall'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente”.

¹² Il comma 2-bis è stato inserito nel *corpus* dell'art.2 del T.U.I.R., dall'art. 10 della legge 448/98.

¹³ Le *black list* vigenti prima della Finanziaria 2008 erano tre: una riguardante le persone fisiche (lista contenuta nel decreto ministeriale 4 maggio del 1999 e disciplinate dall'art.2, comma 2-bis, del T.U.I.R.); una circa *le Controlled foreign companies- C.f.c.* - (contenute nel decreto ministeriale 21 novembre 2001 e novellate negli art. 167 e 168 del T.U.I.R.) e infine le *black list* circa le ineducibilità dei componenti negativi (contenuta nel decreto ministeriale 23 gennaio 2002 e indicate dall'art. 110, commi da 10 al 12-bis del T.U.I.R.). Queste ultime due liste sono state di recente oggetto di modifica per mezzo rispettivamente del decreto 30 marzo 2015 e del decreto del 27 aprile 2015. Tali modifiche permisero di rappresentare una mappa aggiornata dei Paesi inclusi nelle *Black list* pubblicati il Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 107 del 11 maggio 2015.

¹⁴ Infatti, l'Amministrazione finanziaria aveva iniziato a occuparsi del problema, che poteva scaturire dal trasferimento della residenza all'estero già nel dicembre del 1997. Infatti, la Circolare 1997/340 dell'Agenzia delle Entrate prendeva atto della necessità: “*di dare un impulso ad attività di tipo*

La lotta al fenomeno elusivo riguardante il trasferimento fittizio della residenza nei paradisi fiscali ha avuto un impatto decisivo nel nostro ordinamento proprio con la finanziaria del 1999, che introdusse appunto il comma 2- *bis*, all'art.2 del T.U.I.R...

L'aspetto normativo innovativo, desumibile dal seguente comma, è il riconoscimento dell'inversione dell'onere della prova che dall'amministrazione finanziaria passa a carico del soggetto passivo. Il contribuente è così chiamato a fornire fatti e atti idonei a respingere la presunzione della propria residenza in Italia e a confermare la sua effettiva residenza nel Paradiso fiscale. La presunzione può essere superata con qualsiasi mezzo di prova documentale o dimostrativo, il quale potrà essere presentato dal contribuente all'Amministrazione finanziaria, solo se espressamente richiesto.

Il soggetto passivo, nello specifico, deve dimostrare di non aver eluso il Fisco italiano, offrendo prove concrete che egli abbia trasferito nell'altro Stato non solo la residenza fiscale, e dunque il centro dei propri interessi economici, bensì anche la propria residenza e soprattutto il proprio domicilio, intesi rispettivamente, in senso civilistico e dalla Cassazione, come *res facti* e *res iuris*. In linea generale, il contribuente deve dimostrare il reale trasferimento nel medesimo Paese del "centro dei propri interessi morali e sociali". Nello specifico, in merito alla residenza, il soggetto deve dimostrare degli elementi di fatto (*res facti*), quali la sua reale permanenza in un determinato luogo per "la maggior parte del periodo d'imposta" e la volontà di stabilirsi in quel specifico posto¹⁵. Per quest'ultimo aspetto ci si affida, in sede probatoria, ad alcuni indici estrinseci, come i comportamenti del soggetto e le sue abitudini di vita. Tuttavia, l'aspetto probatorio essenziale è la dimostrazione del trasferimento del proprio

investigativo e di "intelligence" che consentano di individuare i casi in cui il trasferimento della residenza anagrafica rappresenta un facile espediente posto in essere da cittadini italiani che di fatto hanno mantenuto la residenza o il domicilio in Italia". Dragonetti, Piacentini, & Sfondrini, *Manuale di Fiscalità Internazionale*, Ipsoa, 2008, p. 319

¹⁵ La giurisprudenza ha contribuito a chiarire le nozioni di residenza e domicilio, affermando che: "È costante nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione del principio secondo cui la **residenza** di una persona è determinata dalla sua abituale e volontaria dimora in un determinato luogo, cioè dall'elemento obiettivo della permanenza in tale luogo e dall'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali (Cassazione 14 marzo 1986 n.1738), mentre il **domicilio** individua il luogo in cui la persona ha stabilito il centro principale dei propri affari e interessi, sicché riguarda la generalità dei rapporti del soggetto – non solo economici, ma anche morali, sociali e familiari – e va desunto alla stregua di tutti quegli elementi di fatto che, direttamente o indirettamente, denuncino la presenza in un certo luogo di tale complesso di rapporti ed il carattere principale che esso ha nella vita delle persone" (Cassazione 5 maggio 1980 n. 2936)». (Cassazione SSUU n. 8427 del 1990).

domicilio, poiché si tratta di una situazione unicamente giuridica che si caratterizza dalla volontà, dunque dall'intenzione del soggetto di costituire e mantenere in quel luogo il centro principale delle proprie relazioni familiari, sociali ed economiche¹⁶. Una dimostrazione può essere il trasferimento in quello Stato della propria famiglia.

Ulteriori prove che potrebbero accertare il domicilio del contribuente nel paradiso fiscale, come dettate dalla circolare del 2 dicembre 1997 n. 304/E, sono:

- eventuale disponibilità di un'abitazione permanente, anche tenuta a disposizione;
- presenza della famiglia;
- accredito di propri proventi, anche conseguiti all'estero;
- possesso di beni, anche mobiliari;
- partecipazione a riunioni d'affari;
- titolarità di cariche sociali;
- sostenimento di spese alberghiere, iscrizioni a circoli o a club;
- organizzazione della propria attività direttamente o tramite soggetti che operano nel territorio dello Stato.

Invece, qualora il soggetto non fosse in grado di dimostrare ciò, l'Agenzia delle Entrate può supporre che il centro degli interessi morali e sociali del soggetto si trovi ancora in Italia, e per tale ragione, può insinuare che il contribuente abbia attuato solo un trasferimento fittizio in un altro Paese, allo scopo di eludere il Fisco italiano. Sospetto che nasce soprattutto dalla scelta del contribuente di trasferire la propria residenza in un Paradiso fiscale. Alla luce di quanto esposto, il reddito prodotto all'estero sarà sottoposto alla tassazione nazionale come dettato dall'art 3, comma 1, del T.U.I.R., che afferma: *“L'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi posseduti al netto degli oneri deducibili indicati nell'articolo 10 e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato”*.

¹⁶ Cassazione, sezione I, 22 maggio 1963, n. 1342, sostanzialmente conforme a Cassazione, 7 agosto 1957, n. 3330; Cassazione, 12 febbraio 1973, n. 435; Cassazione, 5 maggio 1980, n. 2963).

In merito alla questione secondo cui la documentazione deve essere presentata all'Amministrazione finanziaria, solo se espressamente richiesta, emerge la prima lacuna disciplinare dell'art. 2, comma 2- *bis*. Infatti, sorge il dubbio riguardo alla scelta del domicilio dove l'Agenzia deve inviare il questionario compilativo per richiedere la presentazione delle prove. Ci si domanda se il questionario deve essere inviato, come disposto dall'art. 58 del DPR 600/1973¹⁷, nel comune in cui il contribuente ha prodotto più reddito oppure nell'ultimo luogo in cui ha segnato la sua ultima residenza – come dettato dall'art. 59 del DPR 600/1973¹⁸. Poiché la disposizione, novellata da quest'ultimo articolo, si riferisce solo ai soggetti che hanno trasferito la residenza in Paradisi fiscali e non siano stati in grado di presentare alcuna controprova, si è giunti alla conclusione che prevale il disposto dell'art. 58. È così auspicabile come lo scopo dell'attività è sempre più circoscritto a voler rintracciare coloro che hanno assunto comportamenti elusivi. Tuttavia, l'attività investigatrice dell'Amministrazione finanziaria italiana è ostacolata dalla tipica

¹⁷ Art.58 –Domicilio fiscale - del D.P.R. 600/1973:

“Agli effetti dell'applicazione delle imposte sui redditi ogni soggetto si intende domiciliato in un comune dello Stato, giusta le disposizioni seguenti. Le persone fisiche residenti nel territorio dello Stato hanno il domicilio fiscale nel comune nella cui anagrafe sono iscritte. Quelle non residenti hanno il domicilio fiscale nel comune in cui si è prodotto il reddito o, se il reddito è prodotto in più comuni, nel comune in cui si è prodotto il reddito più elevato. I cittadini italiani, che risiedono all'estero in forza di un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, nonché quelli considerati residenti ai sensi dell'articolo 2, comma 2 bis, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 hanno il domicilio fiscale nel comune di ultima residenza nello Stato. I soggetti diversi dalle persone fisiche hanno il domicilio fiscale nel comune in cui si trova la loro sede legale o, in mancanza, la sede amministrativa; se anche questa manchi, essi hanno il domicilio fiscale nel comune ove è stabilita una sede secondaria o una stabile organizzazione e in mancanza nel comune in cui esercitano prevalentemente la loro attività. In tutti gli atti, contratti, denunce e dichiarazioni che vengono presentati agli uffici finanziari deve essere indicato il comune di domicilio fiscale delle parti, con la precisazione dell'indirizzo. Le cause di variazione del domicilio fiscale hanno effetto dal sessantesimo giorno successivo a quello in cui si sono verificate.”

¹⁸ Art. 59 - Domicilio fiscale stabilito dall'amministrazione-del DPR 600/1973:

“L'amministrazione finanziaria può stabilire il domicilio fiscale del soggetto, in deroga alle disposizioni dell'articolo precedente, nel comune dove il soggetto stesso svolge in modo continuativo la principale attività ovvero, per i soggetti diversi dalle persone fisiche, nel comune in cui è stabilita la sede amministrativa.

Quando concorrono particolari circostanze l'amministrazione finanziaria può consentire al contribuente, che ne faccia motivata istanza, che il suo domicilio fiscale sia stabilito in un comune diverso da quello previsto dall'articolo precedente.

Competente all'esercizio delle facoltà indicate nei precedenti commi è l'intendente di finanza o il Ministro per le finanze a seconda che il provvedimento importi lo spostamento del domicilio fiscale nell'ambito della stessa provincia o in altra provincia.

Il provvedimento è in ogni caso definitivo, deve essere motivato e notificato all'interessato ed ha effetto dal periodo d'imposta successivo a quello in cui è stato notificato.”

normativa dei c.d. Paradisi fiscali la quale, non prevedendo alcuno scambio d'informazione tra i Paesi e non facendo valere il principio di trasparenza, permette al contribuente di riuscire a nascondere al Fisco eventuali guadagni. Per tale ragione, risulta fondamentale l'adozione di adeguati accordi internazionali. In merito, una spinta positiva a favore dell'applicabilità delle norme antielusive, è stata offerta dalla legge 244/2007, nota come Finanziaria 2008, la quale ha totalmente sostituito le *black list* con le *White list*. Quest'ultima lista, contrariamente alla versione precedente, è un elenco di Paesi o territori con cui risulta attuabile lo scambio d'informazioni. Nello specifico, come narrato da un provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate del 18 dicembre 2013, rientrano in questa categoria gli Stati o territori collaborativi, ossia: “*quelli inclusi nella lista di cui all'art.168- bis, comma 1, del T.U.I.R., nonché quelli che prevedono un adeguato scambio d'informazioni tramite una convenzione per evitare la doppia imposizione sul reddito, uno specifico accordo internazionale o con cui trovano applicazione disposizioni comunitarie in materia di assistenza amministrativa*”. La creazione delle *white list* rappresenta appunto un reale strumento per fronteggiare al meglio i comportamenti elusivi.

1.1.2. IL CONCETTO DI RESIDENZA PER LE PERSONE GIURIDICHE

L'ordinamento tributario italiano offre la definizione di residenza fiscale per le società e gli enti diversi dalle persone fisiche e dei metodi per poterla identificare nel territorio nazionale, in due disposti normativi del T.U.I.R., quali l'art.5, comma 3, lettera d) e l'art.73, comma 3. Entrambi gli articoli, anche se con terminologie differenti, espongono i medesimi criteri messi a disposizione dell'Amministrazione finanziaria per verificare la rilevanza fiscale in Italia di operazioni svolte o meno da parte di strutture societarie localizzate all'estero. L'obiettivo dell'attività dell'Amministrazione è denunciare il verificarsi di possibili episodi di esterovestizione, fenomeno sempre più in voga nelle realtà economiche.

Nello specifico, per presentare i summenzionati criteri si osserva il disposto dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., il quale prevede che: “*Ai fini delle imposte sui*

redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato".

Il sopraccitato comma espone in modo prorompente i tre elementi che permettono all'Amministrazione finanziaria di ricollocare la residenza fittizia del soggetto esterovestito nell'effettiva sede nazionale. Tali fattori sono ben distinti tra loro tanto da rendere possibile l'accertamento della residenza fiscale sul territorio italiano, qualora sussista almeno uno di essi e non seguono alcun ordine gerarchico. I tre elementi di cui all'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., sono:

- la sede legale: intesa, ai sensi dell'art. 2328 del c.c., come la sede sociale che è iscritta nel registro delle imprese ed è presente nell'atto costitutivo o nello statuto della società. In linea generale, dunque, è la sede in cui è svolta l'attività principale dell'impresa. Il criterio della sede legale è puramente formale poiché l'accertamento della sua reale esistenza all'estero non esclude la possibilità della rintracciabilità in Italia della residenza del soggetto passivo. A tal proposito, per evitare la possibilità di eventuali abusi fiscali, è essenziale accertare il verificarsi di un adeguato allineamento tra questo carattere formale e i successivi due criteri considerati sostanziali.
- la sede dell'amministrazione: ossia il luogo in cui è svolta l'attività di gestione, desumibile da dati concreti come l'esistenza di uffici amministrativi o la presenza di documenti e fatture. In merito alla sede, può essere citata la Cassazione 3604/84, la quale riconosce come sede effettiva *"il luogo dove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato o stabilmente utilizzato, per l'accentramento nei rapporti interni e con terzi degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente"*. Dalla definizione offerta dalla Cassazione, si desume come l'effettività della sede amministrativa è da intendersi sotto l'aspetto sostanziale e non

materiale¹⁹. Infatti, al fine della sua individuazione, è necessario individuare, non la nazionalità, residenza o domicilio degli amministratori della società, quanto piuttosto il luogo in cui sorgono le scelte strategiche aziendali. Stesso motivo per cui la sede non è individuata nel luogo in cui si svolgono le azioni materiali della società ma dove opera il top management. Inoltre, è possibile ammettere altri aspetti che permettono di determinare il luogo della residenza fiscale, come ad esempio osservare il luogo in cui avvengono le ricezioni delle corrispondenze; il luogo in cui sono presenti i contratti e i conti correnti e il luogo in cui si tengono i consigli di amministrazione e le assemblee dei soci.

- l'oggetto principale dell'attività: a tal proposito, si fa riferimento al comma 4 del medesimo articolo, il quale novella: *“L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”*. Dal seguente comma si evince che il criterio dell'oggetto dell'attività ha principalmente un carattere formale. Infatti, il comma identifica l'oggetto con le “attività essenziali” della società, presentandole come le attività necessarie al raggiungimento dello scopo sociale. In merito alla definizione molto ampia di attività essenziali, offerta dal comma 4, interviene anche la Guardia di Finanza identificandola in: *“atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi”*. Tuttavia, la norma riguardante il succitato elemento, prosegue anche nel comma 5, affermando che: *“In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti”*. Il richiamo

¹⁹ A conferma della prevalenza dell'aspetto sostanziale su quello materiale è quanto esposto nella Circolare n. 67 del 2007 di Assonime.

all'osservanza "dell'attività effettivamente esercitata nel territorio" evidenzia in modo definitivo il carattere puramente sostanziale dell'oggetto dell'attività.

Come detto in precedenza, la disciplina dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R. offre, per mezzo di questi tre elementi distintivi per aspetto formale e sostanziale, uno strumento utile all'Amministrazione finanziaria per individuare i casi di esterovestizione. Infatti, in linea generale, è possibile rintracciare un collegamento tra l'attività imprenditoriale e il territorio dello Stato quando si assiste ad un allineamento degli elementi formali e sostanziali (*substance and form*). In questa specifica circostanza, la società è soggetta ad un'imposizione ordinaria dello Stato in cui essa è registrata e all'interno del quale svolge la propria attività (la c.d. società *onshore*). Per tanto, il soggetto passivo non crea alcuna struttura di "puro artificio" e dunque non sussistono i presupposti per poter dichiarare il realizzarsi dell'esterovestizione. Mentre nei casi in cui non si realizzi alcun allineamento tra sostanza e forma, è necessario fare alcune distinzioni, quali:

- in assenza di sostanza e presenza di forma (le c.d. *form over substance*): si configurano strutture societarie create unicamente per ragioni di mera convenienza fiscale. Questo è il caso del realizzarsi delle c.d. società *offshore*, ossia delle società o organizzazioni registrate in uno stato estero, ma che sviluppano la loro attività al di fuori di tale giurisdizione. È la circostanza perfetta che delinea una situazione esterovestizione.
- in assenza di forma e presenza della sostanza (le c.d. *substance over form*): indica la situazione in cui le strutture societarie si articolano in entità operative localizzate all'estero ma che non godono di un'adeguata salvaguardia dell'elemento formale. È la fattispecie delle fasi d'avvio di una società all'estero, le cd. *start-up*.

Delineate le situazioni al realizzarsi delle quali l'Amministrazione finanziaria può identificare la residenza fiscale in Italia ed identificati gli elementi riconoscitivi in suo possesso per effettuare l'indagine, l'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., definisce l'ultimo elemento utile all'Amministrazione finanziaria per svolgere la propria attività. Infatti, la rispettiva norma afferma che, per

individuare eventuali situazioni d'abuso, è sì necessario individuare nel territorio nazionale i tre elementi sopra esposti ma non è sufficiente. Infatti, la disciplina menziona la necessità che gli elementi rintracciati devono soddisfare un requisito temporale, ossia devono essere presenti sul territorio nazionale *“per la maggior parte del periodo di imposta²⁰”*.

Uno dei casi trattati dall'Agenzia delle Entrate, che testimonia la necessità di dover accertare il rispetto congiunto del verificarsi di almeno uno dei criteri di collegamento e del criterio temporale, esposti dall'art. 73, comma 3, al fine di accertare la residenza fiscale del soggetto passivo, è presente nell'interpretazione della Risoluzione n. 9/E dell'Agenzie delle Entrate del 17 gennaio 2006. Infatti, è stata la prima occasione in cui l'ente ha dovuto fissare il metodo da adottare per riconoscere lo Stato in cui deve essere riconosciuta la residenza fiscale di un soggetto che ha effettuato il trasferimento della propria sede legale in un altro territorio durante il corso di un anno. Nel rispetto dell'art. 73, comma 3 del T.U.I.R., l'Agenzia afferma che è necessario osservare il momento in cui avviene il trasferimento della residenza fiscale in capo all'ente trasferito, che è ravvisabile dalla data d'iscrizione nel registro delle imprese²¹ e stabilire se dalla stessa si originano due distinti periodi d'imposta, ossia quello del pre-trasferimento, in cui il soggetto è considerato non residente per l'ordinamento interno, e quello del post trasferimento, in cui gli è riconosciuta la residenza. L'ente afferma che per fissare il luogo della residenza del soggetto passivo, si deve ragionare in termini di continuità giuridica, intesa ai sensi dell'art. 25, comma 3, del T.U.I.R... Nello specifico dichiara che, nei trasferimenti in cui avviene la continuità giuridica, il periodo d'imposta non s'interrompe, e l'attribuzione della residenza fiscale avviene sulla disposizione dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R.; quindi, vige il principio in cui la residenza è fissata nello Stato in cui per la maggior parte del periodo d'imposta vi è segnata la sede legale e ha effetto sin dall'inizio del periodo d'imposta. Nei casi contrari, non vi è

²⁰ La definizione generale del periodo d'imposta è contenuta nell'art 76, comma 2, del T.U.I.R., infatti afferma che: *“il periodo di imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo”*.

²¹ È fondamentale che la data d'iscrizione sia identica per entrambi gli ordinamenti tributari dei Paesi tra cui è contesa.

continuità giuridica, allora il periodo d'imposta è interrotto, la società sarà considerata come di nuova costituzione e per tale ragione inizia un nuovo periodo d'imposta il quale sarà assoggettato alla disciplina fiscale del nuovo Stato di appartenenza²².

L'individuazione della residenza fiscale della persona giuridica è più emblematica nella fattispecie di un gruppo di imprese al cui vertice vi è la società capogruppo, la c.d. *Holding*.

In questa nuova ottica, la dinamica per l'accertamento della residenza fiscale cambia. Infatti, è introdotto il concetto di presunzioni legali definite, dall'art. 2727 del c.c., come: *“le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato”*. Di facile collegamento è la disciplina dell'art. 115 del c.p.c., secondo cui: *“Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”*. Quest'ultima disciplina giustifica il riconoscimento dell'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente. L'evoluzione della normativa, in merito alla determinazione della residenza fiscale con l'intento di contrastare l'espandersi dell'esterovestizione, è designata dal D. L. n. 223/2006, il quale introduce nel *corpus* dell'art. 73 del T.U.I.R., due specifici commi: il comma 5- *bis* e il comma 5-*ter*.

È il comma 5- *bis* ad introdurre, nell'ordinamento italiano, la presunzione legale e l'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente. Infatti, lo stesso disciplina che: *“Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma²³, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:*

²² Righini, *Il Fisco*, n. 13/2006, fasc. n. 1

²³ L'art **2359** fa riferimento alle *“Società controllate e società collegate”*, disciplinando che: *“Sono considerate società controllate:*

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

- a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato²⁴”.

L'espresso riferimento all'articolo civile 2359, evidenzia come l'intera normativa fa riferimento in modo particolare alle *holding* passive, ossia a quelle società che si limitano a possedere partecipazioni limitate in società italiane ma non svolgono alcuna attività economica all'estero. Ed è proprio a tale tipologia societaria che la norma sull'esterovestizione fa riferimento.

A regolamentare le modalità con cui il soggetto passivo può presentare all'Amministrazione finanziaria l'inversione dell'onere della prova è il successivo comma 5-ter. Infatti, sancisce che: “*Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato*”.

I commi 5-bis e 5-ter dell'art.73, del T.U.I.R., sono stati introdotti nell'ordinamento italiano al fine di contrastare il fenomeno dell'esterovestizione. Tuttavia, è possibile ravvisare, all'interno della disciplina dettata dal succitato comma 5-bis, alcune lacune normative in merito alle quote o azioni immobiliari in OICR (Organismo di Investimento Collettivo di Risparmio)²⁵. Ciò pone in essere un'ulteriore fattispecie del fenomeno dell'esterovestizione che non trova più fondamento nelle sole società giuridiche che hanno adottato la struttura organica complessa delle Holding, ma anche nelle società di fondi d'investimento immobiliari. A colmare questo vuoto normativo è istituito nel *corpus* dell'art.73, il comma 5-quater, il quale enuncia: “*Salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote di fondi di investimento immobiliare chiusi di cui all'articolo 37 del testo unico di cui al decreto*

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa”.

²⁴ L'art 2 del T.U.I.R.. fissa i criteri per definire gli amministratori fiscalmente residenti in Italia, afferma che essi lo sono “*qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta, risulti prevalentemente amministrata da consiglieri residenti nel territorio italiano dello Stato*”. Circolare Agenzie delle Entrate 11/2007.

²⁵ Tamburro, *Sistema di tassazione degli utili societari nei gruppi di società nel diritto italiano e statunitense*, 2015

legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Il controllo è individuato ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società”.

1.2. ESTEROVESTIZIONE SOTTO IL PROFILO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

La definizione non chiara e soprattutto non uniforme di “sede di direzione effettiva” e l’uso di criteri discordanti per l’individuazione della residenza fiscale tra i differenti ordinamenti tributari induce l’insorgere del problema di “*dual residence*”, ossia quando più Stati affermano, contestualmente, la residenza fiscale di un soggetto passivo nel proprio territorio. Il conflitto può sorgere, ad esempio, quando uno Stato fa riferimento al criterio formale, ossia al luogo della registrazione del soggetto-mentre simultaneamente, un altro Stato utilizza il criterio sostanziale, ossia il luogo di ubicazione della sede amministrativa.

Al fine di evitare l’insorgere di suddette circostanze, a livello internazionale interviene l’Organizzazione per la cooperazione e per lo sviluppo economico, il c.d. O.C.S.E.. È un istituto internazionale che propone un disposto normativo non vincolante per i Paesi che decidono di aderirvi e che pone come propri propositi la risoluzione di tre diverse problematiche:

- eliminare il verificarsi della doppia imposizione internazionale: il miglior metodo risolutivo, in cui crede fortemente l’O.C.S.E., è disporre di un modello che indichi in modo univoco la definizione di parole chiave che permettono l’accertamento della residenza fiscale. Infatti, l’assenza di una loro univoca interpretazione ha creato le discordanze tra i vari ordinamenti tributari. A tal proposito, l’O.C.S.E. emana una propria disciplina, quale il modello di convenzione, al cui interno dedica gli articoli 4 e 5, contenuti nel Capitolo II, per offrire la definizione generale di “residente” e di “stabile organizzazione”.
- risolvere le controversie che ne derivano: per risolvere i problemi che scaturiscono dalla discordanza interpretativa degli elementi chiave della disciplina tributaria, l’O.C.S.E. offre una procedura amichevole di mediazione tra

il diritto interno e quello internazionale. Si deve creare un meccanismo bilaterale. Infatti, è richiesta l'adesione alla convenzione da entrambe le parti "contendenti".

- prevenire e combattere l'evasione fiscale: l'O.C.S.E afferma che la risoluzione della doppia imposizione non deve dare adito allo sviluppo dell'evasione. Per tale motivo, la lotta all'evasione fiscale si presenta in tale contesto come un obiettivo indiretto della Convenzione ed è fronteggiato attraverso la norma dell'art. 26 del Modello, la quale pone l'obbligo in capo ai Paesi che aderiscono alla Convenzione di realizzare lo scambio d'informazioni.

Al fine di rendere sempre più omogenea tra i vari ordinamenti l'applicazione dei principi della Convenzione, l'O.C.S.E affianca al proprio modello un documento esplicativo e interpretativo dei disposti proposti, il cd. Commentario. Al suo interno, è ravvisabile la definizione di "sede di direzione effettiva", la cd. *place of effective management*, intesa come il luogo in cui vengono adottate le decisioni più importanti relative alla gestione della società e allo svolgimento dell'attività d'impresa

1.2.1. ART. 4 DEL MODELLO OCSE: "RESIDENT" E "PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT"

L'art. 4 del modello OCSE è istituito con l'intento di offrire ai vari ordinamenti tributari un'interpretazione univoca dell'espressione "residente di uno Stato contraente". Lo scopo è raggiunto per mezzo del paragrafo 1 contenuto nella sua normativa, attraverso cui designa il "residente" come *"ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede, della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga. Tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono assoggettate ad imposta in questo Stato soltanto per il reddito che esse ricavano da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio ivi situato"*. Con forte evidenza si può notare come la definizione di "residente" presentata dalla Convenzione OCSE sia collegata alla nozione di residenza adottata nella legislatura interna. Infatti, i criteri adottati per stabilire la residenza sono:

- il domicilio;

- la residenza;
- la sede di direzione o qualsiasi altro criterio di natura analoga.

Anche per accertare la residenza fiscale delle persone fisiche deve essere richiamata la norma nazionale dettata dall'art. 2, comma 2, del T.U.I.R... Infatti, è necessario rintracciare ogni forma di rapporto personale del soggetto passivo instaurato sul territorio di uno Stato, in modo da poterlo assoggettare ad una tassazione completa, la cd tassazione integrale.

Il continuo richiamo alla normativa nazionale delinea il carattere di sovraordinazione della predetta normativa rispetto a quella internazionale. Infatti, quest'ultima interviene solo quando, in seguito all'applicazione da parte di ciascuno Stato della propria normativa, sorgono eventuali controversie.

Nella seconda parte del paragrafo 1 dell'art. 4 del modello OCSE è esposta anche un'accezione negativa di residente. Infatti, in uno Stato contraente è esclusa la residenza delle imprese controllate da soggetti stranieri esenti da imposta sul reddito estero in forza di regimi fiscali privilegiati concepiti per attrarre società veicolo (spv). Tuttavia, il commentario all'art. 4, paragrafo 8, invita a non commettere errori durante l'applicazione del disposto sopraccitato. Infatti, spiega che la norma se non ben applicata potrebbe portare ad escludere anche i residenti di Stati che applicano il principio di territorialità. E ciò non deve accadere.

L'art. 4, paragrafo 2, demanda una serie di regole (*tie-breaker rules*) da utilizzare per individuare con precisione la residenza fiscale della persona. Il punto a) relativo a questo paragrafo 2, afferma che la persona fisica: *“sarà considerata residente soltanto nello Stato nel quale ha un'abitazione permanente; se ha una abitazione permanente in entrambi gli Stati, è considerata residente soltanto dello Stato nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (centro degli interessi vitali)”*.

Dunque, si desume che al fine del riconoscimento della residenza della persona fisica è necessaria la sussistenza del requisito della permanenza (e non occasionalità) come elemento caratterizzante dell'abitazione della persona medesima²⁶.

Il paragrafo 2, analizza anche il caso in cui la persona fisica possa disporre di un'abitazione permanente in entrambi i Paesi. In presenza eccezionale di questa

²⁶ Il paragrafo 13 del Commentario all'art 4 esplica come qualsiasi forma di abitazione è ammessa per il disposto dell'O.C.S.E.

condizione, l'O.C.S.E. decreta la residenza nello Stato in cui la persona fisica abbia stabilito le proprie relazioni personali ed economiche.

L'O.C.S.E con le successive lettere (b, c, d) del paragrafo 2 dell'art 4, presenta altre ipotetiche ed eventuali situazioni che potrebbero creare il problema della *dual residence* e anche per queste decreta a quale Stato la residenza dovrebbe essere attribuita. Nello specifico avremo:

- lettera b): “se lo Stato in cui ha il centro dei suoi interessi vitali, non può essere determinato, o se la medesima non ha un'abitazione permanente in alcuno degli Stati, essa è considerata residente soltanto dello Stato in cui soggiorna abitualmente”.

In merito a ciò, interviene anche il Commentario il quale vuole specificare che il lasso di tempo a cui la persona fisica sarà assoggettata a valutazione sarà sufficientemente lungo da permettere di determinare, tramite la considerazione della periodicità dei soggiorni, se il soggiorno in ciascuno dei due Stati può ritenersi abituale.

Qualora quanto appena citato non potesse essere dimostrato, il paragrafo 2 offre ulteriori criteri secondari contenuti negli ultimi due punti:

- lettera c): “*se detta persona soggiorna abitualmente in entrambi gli Stati o in alcuno di essi, essa è considerata residente dello Stato del quale ha la cittadinanza*”
- lettera d): “*se ha la nazionalità di entrambi gli Stati o di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo*”.

L'espressione di “sede di direzione effettiva” è invece esposta nel paragrafo 3, dell'art 4 della Convenzione. Quest'ultimo ne parla illustrando la condizione per cui è ammesso accertare il luogo della sede di direzione effettiva per definire lo Stato di residenza fiscale, infatti ne suo disposto ammette che “*quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva*”.

Dunque, il paragrafo 3 identifica “la sede di direzione effettiva” come il criterio da utilizzare per accertare la residenza fiscale di coloro che sono diversi dalle persone

fisiche; per tanto, si riferisce alle società o associazioni, indipendentemente dalla circostanza che esse siano dotate di personalità giuridica. Il suddetto paragrafo afferma che, ai fini dell'accertamento per queste categorie di soggetti passivi, l'O.C.S.E. predilige per l'elemento sostanziale piuttosto che per l'elemento formale pertanto fa riferimento al luogo della sede della direzione effettiva. Ed è per tale motivo che si parla di "stabile organizzazione".

A rafforzare la scelta di tale criterio è l'intervento della prima versione dell'art. 4 del Commentario, per mezzo del quale definisce la "sede di direzione effettiva" come "*il luogo dove sono compiute (e dunque impartite) le decisioni chiave in riferimento alla conduzione dell'attività societaria, sia sotto il profilo manageriale che sotto il profilo commerciale necessarie per l'esercizio dell'attività dell'ente. La sede di direzione effettiva sarà ordinariamente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un consiglio di amministrazione, c.d. c.d.a.) prende ufficialmente le sue decisioni, il luogo in cui sono adottate le deliberazioni che devono essere assunte dall'ente nel suo insieme. Tuttavia, non è possibile stabilire una regola precisa e, al fine di determinare la sede, di direzione effettiva devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una sola di direzione effettiva per volta*". Pertanto:

- può identificarsi nell'organo del c.d.a. o più specificatamente del *top management*;
- potrebbe accadere che la società ha più centri di gestione (*place of management*) ma una sola sede di direzione effettiva.

Importante, come dettato dal paragrafo 25 del Commentario, è la consapevolezza che l'Italia non condivide l'interpretazione esposta nel paragrafo 24. Infatti, secondo l'ordinamento italiano "*nel determinare la sede di direzione effettiva deve essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata*".

Da questo si evince la peculiarità della disciplina emanata dall'O.C.S.E., quale quella di essere una legge *soft law*, ossia una disciplina priva d'efficacia vincolante diretta.

Il 18 luglio del 2008 il modello OCSE è stato oggetto di modifiche e innovazione. Specificatamente, la pubblicazione del documento “*The 2008 update to the O.E.C.D. Model Tax Convention*” comporta l’eliminazione del secondo capoverso del disposto dettato dal paragrafo 24, che è stato surrogato da un nuovo paragrafo, il 24.1. L’obiettivo di quest’ultimo è identificare i fattori rilevanti per la determinazione della “sede di direzione effettiva” delle persone giuridiche. L’assunzione base caratterizzante del nuovo paragrafo è la consapevolezza che i casi di *dual residence* sono rari ma, qualora dovessero verificarsi, dovranno essere soggetti ad uno studio singolare, ossia dovrà essere applicato l’approccio “case-by-case”. I fattori da analizzare per il riconoscimento della residenza fiscale delle persone giuridiche ravvisabili nel nuovo paragrafo sono:

- il luogo del *day-to-day management* della persona giuridica;
- il luogo in cui si trova l’*headquarter* della persona giuridica;
- la legislazione applicabile alla persona giuridica;
- il luogo in cui si riuniscono i membri del c.d.a.;
- il luogo in cui il CEO normalmente svolge le proprie funzioni.

Inoltre, il paragrafo 24.1 propone metodi alternativi per la risoluzione della doppia imposizione, riconoscendo la possibilità ai Paesi contraenti di ricorrere alle convenzioni bilaterali²⁷.

Con le modifiche del 2008 apportate al modello OCSE, cambia anche la posizione dell’Italia; infatti, il paragrafo 25 sancisce che: “*per quanto riguarda i paragrafi 24 e 24.1, l’Italia osserva che anche il luogo dove l’attività principale e sostanziale dell’ente è esercitata deve essere presa in considerazione ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva di una persona diversa da una persona fisica*”.

Ancora una volta l’ordinamento italiano rigetta una proposta legislativa dell’O.C.S.E. prediligendo per la normativa interna. È un comportamento ammissibile da parte del legislatore italiano poiché, come già detto, la legge O.C.S.E

²⁷ “Laddove, ai sensi del paragrafo 1, una persona giuridica risieda in entrambi gli Stati, le autorità competenti di tali Stati potranno determinare di comune accordo in quale dei due Stati la persona giuridica dovrà ritenersi residente, ponendo attenzione alla sede di direzione effettiva, al luogo di costruzione ovvero ad ogni altro fattore rilevante. In assenza di accordo, la persona giuridica non ha diritto ad alcuna esenzione fiscale, se non nei limiti concordati tra le autorità competenti degli Stati contraenti”.

non ha un'efficacia vincolante diretta. Tuttavia la decisione di non uniformarsi al principio internazionale potrebbe creare difficoltà per la risoluzione di controversie tra Stati che reclamano la residenza fiscale di uno stesso contribuente.

A regolare un metodo per risolvere questa situazione di ambiguità è la Convenzione Italia-Stati Uniti, la quale propone come metodo risolutivo la procedura amichevole. Infatti, all'art 4, comma 3, dispone che: *“Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione nei confronti di detta persona”*.

Importante è il richiamo al paragrafo 1 poiché rappresenta il presupposto che autorizza l'applicabilità della procedura amichevole²⁸.

La definizione della procedura amichevole è presente nell'art. 25 della Convenzione O.C.S.E ed è descritta come il metodo di risoluzione della residenza fiscale tra i Paesi coinvolti nella disputa.

Affinché possa essere attuata la norma dell'art 25 è necessaria l'esistenza, non solo possibile ma anche probabile, della doppia imposizione causata dalle misure adottate in uno dei Paesi contraenti.

La caratteristica dell'efficacia non vincolante della normativa O.C.S.E. comporta il maggior limite dell'applicabilità della procedura. Infatti, nel caso in cui gli Stati contraenti dovessero presentare idee divergenti, essi non sono vincolati a dover giungere per forza ad una soluzione.

1.2.2. ART. 25 DEL MODELLO OCSE: “MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE”

L'art. 25 del modello OCSE espone le direttive circa la procedura di accertamento della residenza fiscale risolvendo in modo univoco i conflitti tra le potestà impositive degli Stati coinvolti. Siffatto obiettivo è raggiungibile, su proposta del predetto

²⁸ La procedura amichevole è, infatti, un istituto di consultazione diretta tra le Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti, le quali dialogano attraverso le rispettive “autorità competenti” (per l'Italia, il dipartimento delle Finanze del M.E.F.), per risolvere una controversia internazionale. L'istituto può essere, quindi, utilizzato nel caso in cui un soggetto residente di uno dei due Stati ritiene che le misure adottate da una o da entrambe le Amministrazioni finanziarie comportano o comporteranno nei suoi confronti un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione bilaterale. Mengoli & Ibello, *Il Fisco oggi – Normative e Prassi -*, 2012

articolo, attraverso il ricorso alla procedura di composizione amichevole (*mutual agreement procedure, la c.d. Map*), ossia un accordo reciproco tra gli Stati interessati.

La procedura si articola in due fasi descritte rispettivamente dal comma 1 e comma 2, dell'art. 25.

La prima fase della procedura amichevole si apre con la figura sia del contribuente, se esso ritiene di essere o di poter essere leso da un'imposizione fiscale non conforme alla Convenzione, sia dell'impresa estera associata, se le doppie imposizioni originano da rettifiche dei prezzi di trasferimento. Entrambi saranno tenuti a presentarsi all'autorità competente del proprio Stato di residenza²⁹.

Pertanto, la fase introduttiva della procedura si attua esclusivamente tra il contribuente e l'autorità competente adita. Quest'ultima ha il compito di esaminare la sussistenza dei presupposti per cui è possibile applicare la procedura amichevole. Infatti, dalle sue verifiche potrà giungere a due differenti conclusioni:

- se l'imposizione contestata trae origine, in modo integrale o parziale, da misure adottate dallo Stato del contribuente, la predetta procedura non può essere ammessa ma l'autorità deve procedere a opportune rettifiche o concedere gli sgravi del caso.
- contrariamente, se l'imposizione non conforme è di responsabilità dell'altro Stato, l'autorità adita deve proporre il ricorso alla procedura amichevole. Solo in quest'ultimo caso è possibile procedere alla fase successiva.

La medesima attività riconosciuta all'autorità competente del contribuente che ha proposto il reclamo potrà essere richiesta anche da parte dell'altro contribuente rivolgendosi ovviamente alle autorità del proprio Stato di residenza.

La seconda fase, disciplinata dal paragrafo 2, 3, 4 dell'art 25, si svolge invece a livello delle autorità competenti coinvolte. Esse hanno il compito di determinare la propria posizione alla luce delle rispettive legislazioni interne e delle disposizioni convenzionali al fine di provare a giungere, in modo congiunto, a un accordo amichevole. Non è certo che quest'ultimo sia effettivamente raggiunto. Infatti, può accadere che le disposizioni adottate siano tanto rigide da non permettere la risoluzione della disputa. In tale evenienza, le autorità competenti sono autorizzate a

²⁹ Mengoli & Ibello, *Il Fisco – Attualità* - , 2012

richiedere l'intervento di una consulenza esterna, il cui parere sarà imparziale, autorevole e non vincolante. Quest'ultima caratteristica del parere esterno evidenzia come la competenza della decisione finale spetta sempre alle autorità competenti.

L'art. 25 è oggetto di modifiche e nella versione del modello OCSE del 2008 presenta un nuovo paragrafo, il n° 5³⁰, con il quale introduce un approccio alternativo alla procedura amichevole, il cd. ricorso alla procedura arbitrale.

Il ricorso alla nuova procedura si attua in modo automatico, ossia non necessita di alcuna autorizzazione delle autorità competenti-se entro due anni dalla sottoposizione del caso alle autorità adite non si è giunti ad una risoluzione. A riguardo, interviene il paragrafo 64 del Commentario all'art. 25, il quale specifica che questa nuova procedura non può essere attuata da tutti i Paesi. Infatti, altri Stati hanno la facoltà di inserire la disposizione nelle convenzioni stipulate solo con alcuni Stati e soprattutto hanno la facoltà di poter restringere il campo applicativo della presente procedura solo a determinate questioni, come al *transfer pricing*. Tendenzialmente, lo stesso approccio è adottato dalla maggior parte degli SM dell'OCSE.

In linea generale, la procedura arbitrale subentra solo dopo che gli Stati coinvolti siano giunti mediante un accordo reciproco ad una soluzione del caso principale in via generale. Infatti, tale procedura è parte integrante dell'accordo reciproco e il suo ruolo è definire la questione in modo specifico e dettagliato al fine di renderlo effettivo. Tutto ciò ha l'obiettivo di evitare decisioni contrastanti del medesimo argomento tra gli ordinamenti interni degli Stati menzionati. Il modello include clausole che regolano gli aspetti formali e procedurali della risoluzione pattuita e ogni Stato ha l'autorità di personalizzare il proprio Modello agendo sulle predette

³⁰ Il paragrafo 5 è frutto delle modifiche al modello OCSE della versione 2005 individuate nel "Draft Contests" e recepite nel documento "the 2008 update to the OECD Model Tax Convention" del 18 luglio 2008. Il predetto paragrafo si ritrova nel modello OCSE 2008. Modiche apportate anche alla parte relativa del Commentario. L'art. tradotto in versione non ufficiale recita: "*Qualora le autorità competenti non riescano a pervenire ad un accordo ai sensi dei paragrafi precedenti del presente articolo, il caso può, previo accordo delle due autorità competenti e del contribuente, essere sottoposto ad arbitrato, a condizione che il contribuente si impegni per iscritto ad ottemperare alle decisioni della commissione arbitrale. Le autorità competenti possono fornire alla commissione quelle informazioni che siano necessarie per dare corso alla procedura arbitrale. Il parere della commissione arbitrale è vincolante per il contribuente e per entrambi gli Stati in relazione a tale caso. Le procedure sono definite con uno scambio di note tra gli Stati contraenti per via diplomatica, dopo che le autorità competenti si saranno consultate. Le disposizioni del presente paragrafo non avranno effetto fino alla data indicata nello scambio di note diplomatiche*".

clausole. Importante è che il parere del Collegio arbitrale è vincolante per le Autorità coinvolte e i contraenti.

1.2.3. IL MODELLO OCSE DEL 2010

Il modello OCSE nel 2010 è di nuovo oggetto di modifiche esplicate nel *“Draft Contest of the 2010 Update to the Model Tax Convention”*. Tra gli argomenti esposti in precedenza, quest’ultime modifiche in materia fiscale coinvolgono solo l’art. 4 del Modello OCSE, della versione del 2008. La modifica non include alcuna rivoluzione radicale di quanto già incluso nella versione precedente; ma include solo una nuova definizione: *“Sovereign Wealth Funds”* ossia i cd. Fondi sovrani. La loro spiegazione è contenuta nel paragrafo 8.5 del Commentario dell’art 4, e sono rappresentati come: *“fondi d’investimento ai fini speciali o accordi creati da uno Stato o da una sua suddivisione politica per scopi macroeconomici. Questi fondi detengono, gestiscono o amministrano i beni per raggiungere gli obiettivi finanziari, e impiegano una serie di strategie d’investimento le quali includono investimenti in attività finanziarie estere. Essi sono comunemente stabiliti fuori della bilancia dei pagamenti, anche un operazioni ufficiali in valuta estera corrente, i proventi di privatizzazioni, avanzi di bilancio o gli introiti derivanti dall’esportazione di materie prime. Se un fondo sovrano si qualifica come “residente di uno Stato contraente” dipende dai fatti e dalle circostanze del caso. (...)”*³¹. Poiché il Commentario ammette che la residenza dipende da fattori e circostanze del caso, vuol dire che assumono rilievo le singole operazioni bilaterali.

1.3. ESTEROVESTIZIONE SOTTO IL PROFILO TRIBUTARIO COMUNITARIO

L’ordinamento comunitario, differentemente da quello nazionale e internazionale, non offre un’autonoma definizione di “sede di direzione effettiva”. Difatti, com’è

³¹ La definizione in lingua ufficiale è: *“Sovereign Wealth Funds”, i cd. Fondi sovrani. La cui spiegazione è contenuta nel paragrafo 8.5 del Commentario all’art. 4, il quale lo definisce come: “special purpose investment funds or arrangements created by a State or a political subdivision for macroeconomic purposes. These funds hold, manage or administer asset to achieve financial objectives, and employ a set of investment strategies which include investing in foreign financial assets. They are commonly established out of balance of payments surpluses, official foreign currency operations, the proceeds of privatisations, fiscal surpluses or receipts resulting from commodity exports. Whether a sovereign wealth fund qualifies as a “resident of a Contracting State” depends on the facts and circumstances of each case. (...)”*

ravvisabile dalla definizione di residenza contenuta nelle direttive comunitarie “madre-figlia” e “fusioni”³², essa si ricollega al concetto di residenza espresso dall’ordinamento internazionale attraverso l’art. 4 del modello OCSE. Per tale motivo, il criterio di collegamento per la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati Membri (SM) UE è identificato nel concetto di “*place of effective management*”, ossia è necessario verificare che l’attività economica sia realmente svolta sul territorio dello Stato di cui si richiede l’assoggettamento impositivo fiscale.

Infatti, le controversie in ambito tributario tra gli Stati dell’UE insorgono quando due o più SM contendono sui loro territori la residenza fiscale di un soggetto passivo. In linea generale, al fine di capire il motivo che risiede alla base di queste controversie, è necessario subito ammettere l’esistenza di una sovra ordinazione della normativa tributaria nazionale su quella comunitaria. Infatti, i Paesi facenti parte dell’Unione Europea possiedono una competenza esclusiva in merito alla fissazione dell’imposizione fiscale sui redditi individuali o sugli utili societari purché siano sempre compatibili con il principio del mercato unico e con quello della libera circolazione dei capitali e che quindi non ostacolano alcun investimento transfrontaliero. Da quanto appena detto, si desume che la sovra ordinazione, prima enunciata, viene a mancare nel momento in cui una disciplina tributaria nazionale sembra minacciare l’applicabilità e il rispetto dei principi comunitari. Qualora questo dovesse accadere, è necessario ricorrere al giudizio della Corte di giustizia della Comunità europea, il cui compito è agire nel rispetto delle libertà fondamentali al solo scopo di risolvere le controversie sorte tra le differenti normative nazionali e fronteggiare eventuali trasferimenti di residenza o d’esterovestizioni volte unicamente al perseguimento di un indebito vantaggio fiscale.

La raccolta delle sentenze della Corte di giustizia costituisce la normativa anti abuso comunitaria la quale è chiamata a fronteggiarsi con quella nazionale solo nel momento in cui le norme interne calpestino i principi fondamentali comunitari.

L’obiettivo prefissato dalla Commissione, nello specifico, è eliminare la supposizione che l’impresa sia stata istituita sul territorio di uno Stato membro in modo “fittizio”, ossia con il solo intento di usufruire di una disciplina fiscale più vantaggiosa. Di conseguenza lo scopo della normativa comunitaria è, in generale,

³² Gli argomenti sono rispettivamente trattati dalle direttive 90/435/CEE e 90/434/CEE.

escludere dai vantaggi fiscali le “*costruzioni artificiose intese ad eludere la normativa nazionale*”³³. Ciò implica che la lotta all’evasione fiscale è da considerarsi di “interesse generale” e pertanto capace di ostacolare la libertà di stabilimento.

Ed è proprio per tale ragione che è fondamentale per la Corte di Giustizia, nello svolgimento delle proprie attività in merito alle legislazioni antiabuso nazionale, rispettare il principio della “*libertà di stabilimento*” sancito dall’art. 43³⁴ del Trattato UE, normativa che vedrà coinvolte solo le tipologie d’imprese dettate dell’art. 48³⁵ del medesimo trattato.

Le disposizioni della Commissione europea in materia di libertà di stabilimento, residenza delle società comunitarie e della legislazione antiabuso nazionale, si fondano sui principi emanati attraverso una serie di sentenze della Corte di Giustizia e sono racchiuse in due documenti:

- Comunicazione n. 785 del 2007, la c.d. COM(2007)785: documento emesso al fine di definire i metodi d’applicazione di misure antiabuso dell’imposizione diretta all’interno dell’UE e nei confronti dei paesi terzi;
- *Working Paper* n. 65, emessa il 26 marzo del 2008, riguardo all’applicazione delle misure antiabuso in ambito di base imponibile comune consolidata (*Common Consolidated Corporate Tax Base: C.C.C.T.B.*).

³³ Espressione estrapolata dalla causa britannica C-196/04: Cadbury Schweppes.

³⁴ L’art. 43 del Trattato UE (art 49 della versione consolidata del Trattato di Lisbona) istituisce che: “*Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all’apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro. La libertà di stabilimento importa l’accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell’articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*”.

³⁵ L’art 48 del Trattato UE (art 54 della versione consolidata dal Trattato di Lisbona) ammette che: “*Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli SM.*

Per società s’intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”.

1.3.1. LA COMUNICAZIONE N. 785 DEL 2007

La presente Comunicazione è il risultato di un lavoro di analisi, svolto dalla Commissione europea, riguardante i principi stimati dalla Corte di Giustizia in seguito alla trattazione di controversie sorte in ambito fiscale tra Paesi membri dell'UE e Paesi terzi. Scopo del documento è offrire un quadro generale in materia di politica fiscale che possa regolare in modo univoco il comportamento degli SM e degli Stati terzi, in modo da eliminare il problema della doppia imposizione internazionale, di restrizioni delle libertà fondamentali e ridurre i costi di *compliance*. Al fine di rendere fattibile questo processo di coordinazione e cooperazione tra i diversi Stati coinvolti, la Commissione ha ritenuto essenziale l'uso di una terminologia tra i diversi Paesi che abbia uguale interpretazione. A tal proposito, interviene il paragrafo 2, il quale espone le *“definizioni e i principi chiave trattati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia”*.

Il primo concetto esposto nel documento è l'elusione fiscale. Il siffatto fenomeno si realizza quando un soggetto, pur rispettando in modo formale una specifica normativa (in questo caso comunitaria), non ottiene il risultato che si era prefissato di raggiungere e così intenzionalmente crea in modo artificioso le condizioni necessarie per poterlo perseguire. Quindi, vi è un abuso intenzionale della normativa. Infatti, l'elusione fiscale, secondo la Corte, è il risultato di *“costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello SM interessato”*.

Dalla definizione di elusione si evince l'introduzione di altre due espressioni chiavi quali *“costruzione di puro artificio”* e *“principio di proporzionalità”*. La Corte comunitaria, per la designazione di quest'ultimi concetti, presenta il concetto di *“stabilimento”*. La suddetta presentazione è avvenuta durante la sentenza di *Cadbury Schweppes*³⁶, in cui la Corte afferma precisamente che: *“il concetto di stabilimento nell'ambito del significato delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento implica l'effettivo svolgimento dell'attività economica (...) affinché la restrizione alla libertà di stabilimento possa ritenersi giustificata dall'esigenza di contrastare pratiche abusive, tale restrizione deve avere come obiettivo la prevenzione di quelle pratiche che implicano la creazione di strutture fittizie le quali non riflettono la realtà economica delle società”*. La predetta sentenza ammette che non si realizza un

³⁶ Causa C-196/04 e sentenza emessa il 12 settembre 2006.

“puro artificio” quando la costituzione di una società in uno Stato membro di stabilimento è reale e pertanto è dimostrabile l’effettivo svolgimento di attività economiche nel territorio in cui è stata istituita. Tuttavia, se il contribuente non è in grado di dimostrare lo svolgimento della reale attività economica, allora la creazione della “*legal unity*” potrebbe essere considerata una società “fittizia”.

In un secondo momento e per mezzo del caso *Centros*, la Corte di Giustizia riconosce diverse situazioni in cui non è possibile ammettere nell’immediato il realizzarsi di una situazione di elusione fiscale.

Difatti, secondo la Corte non può essere considerato un comportamento abusivo:

- la possibilità di uno Stato membro di costituire una società o sue succursali, sul territorio di un altro Stato membro le cui norme societarie e fiscali risultino più vantaggiose, poiché tale concessione è garantita dal principio di libertà di stabilimento del trattato UE;
- la circostanza in cui una società non svolge nessuna attività economica nello Stato in cui ha sede, ma le svolge solamente nello Stato membro in cui ha la sua succursale;
- l’evento in cui le attività svolte da una succursale in uno Stato membro diverso da quello in cui la società ha sede possono essere svolte dal contribuente sul proprio territorio di residenza.

Di fatto, le condizioni sopra illustrate comporterebbero situazioni in cui il criterio della forma prevale su quello della sostanza (*substance over form*). Tuttavia la Corte ammette che non è possibile denunciare un comportamento elusivo senza riconoscere la possibilità al soggetto coinvolto di difendere e giustificare il proprio comportamento. Ed è a tal fine che è garantito il diritto dell’onere della prova a carico del contribuente, che trova il suo fondamento nel principio di proporzionalità³⁷.

Il contribuente, per scagionarsi dall’accusa di aver detenuto un comportamento elusivo/evasivo, deve quindi dimostrare:

- la propria autonomia sotto il profilo organizzativo, funzionale e giuridico, rispetto alla capogruppo;

³⁷ Il principio di proporzionalità è sancito dall’art 5 del Trattato sull’UE ed è finalizzato ad inquadrare le azioni delle Istituzioni dell’UE entro certi limiti. Difatti, tale regola ammette che il contenuto e la forma dell’azione dell’UE devono essere in rapporto con la finalità perseguita.

- lo svolgimento di una reale attività commerciale;
- la presenza di attività di coordinamento impartite dalla Capogruppo,
- la società non è stata costituita sulla base di motivazioni fiscali.

A rafforzare il diritto del contribuente di presentare valide ragioni economiche come giustificazione della costituzione della propria società in uno Stato membro, sono le direttive della Corte di Giustizia, sorte in merito alla risoluzione delle cd. controversie “The Test Claimants” trattate in due specifici casi³⁸.

Dall’argomentazione di questi due fatti distinti, la Corte ha affermato che:

- il contribuente deve avere la possibilità di difendere la propria attività e dimostrare di non adottare alcun comportamento elusivo attraverso la costruzione di un “puro artificio”, presentando le proprie ragioni economiche, senza essere sottoposto a “eccessivi oneri amministrativi”;

A tal proposito, il parere della Commissione è che l’onere della prova non dovrebbe gravare esclusivamente sul contribuente; è importante che l’analisi svolta dall’autorità fiscale valuti il tipo di operazione effettuata e le capacità generali del contribuente di uniformarsi alle norme. Il risultato ottenuto dalla valutazione fondata sull’osservazione di questi elementi, secondo la Commissione, deve essere successivamente controllata da un’autorità giurisdizionale indipendente nel rispetto del principio di proporzionalità.

³⁸ “Causa C- 524/04: The Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation”. Argomento trattato dalla Corte in questo caso riguarda le transazioni infragruppo che richiedono il rispetto del principio di piena concorrenza “arm’s length principle” secondo il quale è importante osservare le condizioni commerciali stipulate tra le parti non collegate. Tuttavia la Commissione ritiene che tale principio non deve permettere di non sanzionare coloro che adottano un comportamento abusivo.

“Causa C-201-05: The Test Claimants in the CFC and Divident Group Litigation”. La finalità della discussione sorta in questa specifica causa è stata individuare quando è plausibile attribuire alla base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società partecipata estera stabilita in un altro Stato. Solitamente il timore di un eventuale comportamento elusivo sorge nel momento in cui la società è stata istituita in un Paese che gode di una fiscalità inferiore allo Stato di residenza.

In merito a tale diatriba, la Corte ha disciplinato che: *“il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione sia stata conclusa”*, al fine di dimostrare che non sono state effettuate costruzioni puramente artificiose, *“prive di effettività economica e finalizzate a eludere la normale imposta sugli utili generali da attività svolte nel territorio nazionale”*. L’inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società partecipata estera stabilita in un altro Stato, deve essere esclusa *“ove da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la società partecipata estera è realmente impiantata nello Stato membro di stabilimento, ivi esercitando attività economiche effettive”*.

- le varie ragioni economiche presentate dal contribuente dovranno essere fondate su “elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi”. La Corte precisa che tale compito spetta al giudice del rinvio;

La COM(2007)785 termina con la presentazione di due “*tipi comuni di norme antiabuso nella legislazione fiscale degli SM*”, per la quale designazione la Commissione europea prende in considerazione due normative:

- le norme sulle società estere controllate, le c.d. norme SEC³⁹: la loro istituzione è finalizzata a evitare che le società residenti possano eludere il regime fiscale nazionale trasferendo i propri utili a società controllate stabilite in modo fittizio in SM o Stati SEE con l’unico intento di usufruire di una disciplina fiscale più vantaggiosa rispetto a quella nazionale. Dunque, le norme antiabuso sono applicabili solo quando il contribuente abbia effettuato una costruzione di puro artificio con lo specifico intento di sottrarsi a un livello di tassazione superiore nazionale. Allo stesso tempo, la Corte ha ammesso che l’istituzione di una società controllata in uno Stato membro non rappresenta un’ipotesi sufficiente per ammettere il realizzarsi di frode fiscale. Per tanto, nel rispetto dei principi di libertà di stabilimento del Trattato europeo, non è possibile direttamente imputare gli utili della società controllata estera agli utili della società madre. Ciò avviene solo quando non è rispettata la normativa della SEC, ossia quando la controllata non è capace di offrire motivazioni economiche, oggettive e reali in merito allo svolgimento della propria attività in quel specifico SM. Per tanto, le norme SEC si presentano come strumento supplementare alle regole di residenza e dei prezzi di trasferimento, per contrastare i “tipi di artificiosi di pianificazione fiscale”. Si deduce come le norme Sec non pregiudichino i prezzi di trasferimento. È compito degli SM garantire che tali regole non siano applicate agli stabilimenti che svolgono realmente un’attività

³⁹ Alle norme dettate dell’istituto statunitense proposto alla vigilanza della borsa valori, il quale è Securities and Exchange Commission, le cui norme sono appunto definite come norme S.E.C., presentate dall’ordinamento comunitario, si allinea la disciplina italiana dettata dall’art 167, comma 5 del T.U.I.R... Quest’ultimo prevede la possibilità da parte del contribuente italiano di disapplicare il regime C.f.c. nelle ipotesi in cui la società controllata svolge un’effettiva attività economica o quando dalle partecipazioni nel soggetto residente non consegue l’effetto di localizzare i redditi in Paesi a fiscalità privilegiata.

economica e che non oltrepassano l'obiettivo principale delle norme stesse, quale quello di "combattere il trasferimento fittizio di utili".

- le norme sulla capitalizzazione sottile, ossia le cd. "Thin Capitalization": la Commissione rileva due differenti tipologie di finanziamenti a cui seguono rispettivamente differenti impatti sul piano fiscale. Ciò andrà ad inficiare sulle disparità di trattamento a livello nazionale e bilaterale.

Le due forme di finanziamento con il relativo trattamento fiscale sono:

- finanziamento di capitale netto, attraverso cui gli utili, dopo essere stati tassati dalla controllata, saranno distribuiti agli azionisti sotto forma di dividendi.
- finanziamento di capitali di prestito, che determineranno il pagamento degli interessi ai creditori, i quali riducono generalmente gli utili imponibili della controllata.

La differente disciplina fiscale, che rende la tassazione degli interessi da parte dello Stato di origine limitata rispetto a quella che coinvolge i dividendi, rende la seconda tipologia di finanziamento più interessante, in un contesto transfrontaliero, dando luogo all'erosione della base imponibile nello Stato della Controllata. La Commissione europea ritiene necessario che gli SM proteggano la propria base imponibile dall'erosione artificiale promossa dal finanziamento di capitali di prestito anche all'interno dell'UE/SEE. In merito a tale problematica la Corte di Giustizia ha emanato le sentenze di due specifiche cause:

- la causa *Lankehorst Hohorst* ha mostrato come diversi SM abbiano tentato di proteggere la propria base imponibile cercando di estendere alle norme nazionali l'applicazione delle norme di *thin capitalization*;
- la causa C-524/04detta "Thin Cap", attraverso cui la Commissione ammette che è possibile evitare la capitalizzazione sottile solo se è presente una costruzione artificiosa. Ciò è possibile, come dettato dalla Commissione, "*se si garantisce che i termini degli accordi di finanziamento di capitale di prestito fra società collegate restino nei limiti di quello che sarebbe stato convenuto fra parti non collegate o si fondino su motivi commerciali validi*". A differenza delle norme SEC, la capitalizzazione sottile si applica anche alle regole dei

prezzi di trasferimento che sono essenziali per il mantenimento dei regimi fiscali nazionali.

1.3.2. WORKING PAPER N. 65

Il *working paper* n. 65 rappresenta la disciplina anti-abuso applicata in materia di base imponibile comune consolidata per le società ed è stata designata dalla Commissione europea il 26 marzo 2008 e adottata dalla stessa il 16 marzo 2011 per mezzo della COM(2011)121.

La nuova disciplina della Commissione europea presenta alcuni principi anti-abuso già espressi dalla precedente normativa, la COM(2007)785. La differenza tra le due disposizioni risiede nella proposta della Commissione d'introdurre alcune norme specifiche, in aggiunta o in alternativa alla norma generale anti-abuso. L'insorgere di questa combinazione di regole trova il suo fondamento nel parere maturato dalla Commissione riguardo all'incompletezza applicativa che la sola norma generale avrebbe nell'ambito del consolidato comunitario. Infatti, l'obiettivo del metodo C.C.C.T.B. è proprio "creare una normativa europea unica su base opzionale, diretta a costituire i ventisette regimi nazionali nella definizione della base imponibile delle società con attività transnazionale. Il metodo implica il calcolo del reddito d'impresa su base consolidata, in applicazione di regole comuni per gli SM. La base imponibile è poi ripartita fra gli Stati interessati che applicheranno l'aliquota propria".⁴⁰

La norma generale anti-abuso affida all'amministrazione finanziaria il compito di riquilibrare le transazioni completamente "fittizie", riconoscendo, però, la possibilità in capo al contribuente di dimostrare la sussistenza di un'effettiva ragione economica o il carattere commerciale dell'operazione. A confermare tale principio, è l'art. 80 della direttiva, il quale prevede che per il calcolo della base imponibile non si deve tenere conto delle transazioni "artificiali" attuate dal contribuente con l'intento di eludere il Fisco. Tuttavia, tale principio non può essere applicato se il contribuente ha messo in atto delle "*genuine commercial activities*", sebbene la normativa stessa non offra una limpida definizione in merito a questa tipologia di attività. Nonostante ciò, se si dovesse presentare l'eccezione evidenziata dall'art. 80, l'attività non sarà sottratta per il calcolo della base imponibile, pertanto al

⁴⁰ Valente, *Il sole 24 ore – Norme e Tributi-*, 2008, p. 5

contribuente è riconosciuta la possibilità di scegliere tra due o più possibili transazioni che portano ad uno stesso risultato commerciale, ma con una base imponibile differente.

In merito alle norme specifiche anti-abuso, la direttiva fa riferimento a due categorie di disposizioni, ossia quelle relative alle *Controlled Foreign Companies* (C.f.c.) e quelle che limitano le indeducibilità degli interessi.

L'obiettivo principale delle norme anti-abuso riguardanti le C.f.c. è *“impedire alle società residenti di trasferire reddito alle controllate con sede in giurisdizioni a fiscalità privilegiata”*⁴¹.

Dunque, poiché lo scopo della norma è contrastare le transazioni di puro artificio, è richiesto il rispetto della normativa delle C.f.c. esposta dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee ossia, il puro artificio si realizza solo quando sono coinvolti Stati terzi ovvero in ambito Ue.

Il riferimento alla disposizione della composizione della base imponibile delle C.f.c. è presente nell'art 82 della proposta direttiva. L'articolo menziona, nel rispetto della norma della Corte di Giustizia, che il reddito della società residente in uno Stato terzo è incluso nella base imponibile quando, in quest'ultimo paese lo stesso reddito è sottoposto ad un'imposta che prevede un'aliquota inferiore del 40% rispetto a quella media tipica dello Stato membro interessato. Questa norma non trova applicazione qualora tra il Paese in questione e lo Stato terzo vi è uno scambio effettivo d'informazioni.

La seconda categoria, non per importanza, delle norme anti-abuso riguarda l'indeducibilità degli interessi passivi. A tal proposito, oltre alle disposizioni di *Thin capitalization* sono rilevate le previsioni per cui la deducibilità degli interessi è limitata fino a un determinato ammontare dell'Ebit-da⁴².

⁴¹ Valente & Mattia, *Il sole 24 ore - Imponibile consolidato: diretta contro l'evasione*, 2008

⁴² Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation (EBITDA) rappresenta una misura di margine operativo lordo. è una misura ampiamente utilizzata nel calcolo dei flussi di cassa per l'impresa. EBITDA rappresenta una misura di margine operativo lordo (MOL). EBITDA consente di verificare se la società realizza profitti positivi dalla gestione ordinaria. Sommando a EBIT il valore degli Ammortamenti si perviene alla misura di EBITDA. EBITDA si ottiene rielaborando le voci di Conto Economico nel seguente modo:

Fatturato - Costo del venduto = EBITDA (o Margine Operativo Lordo).

EBITDA è impiegato come misura di risultato operativo nel calcolo dei flussi di cassa da attività operative. Sottraendo da tale misura gli investimenti in capitale fisso (CAPEX) si ottiene il valore dei Free cash flow (FCF). Banca d'Italia - Glossario, 2011

A disciplinare il metodo con cui è possibile determinare la base imponibile per quest'ultima categoria è l'art. 81 della proposta di direttiva. La sua norma è assimilabile a quella prevista dall'art. 82 in merito alle C.f.c.. Infatti, l'art. 81 ammette la sua applicabilità solo se tra i Paesi coinvolti manchi uno scambio d'informazioni e se il reddito nel Paese in cui si vuole agire è soggetto a un'aliquota inferiore del 40% rispetto alla media dell'imposta applicabile nello Stato membro.

2. METODI DI CONTRASTO

Il fenomeno dell'Esterovestizione trova terreno fertile nell'avvento della globalizzazione economica poiché ha permesso ai soggetti passivi di trasferire con facilità i propri capitali nei c.d. Paradisi fiscali o nei Paesi a bassa fiscalità con il solo intento di evadere il Fisco nazionale. Infatti, a costituire l'elemento dichiarativo della realizzazione di un comportamento evasivo non è il semplice trasferimento della residenza fiscale di un soggetto passivo in uno dei Paesi della vecchia *black list*, quanto piuttosto è la sussistenza dell'evidente intenzione di attuare uno stratagemma per sottrarsi alla rigidità dell'imposizione nazionale.

In seguito alla collaborazione dei vari ordinamenti giuridici, si è giunti alla comune conclusione che un soggetto è considerato "esterovestito" quando al trasferimento della residenza fiscale non è associato il trasferimento della residenza in senso civilistico. Ne deriva che, "*il place of effective management*" è rintracciabile nello Stato nazionale. Ciò fa desumere che la struttura societaria estera è puramente fittizia. Infatti, l'unico scopo della sua istituzione è schermare le proprietà possedute dal soggetto nel Paese natale, luogo in cui tali possedimenti continuano ad operare e produrre guadagni, al fine di far risultare legittimo non dichiarare le suddette proprietà al Fisco nazionale e di conseguenza assoggettarsi alla fiscalità privilegiata del Paese in cui si è scelto di trasferire la propria residenza fiscale. Ed è per tale ragione che l'esterovestizione è riconosciuta come una nuova forma di evasione fiscale.

I Paesi in cui si manifesta maggiormente il fenomeno sono quelli con una media - alta imposizione fiscale tra cui l'Italia. Comune obiettivo è l'adozione di normative che contrastino l'esterovestizione al fine di riportare la residenza fittizia del soggetto nell'effettiva sede nazionale, in modo da sottoporre il soggetto all'imposizione fiscale dello Stato di appartenenza.

Sebbene la globalizzazione economica sia considerata l'evento che ha permesso l'espandersi del fenomeno dell'esterovestizione, è necessario notare che essa è il semplice risultato di un lungo processo di evoluzione del mercato economico - finanziario, il cui scopo è giungere alla creazione di un mercato unico.

Infatti, si passa da un mercato caratterizzato da un regime di monopolio dei cambi e restrizioni al trasferimento dei capitali all'estero, alla completa liberalizzazione delle transazioni.

Tale evento ha inizio a marzo del 1956, anno in cui sono stati firmati i “trattati di Roma”, entrati in vigore nell'anno successivo.

Tra i due, il più decisivo per la creazione di un mercato unico è stato il primo, poiché ha permesso l'istituzione della Comunità Economica Europea (CEE), i cui obiettivi erano:

- eliminare i dazi doganali e i contingenti per le merci scambiate;
- creare un mercato unico che potesse garantire quattro differenti libertà, ossia la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali;
- sviluppare politiche economiche comuni. Per il perseguimento di quest'ultimo obiettivo, la CEE ha mirato alla creazione di un equilibrio istituzionale istituendo tre organi, quali un Consiglio che ha il compito di emanare le leggi, una Commissione che ha il ruolo di preparare le proposte e il Parlamento europeo, inteso come organo consultivo.

A luglio dello stesso anno è stata emanata la legge che rappresenta uno dei capisaldi in materia valutaria, la legge 786/1956 di conversione del D.L. 476/1956, la c.d. Legge Valutaria. Quest'ultima prevedeva un regime piuttosto rigido, al fine di unificare i mercati.

In merito a tale argomento, altro caposaldo è la legge 159/1976, di conversione del D.L. 31/1976, la quale ha introdotto nell'ordinamento alcune fattispecie penali in materia valutaria, fra cui la tradizionale esportazione di valuta, la costituzione di capitali all'estero, la mancata cessione di valuta, la c.d. “esterovestizione”⁴³.

La completa liberalizzazione delle transazioni al fine di creare un Mercato comune europeo è stata raggiunta negli anni '80 per mezzo dell'articolo 1 della legge Delega n. 599 del 1986. Quest'ultimo ha conferito al Governo la competenza di emanare i decreti considerando il nuovo principio della libertà delle relazioni economiche e finanziarie con l'estero. La suddetta disposizione è divenuta operativa a seguito dell'emanazione del decreto legislativo n. 454 del 1987, che è stato poi sostituito dal D.P.R. 148/1988, il quale ha istituito il nuovo *Testo Unico Valutario (T.U.V.)*.

⁴³ Orlandini, *Il monitoraggio fiscale*, Maggioli Editore, 1995, p. 11

È rilevante l'introduzione del nuovo T.U.V. poiché ha inglobato nel proprio disposto la legge delega (ad eccezione del suo primo articolo abrogato) e ha introdotto alcuni diritti fondamentali dei cittadini come la libertà di circolazione e soggiorno, offrendo inoltre la definizione di “residenti e non residenti”⁴⁴.

Per l’emanazione della legge delega e del T.U.V. il 1988 è considerato un anno decisivo per la creazione del mercato unico, unitamente all’emanazione della Direttiva Comunitaria n. 88/361/CEE del 24 giugno.

La predetta direttiva è considerata di grande valore poiché per mezzo del suo primo articolo ha vincolato gli Stati aderenti alla CEE ad abolire entro il 1° luglio del 1990 le restrizioni ai movimenti di denaro fra le persone residenti nella Comunità. In concomitanza, attraverso l’art. 6, ha consentito, ai singoli ordinamenti nazionali di adottare delle *“misure indispensabili per impedire le infrazioni alle leggi o ai regolamenti interni, specialmente in materia fiscale o ai fini di una sorveglianza cautelare degli istituti finanziari”*⁴⁵. In modo specifico, ha esortato gli ordinamenti nazionali a fissare le procedure di dichiarazione dei movimenti di capitale a scopo d’informazione statistica - amministrativa.

⁴⁴ L’Art. 1, della L 148/1988: “Residenti e non residenti”

1. Ai fini dell'applicazione delle norme valutarie sono considerati residenti:

- a) i cittadini italiani con dimora abituale in Italia e le persone giuridiche, le associazioni e le organizzazioni senza personalità giuridica con sede effettiva in Italia;
- b) i cittadini italiani con dimora abituale all'estero, limitatamente alle attività di lavoro subordinato prestate in Italia ovvero di lavoro autonomo o alle attività imprenditoriali svolte in Italia in modo non occasionale;
- c) le persone fisiche con dimora abituale in Italia che non hanno la cittadinanza italiana, limitatamente alle attività di lavoro subordinato prestate in Italia ovvero di lavoro autonomo o alle attività imprenditoriali svolte in Italia in modo non occasionale;
- d) persone giuridiche, le associazioni e le organizzazioni senza personalità giuridica che hanno sede all'estero e sede secondaria in Italia, limitatamente alle attività esercitate in Italia con stabile organizzazione.

2. Ai fini dell'applicazione delle norme valutarie sono considerati non residenti:

- a) i cittadini italiani con dimora abituale all'estero;
- b) i cittadini italiani con dimora abituale in Italia, limitatamente alle attività di lavoro subordinato prestate all'estero, anche alle dipendenze di persone giuridiche, di associazioni o di organizzazioni senza personalità giuridica residenti, ovvero alle attività di lavoro autonomo o imprenditoriali svolte all'estero in modo non occasionale;
- c) le persone giuridiche, le associazioni e le organizzazioni senza personalità giuridica che hanno sede in Italia e sede secondaria all'estero, limitatamente alle attività esercitate all'estero con stabile organizzazione;
- d) le persone fisiche e giuridiche, le associazioni e le organizzazioni senza personalità giuridica per le quali non ricorrono le condizioni previste al comma 1.

⁴⁵ Sopranetti, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, 2015, p. 3

Infatti, di fronte alla liberalizzazione comunitaria dei movimenti di capitali è facilmente intuibile la possibilità del verificarsi sul territorio di possibili comportamenti di evasione fiscale.

È evidente la necessità d'istituire strumenti che permettano di controllare, a fini fiscali, le transazioni da e per l'estero poste in essere dai soggetti fiscalmente residenti nel proprio Stato.

Per adeguarsi alla liberalizzazione valutaria decretata dalla Direttiva Comunitaria 148/1988, il Ministro del commercio dell'estero e il Ministro del tesoro hanno emanato in Italia il Decreto ministeriale del 27 aprile del 1990 (G.U. n.100 del 2 maggio del 1990), entrato in vigore dal 14 maggio del medesimo anno.

Invece, per far fronte al realizzarsi di possibili situazioni di evasione fiscale che potevano scaturire dalla liberalizzazione dei mercati, in Italia è stato emanato il Decreto Legge n. 91/1990, non convertito nei termini e poi reiterato nel D.L. n. 167 del 1990 (G.U. n.151 del 30 giugno del 1990)⁴⁶, convertito in Legge 4 agosto 1990 n. 227.

Il decreto menzionato ha introdotto il concetto di *monitoraggio fiscale*, attività svolta dall'Erario e finalizzata a rintracciare a fini fiscali i trasferimenti da e per l'estero di denaro, titoli e valori mobiliari che possono determinare una perdita del gettito fiscale nelle casse nazionali e in aggiunta ha istituito il *Quadro RW* come adempimento dichiarativo circa il trasferimento e possesso di capitali all'estero. Considerate le innovazioni apportate all'ordinamento italiano per il tramite di questa norma, non è possibile definirla una legge valutaria, ma piuttosto una normativa puramente fiscale.⁴⁷

Al fine di contrastare in modo decisivo l'evasione fiscale generata dalla liberalizzazione valutaria, il legislatore italiano ha dovuto affiancare all'attività di monitoraggio anche quella di antiriciclaggio, ossia cercare di contrastare il riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite per mezzo di operazioni finanziarie ufficiali, che ai giorni nostri ad esempio può essere perseguito attraverso una società *offshore*.

⁴⁶ Il D.L. 167/1990 è stato in vigore dal 30 giugno del 1990 al 10 agosto del 1990, data in cui il decreto 167 è stato convertito dalla Legge del 4 agosto del 1990 n. 227 (G.U. 10/08/1990). Numerosi gli interventi legislativi che hanno apportato modifiche alla disciplina del Monitoraggio. La versione definitiva è stata aggiornata il 20 agosto del 2013 ed è tutt'oggi in vigore.

⁴⁷ In tal senso si veda Orlandini, *Il monitoraggio fiscale*, cit. p. 14.

Diversi i decreti legislativi che hanno trattato la *disciplina di antiriciclaggio*, quello per eccellenza è il d.lgs del 21 novembre 2007 n. 231.

Per agevolare l'attività di monitoraggio e incentivare i contribuenti a far rientrare nel proprio Paese di residenza i capitali detenuti, è stata varata la Legge n. 78 del 2009, la c.d. legge anticrisi, che attraverso l'art. 13-*bis* ha introdotto lo *scudo fiscale*.

Il meccanismo dello scudo era essenzialmente basato sul pagamento di un *forfait* che consentiva di sanare gli illeciti derivanti dalle attività estere non dichiarate al Fisco italiano. In più era garantito l'anonimato per chi aderiva alla sanatoria⁴⁸.

Per i suddetti metodi di applicabilità, lo scudo fiscale è da molti criticato poiché considerato un "regalo agli evasori". Infatti, ha permesso la regolarizzazione di numerosi fondi neri, senza l'applicabilità di alcuna sanzione penale⁴⁹.

Nonostante il legislatore abbia provato a proporre lo scudo fiscale in tre versioni aggiornate, questo non è mai stato ben accettato dai contribuenti che hanno sempre rispettato i propri obblighi tributari.

L'evasione fiscale e il riciclaggio, come già detto, sono considerati fenomeni strettamente collegati. Infatti, anche la recente approvazione della legge comunitaria, nota come *Legge Europea 97/2013*, e gli interventi amministrativi (comunicazione dell'Unità d'informazione finanziaria, Uif, del 23 aprile 2012) mirano a contrastare i predetti fenomeni congiuntamente considerati.

La Legge Europea è rilevante per l'attività di controllo e contrasto all'evasione fiscale poiché ha consentito all'Agenzia delle Entrate e alla Guardia di Finanza di richiedere agli intermediari, previa autorizzazione, informazioni in merito ad operazioni finanziarie con l'estero. Inoltre, la stessa normativa illustra nuovi criteri che permettono di individuare i beneficiari e titolari effettivi celati attraverso l'uso di società che fungono da schermi per immobili o investimenti posseduti sul territorio italiano.

Nel rispetto del monitoraggio fiscale e soprattutto della disciplina antiriciclaggio, è stata introdotta nell'ordinamento italiano per mezzo della legge del 15 dicembre

⁴⁸ Bussi, Parente, & Moraglio, *Rientro dei capitali, la «voluntary disclosure» in dieci mosse*, il Sole 24 ore, 10 febbraio 2015.

⁴⁹ Biondani, *Quello scudo fiscale in regalo agli evasori*, l'Espresso, 12 febbraio del 2015.

2014, n. 186, la *Voluntary Disclosure* (collaborazione volontaria), in vigore dal 1° gennaio 2015.

È l'ultima possibilità concessa al contribuente italiano che detiene interessi, attività finanziarie e patrimoni all'estero, sconosciuti all'Agenzia delle Entrate, di regolarizzare la propria situazione fiscale e penale, in merito all'omessa dichiarazione dei propri capitali e alla volontaria sottrazione dei tributi nazionali.

È un meccanismo del tutto differente da quello precedente, infatti, il contribuente che vuole aderire alla procedura deve ricostruire interamente la sua posizione fiscale e contributiva. Si arriva ad un "recupero" della tassazione di tutte le attività patrimoniali e finanziarie detenute illecitamente all'estero con un vantaggio in termini di sconti sulle sanzioni. Quindi, non è più possibile regolarizzare soltanto in parte il proprio patrimonio oltre confine.⁵⁰ Tuttavia, il contribuente che vi aderisce gode ancora di uno sconto delle sanzioni ed esclusione della punibilità per i principali reati tributari. Da questo momento in avanti (in teoria) l'evasore, se non emerge, non avrà più occasioni agevolate per farlo e sarà sanzionato pesantemente⁵¹. Insieme alla proposta applicativa della *Voluntary Disclosure* nasce una nuova forma di reato, quale l'*Autoriciclaggio*⁵².

2.1. MONITORAGGIO FISCALE D.L. 167/1990, CONVERTITO NELLA L. 227/1990

Il monitoraggio fiscale proposto nell'ordinamento italiano dal D.L. 91/1990, non convertito nei termini e ripristinato con il D.L. 167/1990, convertito in L. 4 agosto 1990 n. 227, è la prima forma di reazione del legislatore italiano ai fenomeni d'evasione fiscale e dell'esterovestizione.

Infatti, nel timore di assistere alla perdita di gettito fiscale in seguito alla liberalizzazione delle transazioni con l'estero, il legislatore italiano ha riconosciuto la

⁵⁰ Bussi, Parente, & Moraglio, *Rientro dei capitali, la «voluntary disclosure» in dieci mosse*, Sole 24 ore, del 10 febbraio 2015.

⁵¹ Sapràzzetti, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*, Giuffrè, 2015, p. 137.

⁵² La legge 186/2014 ha introdotto nel codice penale il reato d'autoriciclaggio, disciplinato dal neo introdotto articolo 648-ter del codice penale. Il nuovo reato sanziona "chi avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa". Corrado Oliva, *Altalex – penale – tratto dal: Il quotidiano giuridico*, 2015.

competenza in capo all'Erario di monitorare tutti i trasferimenti⁵³ da e per l'estero di denaro, titoli e valori immobiliari, al fine di denunciare le movimentazioni che non rispettino quanto disposto dalla direttiva comunitaria 148/88 recepita in Italia con il decreto ministeriale del 27 aprile del 1990.

Il suddetto decreto ha permesso all'Italia il completamento del processo di liberalizzazione dei movimenti di capitali accelerando altresì il recepimento della direttiva 148/88. Infatti, l'Italia ha aperto le proprie frontiere agli Stati membri per i trasferimenti di capitali prima del termine previsto dalla direttiva comunitaria, ossia prima del 1° luglio del medesimo anno.

In modo specifico, in considerazione della legge 599/1986 e del D.P.R. 148/1988, il decreto ministeriale ha autorizzato in via generale i residenti (art. 1, comma 1) a “detenere in Italia e all'estero, sotto qualsiasi forma, valute estere, titoli e altri valori mobiliari esteri” e inoltre afferma, nel successivo comma 2, che “*i residenti sono autorizzati:*

- a) *a costruire e detenere in Italia conti e depositi in valute estere presso le banche abilitate;*
- b) *a costituire e detenere all'estero conti e depositi in valute estere ed in lire;*
- c) *a concedere ai non residenti in Italia e all'estero, linee di credito in valute estere ed in lire;*
- d) *ad esportare mezzi di pagamento, titoli di credito, valori mobiliari e altre disponibilità in valute estere ed in lire;*
- e) *ad effettuare con contropartite estere operazioni in cambi a pronti, a termine o con opzione;*
- f) *ad effettuare tra loro atti dispositivi di valute estere anche contro lire;*
- g) *a regolare in valute estere le obbligazioni assunte con altri residenti.”*

⁵³ Non dovrebbe, per converso, rientrare nell'ambito di operatività della disposizione in parola la compravendita, sotto qualsiasi forma tecnica, di titoli o altri valori mobiliari esteri che non comporti alcun “trasferimento” da o verso l'estero, come ad esempio accade nel caso di acquisto da parte di un soggetto residente di titoli esteri che siano già nel portafoglio di un'azienda o istituto di credito. (Orlandini, *Il monitoraggio fiscale*, 1995, p. 178). Tuttavia, successivi provvedimenti, come quello apportato dall'art. 3, 3° comma ultimo periodo del D.L. 378/92, convertito in legge 437/92, hanno ampliato il novero delle operazioni soggette a rilevazione includendo la compravendita di valute estere solo se, come disposto dall'art. 1, 4° comma del D.L. 167/90, le persone fisiche, enti non commerciali e i soggetti indicati dall'art. 5 del T.U.I.R, siano affiancati da aziende o istituti di credito o dagli altri soggetti professionali indicati dai precedenti commi 1 e 2.

Ai non residenti (art.2, comma 1) offre la libertà di esportare mezzi di pagamento, titoli di credito, valori mobiliari ed altre disponibilità in valute estere ed in lire e di intrattenere presso le banche abilitate conti e depositi trasferibili in valute estere ed in lire denominati “conti esteri”.

In questo modo, decade l’obbligo di depositare presso le banche titoli esteri posseduti dai residenti e di canalizzare tutte le transazioni di rilevanza valutaria attraverso il sistema bancario.

Il sistema valutario così mutato, è intensamente esposto a fenomeni di evasione, pertanto “allerta” le Autorità di governo ad adottare opportune misure ostative.

A tal proposito, il legislatore italiano interviene con il decreto 167/1990, convertito nella legge 227/1990, attraverso cui non si limita a normalizzare l’attività di monitoraggio dei trasferimenti da e verso l’estero riguardanti solo le operazioni finanziarie, ma estende il controllo a tutte le operazioni riguardanti i trasferimenti di denaro, titoli e valori mobiliari.

Pertanto il decreto, insieme alla L. n. 55 del 19 marzo 1990, la c.d. normativa antimafia che limitava l’uso del contante, mira a controllare l’uso dei mezzi di pagamento di tutte le operazioni che abbiano un importo superiore a 20 milioni di lire (criterio oggettivo di segnalazione). Solo superando tale importo scatta l’obbligo di identificare il soggetto residente in Italia e di registrarne il trasferimento effettuato. Il Decreto 167/1990, convertito nella legge 227/1990, imputa il sopraccitato obbligo di dichiarazione per le operazioni il cui importo sia almeno pari a 20 milioni di lire:

- per il trasferimento tramite intermediari (art. 1) : alle aziende di credito e agli istituti di credito speciale approvati dal decreto 148/88, nonché alle società finanziarie e fiduciarie e agli intermediari, diversi dalle aziende di credito e dagli istituti di credito speciali abilitati, che per ragioni professionali effettuano il trasferimento per conto delle persone fisiche, enti non commerciali e soggetti indicati dall’art. 5 del T.U.I.R, residenti in Italia o che si interpongono nella sua realizzazione.
- per il trasferimento dei non residenti (art.2) : alle persone fisiche, agli enti non commerciali e ai soggetti indicati nell’art. 5 del T.U.I.R residenti in

Italia che agiscono senza il tramite degli intermediari. L'obbligo è di indicare le suddette operazioni nella dichiarazione dei redditi⁵⁴.

- per l'importazione ed l'esportazione al seguito di denaro, titoli e valori mobiliari per mezzo del plico postale o equivalente (art.3) : la normativa è più complessa. Infatti, l'obbligo dichiarativo è direttamente riconosciuto al contribuente residente qualora intenda importare o esportare unicamente titoli o valori immobiliari d'importo almeno pari ai 20 milioni di lire. In tal caso, egli ha l'obbligo di comunicarlo agli Uffici della dogana con apposito modulo. La normativa vieta in modo esplicito al residente di eseguire importazioni ed esportazioni al seguito di denaro o di titoli al portatore per un importo pari o superiore alla predetta soglia.

Diversa è la normativa disciplinata per le importazioni ed esportazioni da parte dei non residenti. Infatti, a loro è riconosciuta la possibilità di eseguire importazioni ed esportazioni di denaro o titoli al portatore superiori a 20 milioni di lire purché provvedano direttamente ad avvisare la dogana dell'importo eccedente e ne ricevano un attestato che dimostri l'avvenuta importazione in Italia (Mod V.2). Stesso obbligo vale anche per altre operazioni come quelle di trasferimento di altri titoli o valori mobiliari.

È così desunto l'ambito soggettivo riguardo l'attività di monitoraggio fiscale, il quale appunto include le persone fisiche, enti non commerciali e soggetti indicati dall'art. 5 del T.U.I.R., residenti in Italia.⁵⁵ Al fine di completare il novero dei soggetti cui è rivolta la norma, è necessario definire il concetto di residenza. A tal proposito, lo stesso D.L. 167/90 richiama le due specifiche norme del T.U.I.R., quali l'art. 2, comma 2, nella fattispecie delle persone fisiche e l'art. 73, comma 3, nella fattispecie delle persone giuridiche. Entrambe le normative sono state ampiamente presentate nel capitolo precedente.

⁵⁴ Questa interpretazione comporterebbe una paralisi di una parte dell'attività bancaria, pertanto si è deciso che le prescrizioni dell'art. 3, comma 1, non si applicano alle aziende e istituti di credito. Orlandini, *Il monitoraggio fiscale*, cit. p.186.

⁵⁵ Il testuale riferimento ai soggetti dianzi indicati non sembra consentire l'esclusione dall'ambito di applicazione della norma dei trasferimenti effettuati da "imprese" costituite in forma individuale (o di società di persone), i cui redditi, ancorché determinati secondo le particolari modalità stabilite per i redditi d'impresa dal capo VI del T.U.I.R., sono comunque assoggettati alla disciplina tipicamente prevista per le persone fisiche con applicazione delle aliquote progressive dell'IRPEF. Orlandini, *Il monitoraggio fiscale*, cit. p. 177.

Se non fossero rispettati gli obblighi dichiarativi imposti dai primi tre articoli del decreto legge è imputata una pena pecuniaria. A parlarne è l'art. 5 del medesimo decreto rubricato "*Sanzioni*", il quale determina una specifica pena secondo la tipologia di trasferimento attuato. Rispettivamente, per le violazioni dell'art. 1, a carico degli intermediari, è applicata una pena pecuniaria pari al 25% degli importi delle operazioni, per la violazione dell'obbligo previsto dall'art. 2, è sancita una pena pecuniaria pari a 1 milione di lire e infine per la violazione dell'art. 3 è applicata sempre una sanzione pecuniaria del 25% dell'importo trasferito a carico, però, del soggetto che non ha rispettato l'obbligo.

Dunque, come detto, l'obbligo dichiarativo può ricadere:

- sugli intermediari che per conto di persone fisiche, di enti non commerciali o dei soggetti indicati dall'art. 5 del T.U.I.R. effettuano trasferimenti da o verso l'estero di denaro, titoli o valori mobiliari (art. 1, comma 1) oppure che eseguono l'acquisto di vendite o valori mobiliari esteri (art. 1, comma 4),
- direttamente sulle persone fisiche, enti non commerciali o sui soggetti dettati dall'art. 5 del T.U.I.R., qualora agiscano senza l'ausilio degli intermediari.

Per entrambi l'obbligo dichiarativo scatta qualora l'importo delle operazioni sia almeno pari a 20 milioni di lire. Tuttavia, diverse sono le modalità con cui deve essere rispettato. Infatti:

- gli intermediari finanziari hanno l'obbligo di comunicarlo all'Anagrafe Tributaria e di inviare altri dati e notizie, circa il soggetto per il quale ha agito e l'operazione eseguita, all'Amministrazione finanziaria per mezzo di un supporto magnetico, quale ad esempio nastri magnetici a bobina o a cartuccia oppure dischetti magnetici (art. 7, comma 1, del D.L. 167/90, sulla base del D.M. 598/93 del Ministro delle finanze, di concerto con i Ministri del Tesoro, dell'Interno e del Commercio con l'estero.);
- le persone fisiche, gli enti non commerciali e gli altri soggetti indicati dall'art. 5 del T.U.I.R., hanno l'obbligo di darne comunicazione attraverso la compilazione della Dichiarazione annuale dei redditi (art. 4 del D.L. 167/90)

Per quanto concerne la disciplina 598/93, riguardante l'obbligo dichiarativo in capo agli intermediari finanziari, diverse sono state le modifiche apportate al suo disposto per mezzo della L. 413/91 e del D.L. 151/92. Nello specifico:

- se inizialmente gli intermediari erano obbligati a mantenere in evidenza i dati per tenerli a disposizione dell'Amministrazione Finanziaria, con la disciplina in vigore negli anni '90-'92, gli stessi sono obbligati a comunicare i dati all'Amministrazione Finanziaria in modo periodico. La periodicità decorre alla fine dell'anno solare di riferimento in cui è avvenuta l'operazione e la comunicazione è possibile entro il 31 marzo dell'anno successivo⁵⁶;
- è stato introdotto il comma 1-*bis* all'art. 7 del decreto legge, il quale riconosce all'Amministrazione Finanziaria la possibilità di eseguire i controlli sulle persone fisiche, sugli enti non commerciali e sui soggetti indicati dall'art. 5 del T.U.I.R. in merito agli investimenti esteri di capitale sulla base di criteri selettivi, ossia verificando la corretta esposizione degli stessi nella dichiarazione annuale⁵⁷. I dati raccolti dall'Amministrazione finanziaria per mezzo dei suddetti criteri, sono registrati in una banca-dati, a cui il Fisco potrà accedere al fine di raccogliere direttamente le informazioni relative ad un soggetto e operazione su cui dovrà essere eseguita l'attività d'accertamento.

Tuttavia, l'A.F. svolge anche un'altra tipologia di controllo, ossia quella non selettiva, indicata dall'art. 1, comma 1 del D.L. 167/90, la quale le permette di avere un quadro completo dei movimenti transfrontalieri.

Unica modifica che in futuro vedrà coinvolta la disciplina della comunicazione dati all'Anagrafe Tributaria del D.M. 598/93, le cui modalità erano state regolate dalla Circolare dell'A.E. n. 93/E del 1994, sarà offerta dal provvedimento dell'Agenzia delle Entrate redatto il 28 luglio del 2003 (G.U. n. 180 del 05/09/2003)⁵⁸.

⁵⁶ Orlandini, *Il monitoraggio fiscale*, cit. p. 33

⁵⁷ Sopranzetti, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e Voluntary disclosure*, cit. p. 6

⁵⁸ Il direttore dell'Agenzie delle Entrate, per mezzo di tale provvedimento, ha disciplinato le modalità e i termini attraverso cui tale comunicazione deve manifestarsi, facendo una distinzione sulla base del riferimento del periodo d'imposta in cui è avvenuto il trasferimento. Infatti, è stato decretato che:

- Per i trasferimenti effettuati prima del 26 dicembre 2002, deve essere conservata la disciplina del D.M. 568/93 apportando come unica modifica la conversione in euro della soglia stimata, superata la quale sussiste l'obbligo dichiarativo. I 20 milioni di lire equivalgono ora a 10329,14 euro.
- Per i trasferimenti effettuati in seguito al 26 dicembre, deve aumentare la soglia, superata la quale è necessario compiere la comunicazione, fissandola a 12500 euro. Inoltre, la comunicazione potrà avvenire inviando i dati attraverso il servizio telematico o il servizio internet.

Qualora l'obbligo dichiarativo non ricada sugli intermediari finanziari, l'obbligo della compilazione della dichiarazione dei redditi come prescritto dall'art. 4, del D.L. 167/90 ricade sui soggetti che hanno posto in essere l'operazione. Tale dichiarazione deve essere presentata per mezzo di un apposito modulo, il Quadro W, il quale si presenta in tre versioni: il modello 740/W per le persone fisiche, il 750/W per le società di persone ed equiparate e il modello 760/W per gli enti non commerciali.

Il modello W è suddiviso in tre sezioni, quali:

- la sezione I: è dedicata alla dichiarazione di tutti i trasferimenti da o verso l'estero di denaro, titoli o valori mobiliari attraverso i non residenti, d'importo almeno pari ai 20 milioni di lire, per cause diverse dagli investimenti esteri e dalle attività estere finanziarie. Dovranno così essere dichiarate le operazioni correnti, la cui causale è dunque "non finanziaria";
- la sezione II: è dedicata alla dichiarazione di tutti gli investimenti effettuati all'estero o di attività estere finanziarie, il cui importo è almeno pari ai 20 milioni di lire;
- la sezione III: è dedicata alla dichiarazione dei trasferimenti da o verso l'estero che hanno interessato gli investimenti all'estero o le attività estere di natura finanziaria. Saranno così segnati tutti i flussi, cioè le movimentazioni d'importo almeno pari a 20 milioni di lire effettuate nel corso del periodo d'imposta.

La violazione dell'obbligo di dichiarazione dei redditi, sancito dagli art. 2 e 4 del D.L. 167/90, è punita con una pena pecuniaria pari dal 5% al 25% dell'ammontare degli importi non dichiarati (art. 5, comma 5 del D.L. 167/90).

Un altro articolo del D.L. 167/90 di particolare interesse, inserito con la modifica della L. 227/90 è l'art. 6 che disciplina la *tassazione presuntiva*. Quest'ultimo afferma che: *"Per i soggetti di cui all'art 4, comma 1, le somme in denaro, titoli o valori mobiliari trasferiti o costituiti all'estero, senza che ne risultino dichiarati i redditi effettivi, si presumono, salvo prova contraria, fruttiferi in misura pari al tasso ufficiale medio di sconto vigente in Italia nel relativo periodo di imposta, a meno che nella dichiarazione non venga specificato che si tratta di redditi che nella dichiarano non venga specificato che si tratta di redditi la cui percezione avviene in un*

successivo periodo d'imposta. La prova contraria potrebbe essere data dal contribuente entro sessanta giorni dal ricevimento dell'espressa richiesta notificatagli dall'ufficio delle imposte".

Attraverso la sua interpretazione è possibile desumere che i soggetti a cui si può applicare la tassazione presuntiva sono le persone fisiche, gli enti non commerciali, le società di persone ed equiparate e anche i soggetti descritti dall'art. 5 del T.U.I.R che abbiano realizzato alcuni investimenti all'estero ma anche dei semplici trasferimenti di denaro, titolo o valori mobiliari a prescindere dal loro importo.

È possibile ammettere che la tassazione presuntiva in questione non sia vincolata dal limite quantitativo dei 20 milioni di euro.

A far scattare la presunzione è solo l'omessa indicazione dei redditi effettivi prodotti da un investimento realizzato all'estero.

Si parla di tassazione presuntiva, e dunque non effettiva, poiché il legislatore riconosce al contribuente la possibilità di difendersi mostrando prova contraria. La prova da poter fornire deve essere necessariamente scritta e può essere costituita, ad esempio, da un estratto conto di una banca estera dal quale risulti l'ammontare degli interessi maturati su un conto corrente ivi detenuto.

Qualora il contribuente non riuscisse a fornire tale prova oppure a presentarla nel termine perentorio dei sessanta giorni conteggiati dalla richiesta mossa dagli Uffici delle Imposte e qualora sussistano i requisiti soggettivi indicati dall'art. 6, il reddito del soggetto nonché i suoi interessi, i suoi frutti e premi, saranno calcolati in base al tasso ufficiale medio di sconto, ossia al tasso risultato dalla media ponderata dei tassi stimati dalla Banca d'Italia nel periodo che va dal 1990 al 1994, applicato sull'ammontare del capitale detenuto all'estero.

Il reato d'infedele dichiarazione da parte del contribuente è punito con la reclusione in carcere da tre mesi a due anni e da una pena pecuniaria da 10 a 20 milioni di lire.

Nel caso, invece, di omessa risposta al questione nel termine dei sessanta giorni, scatta l'automatica iscrizione a ruolo per l'accertamento di maggior reddito.

2.2. MODIFICHE DEL D.L 167/90, CONVERTITO IL L. 227/90

Il monitoraggio fiscale è un'attività di controllo svolta sui trasferimenti da o verso l'estero di denaro, titoli, valori mobiliari, cui sono soggette le persone fisiche, gli enti non commerciali, le società semplici e le associazioni equiparate.

Nasce in seguito all'unificazione dei mercati valutari e finanziari e deve essere inteso come uno strumento idealizzato per rispondere all'insorgere del successivo timore da parte dei diversi Stati, che hanno aperto le proprie frontiere al libero mercato, della possibilità del realizzarsi d'operazioni illecite.

Il legislatore italiano, come ampiamente esposto nel paragrafo precedente, ha presentato nel 1990 il D.L. n.167, convertito in L. 227/90, per introdurre nell'ordinamento nazionale la disciplina del monitoraggio fiscale.

Il decreto legge è stato nel tempo influenzato da rilevanti normative comunitarie, il cui scopo era cercare di armonizzare la disciplina del libero mercato guidando i diversi legislatori nazionali a normalizzare le proprie norme interne al fine di rendere i trasferimenti o gli investimenti da o verso l'estero sempre meno esposti al rischio di evasione o d'esterovestizione, ma allo stesso tempo non limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto dell'U.E..

Proprio per tale motivo, una prima critica mossa contro il monitoraggio fiscale è stata presentata nei confronti dell'art. 3, comma 1, che vietava ai soggetti residenti l'importazione o l'esportazione al seguito ovvero mediante plico postale o equivalente, di denaro e di titoli al portatore per un importo superiore a 20 milioni di lire. La suddetta disposizione era evidentemente in contrasto con la libera circolazione dei capitali garantita dal diritto comunitario.

Così il legislatore sovranazionale, attraverso la legge comunitaria 1994, ossia la L. 55/96, delega il Governo a eliminare il limite imposto dal suddetto art. 3.

Il legislatore italiano interviene a tal proposito, e attraverso il d.lgs. 125/97 dispone l'attuale possibilità da parte dei soggetti residenti di realizzare autonomamente importazioni o esportazioni anche per un importo superiore ai 20 milioni di lire (operazione finora vietata) purché sia fatta un'esplicita dichiarazione.

Nonostante il legislatore italiano con il predetto decreto legislativo abbia valorizzato il principio di libera circolazione, non cessano le preoccupazioni delle Autorità

europee. Infatti, questi ultimi si rendono conto che, autorizzando i soggetti residenti a valersi di enti creditizi e finanziari e di alcuni professionisti per trasferire o effettuare importazioni o esportazioni dei propri capitali tra i Paesi membri, è stata agevolata la proliferazione di trasferimenti illeciti di denaro, favorita, ulteriormente, dall'assenza di una omogenea disciplina di vigilanza nei diversi territori nazionali. Ciò posto, diventa importante per i legislatori sovranazionali disciplinare una norma antiriciclaggio che permetta l'armonizzazione dei controlli di sorveglianza sui movimenti di denaro da applicare alle frontiere dei singoli Paesi membri, senza tuttavia pregiudicare la libertà di circolazione dei capitali.

La medesima preoccupazione era stata già promossa nel 2004 dalla normativa internazionale. Difatti, il Gruppo di azione finanziaria internazionale sul riciclaggio dei capitali (il c.d. GAFI) aveva già esortato i vari Stati ad adottare misure di controllo sulle movimentazioni materiali di denaro.

Obiettivo comune degli ordinamenti comunitari, internazionali e nazionali è combattere le attività illecite e le operazioni di riciclaggio poiché sono fenomeni pregiudizievoli a un sano sviluppo del sistema economico unitario.

2.2.1. EVOLUZIONE DELLE NORMATIVE D'ANTIRICICLAGGIO

La prima norma antiriciclaggio promossa dal Parlamento e dal Consiglio Europeo allo scopo di armonizzare a livello comunitario un adeguato sistema di vigilanza in merito al controllo dei movimenti di denaro in entrata o uscita dal C.E., che potrà essere direttamente applicato dai vari Paesi membri, è il Regolamento n. 1889/2005 del 26 ottobre 2005 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 25/11/05).

La sua pubblicazione ha lo scopo di compensare la lacuna normativa della precedente direttiva comunitaria relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, che è la Direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991. Quest'ultima, infatti, ha introdotto un meccanismo comunitario volto a prevenire il riciclaggio di capitali controllando le operazioni effettuate attraverso enti creditizi e finanziari e taluni tipi di

professionisti⁵⁹ ma ha spinto il legislatore comunitario a credere in un'eccessiva esposizione del mercato unico ai movimenti di denaro illecito e per tanto ha avvertito l'esigenza di introdurre un adeguato sistema di sorveglianza atto a prevenire il problema del riciclaggio.

Il sistema in questione è presentato appunto attraverso il Regolamento n.1889/2005, che si compone di undici articoli, alcuni dei quali hanno incisivamente promosso azioni di adeguamento della norma nazionale 167/90.

Fondamentale è il suo art. 3, comma 1, poiché espone la nuova direttiva in merito all'obbligo di dichiarazione. Infatti, dispone che: *“Ogni persona fisica che entra o esce dalla Comunità e trasporta denaro contante⁶⁰ d'importo pari o superiore a 10.000 EUR deve dichiarare tale somma alle autorità competenti dello Stato membro attraverso il quale essa entra nella Comunità o ne esce a norma del presente regolamento. L'obbligo di dichiarazione non è soddisfatto se le informazioni fornite sono inesatte o incomplete”*.

Il successivo comma 2, espone invece gli elementi che dovranno essere oggetto di dichiarazione, infatti afferma che: *“La dichiarazione di cui al paragrafo 1 specifica:*

- a) il dichiarante, inclusi nome completo, data e luogo di nascita e cittadinanza;*
- b) il proprietario del denaro contante;*
- c) il destinatario del denaro contante;*
- d) l'importo e la natura del denaro contante;*
- e) l'origine e la destinazione del denaro contante;*
- f) l'itinerario seguito;*
- g) il mezzo di trasporto utilizzato.”*

⁵⁹ Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, 2005.

⁶⁰ L'espressione “denaro contante” è da intendere, come disposto dall'art. 2, comma 2, del regolamento sotto due fattispecie:

a) strumenti negoziabili al portatore, compresi gli strumenti monetari emessi al portatore quali travellers cheque, strumenti negoziabili (compresi assegni, effetti all'ordine e mandati di pagamento) emessi al portatore, girati senza restrizioni, a favore di un beneficiario fittizio o emessi altrimenti in forma tale che il relativo titolo passi alla consegna, e strumenti incompleti (compresi assegni, effetti all'ordine e mandati di pagamento) firmati ma privi del nome del beneficiario;

b) denaro contante (banconote e monete in circolazione come mezzo di scambio).

Non rientrano nell'accezione di “denaro contante” i mezzi di pagamento tracciabili dagli intermediari, i vaglia postali o cambiari, gli assegni postali, bancari o circolari tratti o emessi da istituti bancari o da Poste Italiane Spa, che rechino l'indicazione del beneficiario e la clausola di non trasferibilità. (Infatti, come espressamente dettato dall'art.3 bis, aggiornato dal D.Lgs 125/97, le disposizioni dell'art. 3 non si applicano a quest'ultime tipologie di mezzi di pagamenti).

Inoltre, l'art. 3, comma 3, descrive le modalità ammissibili per la presentazione delle informazioni all'interno della dichiarazione, prevedendo la forma scritta, orale o elettronica, che dovranno essere decretate dalle autorità competenti⁶¹ nazionali.

Alle autorità competenti dei Paesi membri sono attribuiti, con l'art. 4) i poteri di:

- sottoporre a misure di controllo le persone fisiche, i loro bagagli e i loro mezzi di trasporto;
- di trattenere il denaro contante, in caso d'inadempimento dell'obbligo dichiarativo.

Gli Stati membri invece stabiliscono le sanzioni da applicare in caso d'inadempienza dell'obbligo di dichiarazione stabilito all'articolo 3, le quali sono efficaci, proporzionate e dissuasive. (art. 9)

Rilevante ai fini di contrasto per l'evasione e il riciclaggio è la disciplina dell'art. 7, la quale sancisce la norma dello scambio d'informazioni con i Paesi Terzi. Infatti, afferma che: *“Nel quadro della mutua assistenza amministrativa, le informazioni ottenute ai sensi del presente regolamento possono essere comunicate dagli Stati membri o dalla Commissione a un paese terzo, fatto salvo il consenso delle autorità competenti che le hanno ottenute a norma dell'articolo 3 e/o dell'articolo 4 e nel rispetto delle pertinenti disposizioni nazionali e comunitarie relative alla trasmissione di dati a carattere personale a paesi terzi. Gli Stati membri comunicano alla Commissione tali scambi d'informazioni qualora ciò rivesta un interesse particolare per l'attuazione del presente regolamento”*.

Il Regolamento comunitario dispone la nuova norma circa l'obbligo di dichiarazione ammettendo un nuovo criterio:

- soggettivo: ogni persona fisica che entra o esce da un territorio nazionale facente parte della C.E. quindi sia che si tratti del proprietario sia che è il solo trasportatore;
- oggettivo: la persona fisica deve avere con sé *denaro contante* per un *importo pari o superiore a 10.000 euro*. La soglia indicata vale quindi per trasferimenti extracomunitari.

⁶¹ Per «autorità competenti» s'intendono le autorità doganali degli Stati membri o altre autorità autorizzate dagli Stati membri ad applicare il presente regolamento; (art. 2, comma 1, del Regolamento 1889/2005)

Il Regolamento n.1889/2005 è stato recepito dall'ordinamento italiano, comportando delle modifiche all'originario D.L. 167/90, per mezzo di due decreti legislativi, quali:

- decreto del 15 giugno 2007⁶²: il quale ha recepito il nuovo limite monetario di 10.000 euro superato il quale scatta l'obbligo della dichiarazione in capo alla persona fisica del trasporto al seguito del contante solo per i trasferimenti intracomunitari. Apporta una modifica all'importo quantitativo finora espresso, anche se non è stata la prima. Difatti, all'esordio il decreto legge ammetteva come proprio limite monetario un importo pari a 20 milioni di lire, corrispondenti a 10.329,14 euro. Tuttavia suddetta soglia fu già oggetto di modifica il 17 ottobre 2002 per mezzo del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, il quale decretò per un aumento dell'importo, fissandolo a 12.500 euro. Con il decreto del 2007 assistiamo a una sua riduzione e ciò testimonia la volontà di attuare controlli più mirati al fine di voler effettivamente contrastare operazioni illecite.
- decreto n. 195 del 19 ottobre 2008⁶³: recepisce integralmente il Regolamento, infatti, nell'esposizione dei suoi articoli è possibile constatare la completa accettazione della finalità, della definizione di "denaro contante", delle modalità e delle direttive dell'obbligo di dichiarazione come dettate dal disposto comunitario. Infatti, nel suo articolo 3, ammette l'importo di 10.000 euro per i trasferimenti da e verso l'estero come soglia monetaria superata la quale scatta, in capo alla persona fisica, l'obbligo dichiarativo. Dunque, con il d.lgs. 195/08 l'importo di 10.000 euro è riconosciuto per i trasferimenti di denaro sia intracomunitari sia extracomunitari, ed è per tale aspetto che il regolamento comunitario è ritenuto ampiamente recepito in Italia. In definitiva, il d.lgs. 195/08 armonizza totalmente la normativa nazionale con quella comunitaria, infatti, andandosi a sostituire alla disciplina del D.L.

⁶² Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno, della giustizia e delle attività produttive, recante "Modifica sulla soglia di esenzione in materia di rilevazione ai fini fiscali di taluni trasferimenti da e per l'estero di denaro, titoli o valori mobiliari.

⁶³ Il decreto 195/2008 è intitolato: "Modifiche ed integrazioni alla normativa in materia valutaria in attuazione del regolamento (CE) n. 1889/2005. (GU n.291 del 13-12-2008). È entrata in vigore il 14/12/2008, presentando nel suo disposto 16 articoli, ma con le successive modifiche gli articoli dal 5 al 9 sono stata abrogati. Tutt'oggi la norma è in vigore. Essa agisce solo in campo valutario e non ai fini fiscali pertanto non apporta importanti modifiche al D.L. 167/90.

167/90, riscrive totalmente il sistema di controllo interno nazionale in merito ai trasferimenti transfrontalieri di denaro.

Infatti, il D.L. 167/90 resta tuttora in vigore per tutte le altre tipologie di circolazione transfrontaliera dei capitali, ossia quelle che avvengono per mezzo degli intermediari abilitati.

Il d.lgs. 195/08 offre con l'art. 1, lettera a) del suo disposto la definizione di "Autorità Competenti", indicandole nella figura di quattro istituti quali l'Agenzia delle Entrate, la Guardia di finanza, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Unità d'Informazione Finanziaria (U.I.F.)⁶⁴. A ciascuno è affidato un compito specifico, infatti:

- l'Agenzia delle Dogane: ha il compito di raccogliere e gestire le dichiarazioni obbligatorie di valuta per i trasferimenti materiali di denaro con un importo pari o superiore a 10.000 euro;
- la Guardia di Finanza, invece, collabora con l'Agenzia delle dogane ed esercita, anche in via autonoma, l'attività di controllo, accertamento e contestazione delle infrazioni valutarie;
- il Ministero dell'economia e delle finanze (M.E.F) deve provvedere all'istruttoria e al procedimento d'irrogazione delle sanzioni, qualora l'eventuale trasgressore presenti scritti e documenti difensivi. In tal caso, il M.E.F., sentito il parere della Commissione consultiva, determina con decreto motivato la sanzione da applicare richiedendo il pagamento entro centottanta giorni dalla ricezione del verbale di contestazione. Il soggetto che ritiene illegittimo il decreto può proporre opposizione davanti al Tribunale del luogo in cui è commessa la violazione entro 30 giorni dalla notifica del decreto o entro 60 se il soggetto risiede all'estero.
- l'Uif è un istituto con competenze amministrative in merito alla gestione delle informazioni antiriciclaggio e antiterrorismo.

I poteri di accertamento e di controllo sono riconosciuti ai funzionari dell'Agenzia doganale e ai militari delle fiamme gialle. Entrambi avranno la potestà di procedere a visite, ispezioni e controlli delle persone fisiche, dei loro bagagli e dei loro mezzi di

⁶⁴ È un autorità di vigilanza istituita dalla Banca d'Italia il 1° gennaio 2008. Essa effettua l'analisi delle operazioni sospette segnalate dai soggetti obbligati e approfondisce ogni fatto che potrebbe essere correlato a riciclaggio o finanziamento del terrorismo. Il sole 24 ore, 2014.

trasporto e possono richiedere l'esibizione dei libri contabili in modo da poterne fare una copia da utilizzare per l'accertamento.

Inoltre, i funzionari dell'Agenzia devono procedere alla verifica dell'accuratezza e della completezza delle informazioni fornite nelle dichiarazioni (le quali sono indicate nell'art. 1, comma 1, lettera b del disposto) mentre i finanziari possono accedere in qualunque ora negli uffici pubblici e in ogni locale adibito ad un'azienda industriale o commerciale ed eseguirvi verificazioni e ricerche; sono autorizzati a effettuare perquisizioni domiciliari solo sulla sussistenza di un loro fondato sospetto del realizzarsi di violazioni valutarie.

Se dall'accertamento dovesse emergere una violazione dell'obbligo di dichiarazione di cui all'art. 3, per mezzo di una condotta omissiva o riportando dei dati inesatti o incompleti, la persona fisica su cui sarebbe stato fatto l'accertamento, sarebbe soggetto, come disposto dalla versione originaria dell'art 9, comma 1, a *“una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 40% dell'importo trasferito o che si tenta di trasferire, eccedente la soglia dei 10.000 euro, con un minimo di 300 euro”*.

Il 28 dicembre del 2012 la predetta sanzione pecuniaria amministrativa è stata soppressa a favore di un'altra sanzione. Quest'ultima ammetteva una sanzione pecuniaria amministrativa applicabile sull'importo che si vuole trasferire in eccedenza dei 10.000 euro con un minimo di 300 euro, che si differenziava sulla base dell'eccedenza dell'importo.

Dunque, ammetteva una sanzione:

- dal 10% al 30% se il denaro trasferito o che si voleva trasferire aveva un importo tra i 10.000 euro e i 20.000 euro.
- dal 30% al 50% se il denaro trasferito o che si voleva trasferire aveva un importo superiore ai 20.000 euro.

Qualora il soggetto non paghi immediatamente la sanzione, eventualmente avvalendosi dell'oblazione, avviene il sequestro del denaro trasferito o su cui vi era l'intenzione (art. 6), pari al 30% dell'importo eccedente la sua soglia se il valore non è superiore a 10.000 euro (quindi il valore non deve essere superiore a 20000 euro) oppure in tutti gli altri casi, il sequestro è pari al 50%.

Il sequestro potrà avvenire invece sull'intero ammontare del denaro se quest'ultimo non è sufficiente a pagare la sanzione oppure se è indivisibile o l'autore dei fatti è sconosciuto.

Il soggetto destinatario della sanzione può richiedere una riduzione sull'infrazione commessa, la c.d. oblazione, nella misura:

- del 5% del denaro contante eccedente la soglia, se l'eccedenza non dichiarata non supera i 10.000 euro (fino a 20000 trasportati)
- del 15% se l'eccedenza del denaro trasportato non superi i 40.000 euro.

Si desume che il trasgressore non può richiedere l'oblazione se l'importo di denaro supera i 50000 euro oppure se il medesimo soggetto si sia valso del predetto istituto nei cinque anni antecedenti.

In caso di accettazione dell'oblazione, il pagamento potrà essere effettuato o direttamente al momento della contestazione presso gli organi dotati dei poteri d'accertamento e di controllo, oppure al M.E.F. entro 10 giorni dalla data di contestazione.

La legge comunitaria del 6 agosto del 2013 ha introdotto nell'ambito sanzionatorio del monitoraggio fiscale fino al 3 settembre del medesimo anno anche una sanzione penale. Infatti, come dispone l'art. 14 del decreto, nel caso in cui dalla verifica della dichiarazione emerge l'omessa indicazione delle generalità del soggetto per conto del quale si effettua il trasferimento di denaro, il soggetto può essere condannato alla reclusione da 6 mesi ad 1 anno e multa da 516,46 a 5.164,57 euro.

La finalità del nuovo sistema di monitoraggio e controllo, formalizzato dal decreto 195/08, è appunto evitare che ingenti flussi di denaro non dichiarati possano varcare i confini del territorio nazionale e comunitario⁶⁵.

Per tale motivo, il decreto 125/2008 si coordina perfettamente sia con la disciplina nazionale d'antiriciclaggio disposta dal d.lgs. 231/2007⁶⁶ sia con la disciplina antiterrorismo dettata dal d.lgs. 109/2007. Infatti, per l'emanazione del decreto si è tenuto conto di queste due ultime normative già in vigore.

⁶⁵ Sopranzetti, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e Voluntary disclosure*, cit. p. 12

⁶⁶ D.Lgs 21 novembre 2007, n. 231 - Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione e successive modificazioni e integrazioni. (camera dei deputati). È la terza direttiva antiriciclaggio. Il D.Lgs ed è stato oggetto di modifiche del D.Lgs. 151/2009.

Il d.lgs. 231/2007 è di notevole rilievo poiché ha introdotto nell'ordinamento italiano:

- la figura di *titolare effettivo*, art. 1, comma 2, lettera u), inteso come “*la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività o, nel caso di una entità giuridica, la persona o le persone fisiche che, n ultima istanza, possiedono o controllano tale entità ovvero ne risultano beneficiari*”. Nella pratica corrisponde alla persona fisica che possiede più del venticinque per cento del capitale sociale. Se tale percentuale, invece, fosse posseduta da una società, attraverso una serie di misure camerali, dovrà arrivare all'individuazione della persona fisica⁶⁷.
- l'unità d'informazione finanziaria “UIF”, art.1, comma 2, lettera z), è “*la struttura nazionale incaricata di ricevere dai soggetti obbligati, di richiedere, ai medesimi, di analizzare e di comunicare alle autorità competenti le informazioni che riguardano ipotesi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo*”.
- archivio unico informatico “A.U.I.”, art. 1, comma 2, lettera b, è un *archivio formato e gestito a mezzo di sistemi informatici nel quale sono conservate in modo accentrato tutte le informazioni acquisite nell'adempimento degli obblighi d'identificazione e registrazione, secondo i principi previsti della presente decreto*.

I destinatari della norma antiriciclaggio sono distinti in quattro categorie, quali:

- Intermediari finanziari e gli altri soggetti esercenti attività finanziarie, art. 11;
- Professionisti, art. 2;
- Revisori contabili, art. 13;
- Altri soggetti. Art. 14.

Ai fini di rintracciare le operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che siano in corso o sono state compiute e segnalarle all'UIF o a qualsiasi altra autorità competente, è necessario definire chi rientra nel novero degli intermediari finanziari e degli altri soggetti esercenti l'attività finanziaria, poiché a loro è attribuito tale compito. L'art. 11, ai commi 1 e 2, del decreto intende come intermediari finanziari: le banche, Poste italiane Spa, gli istituti di moneta elettronica,

⁶⁷ Fondazione accademia romana di ragionaria, 2014

gli istituti di pagamento, le società di intermediazione mobiliare (SIM), le società di gestione del risparmio (SGR), le società d'investimento a capitale variabile (SICAV), le imprese di assicurazione che operano in Italia in alcuni rami, gli agenti di cambio, le società che svolgono il servizio di riscossione dei tributi, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale previsto dall'art. 106 del Testo Unico Bancario (T.U.B.), le società fiduciarie, le succursali insediate in Italia dei soggetti indicati precedentemente aventi sede legale in uno Stato estero, la cassa depositi e prestiti, i soggetti che esercitano attività di micro-credito, i confidi, i cambiavalute.

Gli altri soggetti esercenti attività finanziaria sono (secondo il comma 3): i promotori finanziari iscritti nell'apposito albo, gli intermediari assicurativi, i mediatori creditizi, gli agenti in attività finanziaria.

Al fine di prevenire possibili situazioni di riciclaggio, il d.lgs. 231/07 al realizzarsi di particolari condizioni obbliga ai destinatari della normativa:

- di attuare un'adeguata verifica della clientela. L'art. 15, comma 1, del decreto sancisce i presupposti che obbligano gli intermediari finanziari e gli altri soggetti esercenti l'attività finanziaria ad avviare la verifica circa la clientela. Questi sono:
 - a) quando è instaurato un rapporto continuativo;
 - b) quando sono eseguite operazioni occasionali, disposte dai clienti che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento d'importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con una operazione unica o con più operazioni che appaiono collegate o frazionate;
 - d) quando vi è sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, indipendentemente da qualsiasi deroga, esenzione o soglia applicabile;
 - e) quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.
- di registrazione art. 36: tutti i destinatari sono tenuti a conservare i documenti e registrare tutte le informazioni acquisite durante l'adeguata verifica della clientela affinché possano essere utilizzati per qualsiasi indagine su eventuali operazioni di riciclaggio o di finanziamento terroristico o per corrispondenti analisi svolte dall'U.I.F. o da qualsiasi autorità competente.

In particolari essi sono tenuti all'istituzione dall'Archivio Unico Informatico (A.U.I), art. 37, il quale appunto è l'archivio di tutte le informazioni raccolte dall'attività di verifica della clientela.

L'articolo 49 del decreto contiene un ulteriore strumento atto a contrastare il riciclaggio di denaro e ha ad oggetto le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore". Al cui primo comma dispone che: *"È vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi quando il valore oggetto di trasferimento è complessivamente pari o superiore a 1.000,00 euro"*.

Il d.lgs.. 231/07 ha apportato alcune modifiche alla disciplina del monitoraggio fiscale contenuta nel D.L. 167/90, il quale di convesso, fa diversi rinvii alla norma antiriciclaggio. In modo specifico le modifiche riguardano il trasferimento dei capitali dei residenti per mezzo degli intermediari (art. 1 del decreto-legge), infatti, cambia la tipologia:

- dei soggetti su cui ricade l'obbligo dichiarativo: le aziende di credito, istituti di credito speciali, società fiduciarie e intermediari professionisti sono sostituiti dagli intermediari e altri soggetti esercenti l'attività finanziaria disposti dall'art. 11, commi 1 e 2, del d.lgs.. 231/07.
- del "Trasferimento da e verso l'esteso" su cui sorge l'obbligo dichiarativo, non è più "di denaro, titoli o valori mobiliari", bensì si tratta del "mezzo di pagamento"⁶⁸.
- dell'importo monetario superato il quale scatta l'obbligo di dichiarazione, da 10.000 euro è concessa una soglia più ampia, ossia almeno pari a 15.000 euro.

Gli intermediari e gli altri soggetti indicati nell'art. 11, del d.lgs. 231/07 che effettuano eventuali movimentazioni di conto o trasferimenti dei mezzi di pagamento per conto sia dei residenti sia dei non residenti (art. 1 e 2 del D.L. 197/90) restano soggetti all'obbligo dettato dall'art. 36 del medesimo disposto, ossia sono obbligati

⁶⁸ La definizione di "mezzi di pagamento" è l'art.1, comma 2, lettera i) del D.Lgs n. 231/07: il denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accredito o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie

alla registrazione delle informazioni ricavate dall'adeguata verifica della clientela nell'A.U.I., in modo da avere i dati necessari da mostrare all'A.E. per operazioni sospette.

Altra importante modifica apportata al D.L. 167/90 dalla normativa antiriciclaggio, riguarda l'istituzione della figura del titolare effettivo. A tal riguardo, due sono i rinvii normativi esposti dal decreto-legge:

- l'art. 2, comma 1, lettera b), dispone che: al fine di garantire la massima efficacia dell'azione di controllo ai fini fiscali e alla repressione dei fenomeni di illecito trasferimento di attività economiche attraverso i non residenti, i reparti speciali della Guardia di finanza possono richiedere, previa autorizzazione, ai soggetti indicati dagli art. 11, 12, 13 e 14 del d.lgs. 231/90 l'identità del titolare effettivo individuata durante l'attività di verifica della clientela;
- l'art. 4 "dichiarazione annuale per gli investimenti e le attività", al comma 1, dichiara che sono tenuti all'obbligo di dichiarazione i titolari effettivi come identificati dal decreto legislativo.

2.2.2. LA DISCIPLINA DEI REATI TRIBUTARI

Al fine di proseguire nella descrizione dell'evoluzione normativa che ha coinvolto l'attività di monitoraggio fiscale, è necessario porre attenzione alla disciplina riguardante i reati tributari.

L'ordinamento italiano ha recepito la "nuova disciplina dei reati in materia d'imposte sui redditi e sul valore aggiunto" attraverso il d.lgs n. 74 del 15 aprile 2000, dettato dalla legge delega 205/99 riguardante la riforma dei reati tributari.

La normativa del d.lgs. 74/00 permette di distinguere i reati tributari in due fattispecie e di attribuire per ciascuna di esse una tipologia di sanzione. Nello specifico, il decreto li suddivide sulla base dell'effetto prodotto nel campo fiscale e pertanto riconosce i reati:

- di grande rilievo: fa riferimento ai reati che sono stati generati da comportamenti particolarmente lesivi nell'interesse fiscale o erariale, come evasione per la riscossione delle imposte. Questi dovranno essere sanzionati a livello penale.

- di minor rilievo: sono i reati prodotti da ipotetici comportamenti di violazioni formali, come l'omessa fatturazione, l'omessa registrazione dei corrispettivi oppure l'omesso versamento di ritenute. Per quest'ultima fattispecie il decreto ammette la sanzione di carattere amministrativo, ossia pecuniario, applicando l'attività di depenalizzazione⁶⁹. In tal modo, la competenza dell'attività di accertamento e il potere sanzionatorio sono attribuiti all'autorità amministrativa, alleggerendo l'iter giudiziale in campo penale. Infatti, il d.lgs. 74/2000 è stato sancito dal legislatore italiano in sostituzione del D.L. 429/82 convertito in L. 516/82⁷⁰ al fine di alleggerire il carico di lavoro dei giudici penali dai reati di minor rilievo, in modo da fargli prestare maggiore attenzione ai reati che presentavano gravi forme di criminalità tributaria e di conseguenza rendere i processi meno longevi.

Ammettendo le due suddette fattispecie, la nuova disciplina dei reati tributari riconosce il principio di autonomia procedurale tra il processo penale e quello tributario. La normativa che formalizza questo c.d. doppio binario è contenuta nell'art. 20 del decreto.

Il d.lgs. 74/00 si compone di venticinque articoli e detiene sette fattispecie delittuose riconducibili a sole due tipologie di delitti, quali in materia di dichiarazione (Titolo II, Capo I, art. dal 2 al 5) e in materia di documenti e pagamento di imposte (Titolo II, Capo II, art. 8, 10, 11).

Nello specifico, il d.lgs. nel corpus del suo disposto presenta quattro reati tributari in merito ai delitti in materia di dichiarazione e sono:

- art. 2, "Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti": tale comportamento è considerato una tipologia di reato tributario se è accertata la sussistenza del dolo specifico, ossia la specifica volontà del soggetto di evadere il Fisco attraverso la presentazione

⁶⁹ Per "depenalizzazione" s'intende: Togliere a un determinato fatto o comportamento il carattere di reato, sottraendolo alla sanzione penale. Dizionario della Repubblica.it

⁷⁰ Il D.L. 429/82, convertito in legge dalla L. 516/82 offriva al giudice penale gli strumenti per intervenire anche nel campo dell'illecito penal-tributario, senza dover dipendere dagli accertamenti effettuati dagli Uffici amministrativi. Lo scopo era sgomberare dal campo di applicazione la c.d. pregiudiziale tributaria (il cui meccanismo era stato introdotto dall'art. 56 del DPR 600/73), che comportava una paralisi dell'azione giudiziaria, fino alle risultanze degli accertamenti amministrativi. Dunque la legge 516/82 non ha risolto l'inconveniente dell'eccessiva lungaggine dei procedimenti penali, poiché il già esiguo esercito dei giudici si è trovato sommerso da un'impressionante mole di lavoro costituito, soprattutto da reati bagattellari. Sechi, 2000

nella dichiarazione annuale d'inesistenti documenti o fatture e se quest'ultimi sono rintracciati nelle scritture contabili obbligatorie in modo da costituire una prova per l'Amministrazione Finanziaria. In tal caso, il soggetto è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni. Tuttavia, esiste una condizione che permette una pena inferiore ed è dettata dal comma 3: *“se l'ammontare degli elementi passivi fittizi è inferiore a lire trecento milioni, si applica la reclusione da sei mesi a due anni”*.

Nella realtà, questa fattispecie di reato si manifesta avvalendosi della figura di un prestanome⁷¹.

- art. 3, “Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici”: si parla di reato se il soggetto ha perseguito lo scopo dell'evasione fiscale presentando false rappresentazioni contabili o mendacità contabili, come ad es. indicazioni di elementi passivi fittizi e/o elementi attivi inferiori a quelli reali, al fine di indurre in errore l'esecuzione dell'accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria. Le due soglie di punibilità, indicate dal comma 1, lettera a) *“se l'imposta evasa⁷² è superiore a lire centocinquanta milioni”* e lettera b): *“l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, è superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque è superiore a lire tre miliardi”*;
- art. 4, “Dichiarazione infedele”: si manifesta con dichiarazioni false da parte del soggetto in merito agli elementi attivi solo se dichiarati inferiori a quelli reali o agli elementi passivi fittizi. Tale comportamento è sempre considerato illecito ma essendoci una semplicità dello stratagemma rispetto alle due fattispecie precedenti, il legislatore decide per una pena inferiore quale la reclusione da uno a tre anni e alza le due soglie di punibilità riconoscendo l'ammontare dell'imposta evasa a lire 200 milioni e l'ammontare

⁷¹ Il prestanome è “Chi accetta che il proprio nome compaia in luogo di quello di un'altra persona che non vuole apparire”. Dizionario del Corriere della Sera.it, 1804

⁷² Art. 1, lettera f) del decreto dispone che: *“per «imposta evasa» si intende la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine”*; mentre l'art. 1, lettera g) sancisce che: *“le soglie di punibilità riferite all'imposta evasa si intendono estese anche all'ammontare dell'indebito rimborso richiesto o dell'inesistente credito di imposta esposto nella dichiarazione”*.

complessivo degli elementi attivi e passivi sottratti al Fisco deve essere superiore al dieci per cento;

- art. 5, “Omessa dichiarazione”: la non presentazione della dichiarazione annuale, relative all’imposta sui redditi e all’imposta aggiunta, è punita con la reclusione da uno a tre anni quando l’imposta evasa è superiore a lire centocinquanta mila. Tuttavia l’ipotesi di evasione fiscale decade se la dichiarazione viene presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto.

Il Capo I esonera le fattispecie di reato tributario dettate dai succitati art. 3 e 4 in specifiche circostanze quali quelle dettate dall’art. 7. Infatti, per mezzo di quest’ultimo, dedicato alle “Rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio”: il legislatore ammette che non sono considerate sanzionabili quelle operazioni che sono effettuate per mezzo di criteri riscontrabili nel bilancio o che la loro attuazione è il risultato dell’uso di un metodo sistematico. Spesso le rilevazioni contabili o le valutazioni estimative sono poste in essere dal soggetto proprio per ostacolare l’accertamento effettuato dall’Amministrazione Finanziaria per la ricostruzione dell’accertamento del comportamento evasivo. Inoltre, il suo comma 2, esclude la sanzione per le valutazioni estimative che risultano inferiori al dieci per cento di quelle corrette.

Invece, in merito ai delitti di materia di documenti e pagamenti d’imposta, il d.lgs. 74/00 presenta in tre articoli le ultime tre forme di reati. Questi sono:

- art. 8, “Emissioni di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”: riconosce come reato fraudolento l’emissione o il rilascio di fatture inesistenti al solo fine di evadere il Fisco. Il soggetto che adotta tale comportamento è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni. Il rilascio di più fatture all’interno di un unico anno è considerato come unico reato. La pena sanzionatoria si riduce da sei mesi a due anni se l’ammontare non veritiero risultante dalle fatture è inferiore a lire trecento milioni per periodo d’imposta;
- art. 10, “Occultamento o distruzioni di documenti contabili”: l’azione di occultamento o di distruzione dei documenti per essere considerato reato

tributario deve riguardare i documenti di cui è richiesta la conservazione obbligatoria. È il reato più grave poiché palesemente l'azione è finalizzata all'evasione fraudolenta. Tuttavia non è pesantemente sanzionato, infatti, la pena prevista è la reclusione da sei mesi a cinque anni.

- art. 11, “Sottrazione fraudolenta al pagamento d'imposte”: *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte d'ammontare complessivo superiore a lire cento milioni, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva”*.

Il d.lgs. 74/00 presenta delle circostanze attenuanti per le fattispecie dei reati disposti dai predetti articoli. Nello specifico le suddette circostanze sono esposte dagli art. 13 e 14 e sono:

- “pagamento del tributo” (art. 13): le sanzioni di reclusioni si dimezzano se prima della dichiarazione di apertura del dibattito di primo grado, i debiti sono estinti per mezzo di pagamento, il quale deve riguardare anche le sanzioni amministrative seppure al soggetto non risulterebbero più imputabili a norma dell'art. 19, comma 1⁷³. Tuttavia, resta valida la sanzione penale.
- “riparazione dell'offesa nel caso di estinzione per prescrizione del debito tributario” (art. 14): qualora i debiti stimati dall'art. 13 sono estinti per prescrizione o decadenza, l'imputato può richiedere di essere ammesso dal giudice a pagare l'importo stabilito inizialmente maggiorato della somma commisurata per ripagare l'offesa recata all'interesse pubblico tutelato dalla norma violata. La predetta somma non può essere inferiore a quella risultante dal conguaglio a norma dell'art. 135 del codice penale. Il giudice, sentito il pubblico ministero, se ritiene congrua la somma fissa con ordinanza un termine non superiore a dieci giorni per il pagamento. Se quest'ultimo è

⁷³ L'art. 19, intitolato “principio di specialità” dispone al comma 1: “Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale”.

rispettato, allora la pena è dimezzata e non si pagano le somme accessorie (art. 12).

Il d.lgs. 74/00 è stato soggetto a numerose modifiche alcune delle quali hanno introdotto nel *corpus* del decreto importanti articoli che rappresentano altre fattispecie di reati tributari. Nello specifico:

- l'art. 1, comma 414, della L. n. 331/2004 (legge finanziaria per il 2005) ha permesso l'inserimento dell'art. 10-*bis* rubricato "omesso versamento di ritenute certificate". Secondo tale reato, è sanzionato con la reclusione da sei mesi a due anni, il soggetto che non versa, entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto d'imposta, ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai soggetti sostituiti per un ammontare superiore a euro cinquantamila per ciascun periodo d'imposta.
- l'art. 35, comma 7, D.L. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 248/2006, ha introdotto l'art. 10-*ter*, il cui titolo è "Omesso versamento di Iva": è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, il soggetto che non versa l'imposta sul valore aggiunto dovuta sulla base della dichiarazione annuale e per un ammontare superiore a euro cinquantamila, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo (quindi entro il 27 dicembre dell'anno successivo d'imposta).

A loro volta queste nuove forme di delitti hanno creato l'insorgere di nuovi doverti cui il contribuente dovrà uniformarsi come l'obbligo di presentazione della dichiarazione rientrando nella categoria dei delitti in materia di dichiarazione, l'obbligo di tenuta e conservazione della documentazione fiscale, inserito nel corpus dei delitti in materia di documenti e l'obbligo di pagamento delle imposte, capo II dei delitti in materia di pagamenti.

- L'art. 27, comma 18, DL n. 185/2008, ha introdotto tra i delitti in materia di dichiarazione, l'art. 10-*quater*: "Indebita compensazione". Quest'ultimo prevede che: "Chiunque non versi le somme dovute utilizzando in compensazione crediti non spettanti o inesistenti è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Il reato si configura solo se il totale dei crediti indebitamente compensati supera l'importo in euro di cinquantamila per periodo d'imposta. La legge 185/08 che ha permesso l'introduzione dell'art.

10-quater, prescrive che: *“l'utilizzo in compensazione di crediti inesistenti per il pagamento delle somme dovute è punito con la sanzione dal cento al duecento per cento della misura dei crediti stessi”*. È possibile riscontrare che il credito indicato è superiore a quello disponibile e individuare l'ammontare dei crediti indebitamente compensati osservando il modello F24, in cui sono esposti gli importi dei crediti per procedere alla compensazione ai sensi dell'art. 17 del D.lgs. 241/97. Gli importi utilizzati in eccesso possono riguardare sia crediti d'imposta derivanti da agevolazioni fiscali di vario tipo, sia i crediti che emergono dalle dichiarazioni fiscali.

La nuova sanzione è applicata dalle violazioni commesse dal 29 novembre 2008, data di entrata in vigore del decreto in esame. Invece, per tutte le violazioni anteriori a quella data la sanzione è pari al trenta per cento del credito utilizzato in eccesso.

In seguito a queste modifiche, può ritenersi concluso il quadro normativo del decreto in merito alle tipologie di delitti (Titolo II).

Le successive importanti modifiche sono state intervenute con il D.L. 138/2011, convertito nella L. 148/2011 e successivamente con il D.L.158/2015.

La legge 148/2011, di conversione del D.L. 138/2011 ha portato modifiche a numerosi articoli del disposto presentato dal d.lgs. 74/00, in merito:

- alla dichiarazione fraudolenta dettata dall'art. 2: è eliminata la circostanza attenuante integrata per l'ammontare di elementi passivi fittizi inferiore a euro 154937,07 che comportava una riduzione della pena sanzionatrice base, prevedendo la reclusione da sei mesi a due anni. Questa particolare circostanza era dettata dall'art. 8 del decreto 74/00, il quale in seguito a tale riforma è stato abrogato.
- alle soglie di punibilità riguardo i delitti dettati dagli art. 3, 4 e 5: rispettivamente il delitto dell'art. 3 è punibile se l'imposta evasa supera trentamila euro (in sostituzione alla precedente soglia di euro 77468,53) e se congiuntamente è superata anche la seconda soglia, dettata in merito agli elementi passivi fittizi che devono essere superiori a euro un milione (rispetto al precedente importo di euro 1549370,70). In merito all'art. 4 è modificata solo la soglia di punibilità riguardo l'ammontare dell'imposta evasa che è

dimezzata, infatti da euro 103291,38 è stimata a euro 50 mila. Notevolmente ridotta è anche la soglia di punibilità dell'imposta evasa dettata dall'art. 5, la quale da euro 77468,52 è stimata a euro 30 mila.

- alle pene accessorie dettate dall'art 12: la riforma ha integrato nuove tipologie di pene, con l'esclusione della sospensione condizionale della pena per i delitti previsti dall'art. 2 all'art. 10 nel caso in cui sussistano congiuntamente le seguenti condizioni:
 - l'ammontare dell'imposta evasa sia superiore al trenta per cento del volume d'affari;
 - l'ammontare dell'imposta evasa sia superiore a tre milioni di euro⁷⁴.
- al pagamento del debito tributario sancito dall'art. 13: la pena è stata diminuita "fino a un terzo" rispetto a quanto precedentemente disposto, ossia "fino alla metà". In ogni caso la pena del debito tributario è disposta dall'art. 444 del c.p.c. il quale dispone per il patteggiamento.
- ai termini di prescrizione novellati nell'art. 17 in merito ai delitti previsti dall'art. 2 all'art. 10: i termine di prescrizione da sei mesi è stabilito a otto anni, o dieci nei casi di atti interruttivi⁷⁵.

Infine, il decreto 148/11 specifica l'applicabilità delle norme rettificcate riguarda tutti gli eventuali diritti che si presentano a decorrere dalla data in vigore della legge stessa, quindi dal 17 settembre del 2011.

⁷⁴ Arena, *Le modifiche del D.Lgs. 74/2000: stretta sui reati tributari* 2011

⁷⁵ Gli atti interruttivi sono disciplinata dall'art. 160 del codice penale il quale disciplina che: *"Il corso della prescrizione è interrotto dalla sentenza di condanna [c.p.p. 533] o dal decreto di condanna [c.p.p. 459, 565]. Interrompono pure la prescrizione l'ordinanza che applica le misure cautelari personali e quella di convalida del fermo o dell'arresto, l'interrogatorio reso davanti al pubblico ministero o al giudice, l'invito a presentarsi al pubblico ministero per rendere l'interrogatorio, il provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di archiviazione, la richiesta di rinvio a giudizio, il decreto di fissazione della udienza preliminare, l'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato, il decreto di fissazione della udienza per la decisione sulla richiesta di applicazione della pena, la presentazione o la citazione per il giudizio direttissimo, il decreto che dispone il giudizio immediato, il decreto che dispone il giudizio e il decreto di citazione a giudizio.*

La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i limiti di cui all'art 161 secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articoli 51, commi 3bis e 3quater, del codice di procedura penale".

Broccardi - Codice Penale

Inoltre, sono intesi atti interruttivi anche il verbale di contestazione e l'atto di accertamento delle relative sanzioni.

Invece, le modifiche apportate dal decreto legge 158/2015 al d.lgs.. 74/2000 sono in merito:

- ad alcune definizioni espresse dall'art. 1, come quella relativa agli “elementi passivi fittizi” a cui è aggiunto il riferimento alle “componenti che incidono sulla determinazione dell'imposta dovuta (lettera b)); oppure in merito all'imposta evasa, nei confronti della quale si afferma che: “non si considera imposta evasa quella teorica e non effettivamente dovuta collegata a una rettifica in diminuzione di perdite dell'esercizio o di perdite pregresse spettanti e utilizzabili (lettera f). Sono aggiunte altre due definizioni, quali:
 - “operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente”: definite come *"operazioni, non integranti quelle disciplinate dall'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti"*;
 - “mezzi fraudolenti”: intese come *"condotte artificiali attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà"*.
- Alla dichiarazione fraudolenta:
 - attraverso l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dettata dall'art. 2: è eliminata la parola “annuali” e di conseguenza risulta ampliato il novero delle dichiarazioni rilevanti ai fini della configurabilità del reato.
 - Attraverso altri artifici, dettata dall'art. 3: è modificata la struttura dell'illecito, infatti oggi risulta essere strutturata in tre momenti, ossia *i.* la *"falsa rappresentazione nelle scritture contabili obbligatorie"*; *ii.* l'utilizzo di *"mezzi fraudolenti idonei"* ad ostacolare l'accertamento della falsità; *iii.* l'indicazione, nella dichiarazione dei redditi o ai fini iva, di elementi attivi inferiori a quelli effettivi o elementi passivi fittizi⁷⁶.
- Alla dichiarazione infedele, art. 4, in cui:

⁷⁶Finocchiaro, *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" del decreto legislativo, 2015*

- aumenta la soglia di punibilità da euro cinquantamila a euro centocinquantamila;
- aumenta anche la soglia del valore degli elementi attivi sottratti all'imposizione, da euro due milioni a euro tre milioni.
- È aggiunto il comma 1-bis e 1-ter, i quali rispettivamente decretano che non si tiene conto della non corretta classificazione degli elementi attivi o passivi esistenti se i loro criteri di applicazioni sono indicati all'interno del bilancio o in altra documentazione fiscale e che la sanzione non è applicabile ai fatti che singolarmente considerate sono minori al dieci per cento del loro valore reale.
- alla soglia di punibilità per l'omessa dichiarazione dei redditi o ai fini Iva, art. 5, che è stata ridotta da euro trentamila a euro cinquanta mila ma compensata da una sanzione maggiore che prevede la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni. Mentre con l'introduzione del comma 1-bis è introdotta la reclusione da uno a tre anni se l'omissione dichiarativa riguarda le ritenute di sostituto d'imposta superiore a cinquantamila euro.
- alla soglia di punibilità dei delitti previsto dall'art. 10-bis, 10-ter, rispettivamente aumentate da euro cinquantamila a euro centocinquantamila (per l'art. 10-bis), mentre per il successivo articolo addirittura è segnata una soglia superiore a duecentocinquantamila euro.
- all'estinzione del debito tributario come causa di punibilità (art. 13), che per i delitti degli art. 10-bis, 10-ter e 10-quater è applicabile solo se richiesta prima dell'apertura del dibattito di primo grado, mentre per i delitti degli art. 4 e 5, solo prima che l'autore sanzionato non è stato soggetto a accessi, ispezioni, verifiche o ad altre attività di accertamento.
- all'art. 16 stato abrogato.
- ai termini di decorrenza degli effetti e abrogazioni, dettati dall'art. 31, comma 1, il quale prevede che le predette disposizioni si applicano a partire dal 1° gennaio 2016 fino al 31 dicembre 2017.

Tuttavia, il d.lgs. 158/2015 ha introdotto nel corpus del d.lgs. 74/2000 anche altri tre articoli, quali:

- l'art. 12-*bis*: introduce la disciplina della confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo e del profitto del reato. Infatti, dispone che: "*nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per uno dei delitti previsti dal presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto*"⁷⁷.
- L'art. 13-*bis* "*circostanze del reato*", questo dispone tre commi decretando rispettivamente: l'integrale pagamento degli importi dovuti, fuori dai casi di non punibilità, rileva ai fini della concessione, una diminuzione di pena fino alla metà (comma1); l'applicabilità di tale pena può essere richiesta solo dalle parti ex. Art. 444 c.p.p. (comma 2) e che se il reato è commesso dal corre⁷⁸o nell'esercizio dell'attività di intermediazione fiscale le pene del Titolo II del d.lgs. 74/2000 aumentano della metà.

L'art. 18-*bis* dispone in merito alla custodia giudiziale dei beni sequestrati per ogni reato tributario. Quest'ultimi, se diversi dal denaro e dalle disponibilità finanziarie, devono essere dati in custodia all'autorità giudiziale, all'autorità amministrativa che ne facciano richiesta.

2.2.3. LO SCUDO FISCALE

L'attività di monitoraggio fiscale, finora disciplinata, non ha impedito ad alcuni contribuenti di trasferire in modo illecito i propri capitali all'estero. Pertanto, al fine di contrastare maggiormente l'evasione fiscale e il fenomeno dell'esterovestizione, il legislatore italiano ha deciso di affiancare al sistema di controllo e di monitoraggio fiscale uno strumento che incoraggi il contribuente a far rientrare in Italia una parte o

⁷⁷ La *ratio* di tale disposizione è far prevalere le pretese dell'Erario su quelle ablatorie statuali. Va notato che la norma in esame - oltre trovare un corrispettivo nell'art. 19 del d.lgs n. 231/2001, che esclude la confisca all'ente "per la parte che può essere restituita al danneggiato" - è coerente con la previsione della causa di non punibilità per estinzione del debito tributario (v. *infra*, art. 13), la cui operatività risulterebbe effettivamente svilita nell'ipotesi di sequestro di quanto restituibile all'Amministrazione Finanziaria. Finocchiaro, *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" del decreto legislativo*, 2015.

⁷⁸ Chi è imputato di un reato insieme con altri; *chiamata di correo*, accusa rivolta dall'imputato ad altra persona, indicata come partecipe del reato. Dizionario Treccani

tutti i propri capitali trasferiti all'estero, sfuggiti al controllo dell'Amministrazione Finanziaria.

A tal proposito, l'ordinamento italiano proposto più volte il c.d. *scudo fiscale*, meccanismo che mira a far rimpatriare i capitali detenuti all'estero in violazione delle norme di monitoraggio fiscale direttamente per volontà dei c.d. trasgressori garantendogli l'imposizione di aliquote agevolate sugli oneri finanziari e la non applicabilità di sanzioni penali, quest'ultima favorita dal riconoscimento totale dell'anonimato. Proprio per le sue caratteristiche il suddetto strumento è stato fortemente criticato dai contribuenti rispettosi dei propri doveri fiscali nei confronti della nazione poiché è considerato uno strumento a favore esclusivamente degli "evasori". Per tali motivi, lo scudo fiscale è stato oggetto di diverse modifiche che hanno portato ad un inasprimento delle aliquote fiscali seppur non ha mai avuto un'accettazione positiva da parte dei contribuenti.

L'introduzione nella normativa italiana del meccanismo dello scudo fiscale è avvenuta per mezzo del D.L. 350/2001, il quale ha fissato un'aliquota pari al 2,5% sui capitali trasferiti all'estero in modo illecito per i contribuenti che in modo autonomo li dichiaravano al Fisco. Tale tassa ha permesso al contribuente di regolare i propri capitali sommersi e di decidere se mantenerli comunque al di fuori della propria nazione oppure rimpatriarli.

In seguito all'introduzione di tale strumento, il Fisco vede emergere i capitali sommersi per un importo in euro di settantasette miliardi che, a causa dell'aliquota irrisoria, hanno portato nelle casse dello Stato soli milleseicento euro.

Affinché lo scudo fiscale potesse essere considerato un efficace strumento per il recupero dei capitali sommersi, è stato ritenuto opportuno aumentare l'aliquota impositiva al fine di non registrare più disparità così elevate tra l'ammontare dei capitali sfuggiti all'attenzione del Fisco e le somme incassate dallo Stato.

A tal proposito, la finanziaria del 2003 fissa l'aliquota per gli oneri finanziaria al 4%. Sono stati rimpatriati capitali per un importo di quarantasei miliardi di euro. Nemmeno l'inedita previsione di un totale anonimato per i beneficiari decisi a venire allo scoperto è stata sufficiente per riportare il gruppo dei capitali "scudati" in patria. Infatti, quarantasei miliardi sono stati rimpatriati, di cui ben 58,3% provenienti dalla

Svizzera, altri trentuno miliardi e ottocento milioni sono stati semplicemente regolarizzati⁷⁹.

Nonostante dai risultati raggiunti attraverso il meccanismo dello scudo fiscale in termini di recupero del gettito fiscale si evince l'esistenza di una normativa ancora debole per il rimpatrio dei capitali sommersi, nel 2009 il Governo italiano ha proposto con l'art. 13-bis del D.L. n. 78/2009 – c.d. decreto anticrisi - una nuova versione dello scudo fiscale, il c.d. scudo-*ter*. La versione aggiornata propone di far riemergere le attività finanziarie e patrimoniali detenute fuori dal territorio dello Stato, detenuti in violazione della normativa tributaria e di quella del monitoraggio fiscale fino al 31 dicembre 2008, attraverso l'introduzione di un'imposta straordinaria.

L'aliquota oscilla tra il cinque e il sette per cento secondo la data di presentazione agli intermediari (quali banche, società di gestione, fiduciarie, poste, società d'intermediazione mobiliare, società di scambio, filiali italiane di banche e di società finanziarie estere) della dichiarazione riservata, ossia garantita di anonimato, ed è attraverso quest'ultima che si procede all'emersione degli investimenti e delle attività finanziarie sommerse.

Nello specifico, l'aliquota era fissata al doppio di quella iniziale, ovvero al cinque per cento dell'importo emerso nella succitata dichiarazione, se presentata entro il 31 dicembre 2008. Tuttavia, poiché molti contribuenti hanno dichiarato di aver compilato la dichiarazione riservata con molti dubbi, l'Agenzia delle entrate con la circolare 52/E del 2010 ha concesso solo a chi ha aderito al precedente scudo, entro i termini prestabiliti, di poter aderire nuovamente allo scudo per sistemare la propria dichiarazione presentata dal 15 settembre al 15 dicembre 2009 dovendo versare una sanzione extra pari all'1%, corrispondente all'aumento del valore attribuito all'imposta nel corso dell'anno successivo.

Infatti, secondo la bozza del decreto "Milleproroghe", la data di partenza per la riapertura dello scudo è da considerarsi il 16 dicembre 2009 fino al 28 febbraio. Chi usufruirà di tali termini per la riapertura dello scudo fiscale si vedrà applicare un'aliquota del sei per cento.

⁷⁹ Chiusi, *Silvio è sempre sugli scudi*, 2011

Mentre chi riaprirà lo scudo tra il 1° marzo e il 30 aprile del 2010 vedrà applicata un'aliquota pari al sette percento.

In tal modo il Governo è riuscito ad incassare 5,6 miliardi di euro dall'ammontare di capitali detenuti all'estero pari a euro 104,5 miliardi.

Gli effetti dello scudo-ter sono:

- estinzione delle sanzioni amministrative, di natura tributaria e previdenziale, in relazione agli importi dichiarati, con riferimento ai periodi di imposta per il quali non erano ancora scaduti i termini di accertamento e per quelle previste per la violazione inerenti al monitoraggio fiscale;
- l'inibizione dei poteri di accertamento dei competenti Uffici in materia tributaria e previdenziale per tutti gli imponibili correlati alle somme o alle attività oggetto della sanatoria per i periodi d'imposta che avevano termine al 31 dicembre 2008;
- l'esclusione della punibilità degli illeciti penali tutelati dalla sanatoria. Infatti, il rimpatrio (o la regolarizzazione) delle attività finanziarie e patrimoniali detenute illecitamente all'estero e il pagamento dell'imposta straordinaria rende non punibili i reati tributari dettati dal d.lgs. 74/2000, agli art. 2, 3, 4, 5 e 10⁸⁰, ai sensi dell'art. 13-*bis*, comma 4, del D.L. 78/2009, e solleva gli intermediari finanziari all'obbligo dell'adeguata verifica della clientela dettata dalla normativa d'antiriciclaggio.

Le modifiche alla disciplina del monitoraggio fiscale, contenuta nel D.L. 167/90, sono state oggetto di approfondimento dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 45/E del 2010. Quest'ultima ha distinto l'obbligo dichiarativo tra le operazioni che avvengono all'interno dei paesi Ue e quelle che avvengono nei Paesi extra-Ue. In modo particolare, la circolare pone:

⁸⁰ Tuttavia, l'adesione allo "scudo fiscale", tuttavia, non determina un'immunità soggettiva in relazione ai reati fiscali nella cui condotta non rilevano affatto i capitali trasferiti e posseduti all'estero, e successivamente oggetto di rimpatrio, ciò perché la causa di non punibilità prevista dal DL n. 103 del 2009, art. 1, si riferisce alle sole condotte afferenti ai capitali oggetto della procedura di rimpatrio e si applica esclusivamente ai delitti in materia di dichiarazione, fraudolenta o infedele, al delitto di omessa dichiarazione nonché a quello di occultamento o distruzione di scritture contabili, e offre copertura penale solo per i reati in cui sono rilevanti i capitali trasferiti e posseduti all'estero, poi rimpatriati o regolarizzati (Sez. 3, n. 28724 del 05/05/2011; Sez. 3, n. 41947 del 02/07/2014). (Il Fisco oggi, 2016)

- l'obbligo di monitoraggio fiscale a carico del contribuente per le operazioni tra i Paesi Ue: il contribuente ha l'obbligo di riportare nella dichiarazione annuale dei redditi gli investimenti e le attività attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia, nonché l'ammontare dei trasferimenti da, verso e sull'estero che nel corso del periodo d'imposta hanno interessato i medesimi investimenti all'estero e attività estere di natura finanziaria sempre l'ammontare dei predetti investimenti sia superiore a euro 10.000. La dichiarazione annuale è presentata attraverso il Quadro RW, nella versione del suo modello Unico.

In conformità a quanto affermato dall'A.E. nel Quadro RW confluiscono le attività di natura finanziaria (tale obbligo vigeva anche in precedenza), immobili, natanti e oggetti preziosi e opere d'arte.

- l'obbligo di rilevare e segnalare i flussi transfrontalieri di attività finanziarie agli intermediari finanziari qualora intervengano nelle relative operazioni di trasferimento. Qualora i contribuenti sono esonerati dalla dichiarazione annuale, l'obbligo dichiarativo ricade sulla figura dell'intermediario finanziario il quale dovrà segnare le sue dichiarazioni all'interno del modello del sostituti d'imposta (quadro SO del mod. 770) per evidenziare le attività finanziarie e patrimoniali esportate o detenute all'estero.

In merito al Quadro RW è opportuno indicare che si compone di tre sezioni, di cui:

- nella I sezione: trasferimenti da e verso l'estero superiori a 10.000 euro effettuati per il tramite di intermediari non residenti per motivi diversi da quello d'investimento;
- nella II sezione: investimenti detenuti all'estero alla fine del periodo d'imposta per un importo superiore a 10.000 euro;
- nella III sezione: trasferimenti superiori a 10.000 euro in Italia – estero – Italia ed estero su estero riguardanti gli investimenti indicati nella sezione II anche se effettuati tramite intermediari residenti.

Con il D. L. 78/2009 sono state inasprite le sanzioni per la mancata compilazione del Quadro RW:

- dal 5 al 25% degli importi non evidenziati nella sezione I;

- dal 10 al 50% degli investimenti non evidenziati nella sezione II con confisca per equivalente;
- dal 10 al 50% dei trasferimenti non indicati nella sezione III.

Per gli investimenti detenuti in Stati o territori della *black list* può inoltre operare la presunzione di redditività corrispondente all'investimento detenuto in un periodo d'imposta, salvo prova contraria fornita dal contribuente.

L'art. 1 del D.L. 194/2009, in vigore dal 30 dicembre 2009, ha previsto il raddoppio dei termini per l'accertamento delle violazioni precedenti alle disposizioni sul monitoraggio fiscale. Si deve ritenere che la norma sia di carattere procedurale e dunque applicabile anche in relazione ai periodi d'imposta accertabili alla data di entrata in vigore del decreto 2004. In tal senso, se pur implicitamente, dispone la circolare n. 20 del 2010 dell'A.E.

Al fine di contrastare fortemente l'evasione fiscale, il legislatore sancisce che il contribuente che detiene i propri capitali in Paesi non collaborativi e aderisce allo scudo-*ter* non può regolarizzare i propri capitali in quest'ultimo ma ha l'obbligo di rimpatriarli.

2.2.4. LA LEGGE EUROPEA N. 97/2013

La disciplina nazionale del monitoraggio fiscale, contenuta nella versione aggiornata del D.L. 167/90, è a parere della Commissione europea non del tutto proporzionale agli obiettivi che dovrebbero essere perseguiti dagli Stati europei.

Infatti, l'ordinamento sovranazionale coglie nell'ambito del Caso Eu Pilot 1711/11/TAXU l'occasione per contestarla sotto diversi aspetti, come ad es. le rilevazioni dei trasferimenti di capitali a cura degli intermediari finanziari si aggiungevano a quelle già previste ai sensi delle normative valutarie e d'antiriciclaggio oppure che il monitoraggio fiscale degli intermediari era basato sulla residenza del soggetto ordinante/beneficiario del trasferimento, pertanto era difficile per l'Amministrazione Finanziaria individuare e fronteggiare l'uso ormai ricorrente della tecnica del prestanome⁸¹.

Nell'ambito del suddetto procedimento Eu Pilot è contestato all'ordinamento italiano:

⁸¹ Sapràzzetti, Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure, cit. 29-30.

- l'esistente obbligo dichiarativo dei trasferimenti da o verso l'estero effettuati senza il ricorso ad intermediari abilitati
- la proporzionalità delle relative sanzioni, ossia il fatto che le sanzioni rigorose non sono applicabili ai soggetti residenti che effettuano corrispondenti investimenti in Italia e non sono correlate all'effettiva esistenza di redditi non dichiarati.

Al fine di uniformare la disciplina del monitoraggio fiscale italiano alle succinte richieste comunitarie, in Italia è stata emanata la legge 6 agosto 2013 n. 97, recante le "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea", la c.d. Legge Europea.

La nuova disciplina nazionale per mezzo del suo nono articolo, decreta importanti modifiche alla disciplina del monitoraggio fiscale al fine di semplificare gli adempimenti a carico degli intermediari e del contribuente e consolidare la norma di contrasto alle evasioni fiscali internazionali.

Difatti, in linea generale, la Legge Europea, in seguito al rafforzamento della figura del titolare effettivo e all'introduzione della figura dell'interposta persona:

- ridefinisce l'ambito soggettivo dell'attività di monitoraggio: quest'ultimo non è più rivolto esclusivamente alle persone fisiche, ma anche alle società e/o alle altre forme giuridiche compresi i *trust*;
- scrive *ex novo* la procedura della dichiarazione annuale, formulando il Modello Unico 2014;
- rende meno rigoroso il regime sanzionatorio creando un modello omogeneo ed integrato di governo del sistema di controllo fiscale e valutario degli investimenti all'estero.

Nello specifico, modifica integralmente gli articoli 1, 2, 4, 5 e 6 del D.L. 167/90 e definire le modalità di applicazione del nuovo sistema di monitoraggio fiscale per mezzo della circolare dell'Agenzia dell'Entrate n. 38/E del 23 dicembre del 2013.

La Legge Europea amplia l'ambito soggettivo del monitoraggio fiscale, che finora comprendeva esclusivamente le persone fisiche residenti in Italia secondo l'art. 2, comma 2, del T.U.I.R., rafforzando la tesi secondo cui sono tenuti alla dichiarazione delle attività estere non solo i possessori formali delle stesse ma anche i soggetti che:

- godono dell'effettiva disponibilità delle stesse, la c.d. interposta persona, ossia colui che ha l'effettiva disponibilità delle attività finanziarie e patrimoniali, le quali però risultano formalmente intestate ad un *trust*, sia esso residente o non residente, il quale appare come un semplice schermo formale;
- sono riconosciuti come i "titolari effettivi".

Per titolare effettivo d'intente in caso di società:

1) la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano un'entità giuridica, attraverso il possesso o il controllo diretto o indiretto di una percentuale sufficiente delle partecipazioni al capitale sociale o dei diritti di voto in seno a tale entità giuridica, anche tramite azioni al portatore, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta a obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria o a standard internazionali equivalenti; tale criterio si ritiene soddisfatto ove la percentuale corrisponda al venticinque per cento più uno di partecipazione al capitale sociale;

2) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano in altro modo il controllo sulla direzione di un'entità giuridica;

Invece, in caso di entità giuridiche, quali le fondazioni e d'istituti giuridici, quali i *trust*, che amministrano e distribuiscono fondi:

1) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del venticinque per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica;

2) se le persone che beneficiano dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituita o agisce l'entità giuridica;

3) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul venticinque per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica⁸².

Si desume che, il monitoraggio fiscale si riferisce anche agli enti non commerciali e alle società semplice ed equiparate, residenti in Italia.

Ammesso il nuovo ambito soggettivo, il legislatore ha distinto due fattispecie che ammettono l'obbligo di dichiarazione in capo al contribuente, oltre a quanto già

⁸² Agenzia delle Entrate - Circolare n. 38/E, 2013

indicato nella versione precedente della disciplina di monitoraggio fiscale la quale ammetteva che, qualora il contribuente detenga in modo diretto un investimento all'estero o attività estere di natura finanziaria, ha l'obbligo di indicarli nella dichiarazione dei redditi. Le due nuove circostanze individuare riguardano invece la situazione in cui il contribuente detiene tali investimenti o attività per il tramite di:

- una società estera: l'obbligo dichiarativo ricade sul contribuente solo qualora abbia una partecipazione rilevante, ossia almeno pari al venticinque per cento del capitale sociale. In tal caso, nel Quadro RW dovrà indicare il valore degli partecipazioni detenuta nella società estera e la quota di partecipazione detenuta. Questa regola di compilazione è ammessa solo se le partecipazioni sono possedute in Stati o territori collaborativi, ossia riguarda non solo i Paesi della *White list* ma qualunque Paese o territorio che abbia aderito all'accordo di scambio d'informazione internazionale al fine di prevenire la doppia imposizione, quale il *tax information exchange agreement* – TIEA o che abbia aderito alle Convenzioni comunitarie.

I Paesi e territori che consentono un adeguato scambio d'informazione in base alle disposizioni di Convenzioni per evitare le doppie imposizioni attualmente vigenti con L'Italia sono, come descritte dalla Circolare dell'A.E: n. 38/E:

- | | | |
|------------------|-------------|--|
| ▪ Arabia Saudita | ▪ Senegal | ▪ Ghana |
| ▪ Armenia | ▪ Siria | ▪ Giordania |
| ▪ Azerbaijan | ▪ Uganda | ▪ Moldova |
| ▪ Etiopia | ▪ Uzbekista | ▪ Mozambico |
| ▪ Georgia | | ▪ Oman |
| | | ▪ Qatar |
| | | ▪ San Marino
(con effetto dal 2014) |

Nel caso in cui il contribuente ha partecipazioni in società estere di Paesi non collaborativi, le informazioni predette risultano insufficienti. In tal caso, al fine di rendere la sua operazione trasparente, il contribuente deve adottare l'approccio *look thought*, ossia ha l'obbligo d'indicare, in luogo del valore della partecipazione, il valore degli investimenti detenuti all'estero dalla società e delle attività estere di natura finanziaria intestate alla società, nonché la partecipazione posseduta nella società stessa. In tal modo il contribuente può risultare essere il titolare effettivo.

Tuttavia, qualora le partecipazioni fossero detenute in società estere, quotate o sottoposte ad obblighi di comunicazioni, le partecipazioni devono essere indicate nel Quadro RW, ma non è necessario dimostrare la titolarità effettiva.

- un'entità giuridica, quali fondazioni o istituti giuridici quali i *trust*: l'obbligo di dichiarazione è attribuito al contribuente solo se detiene nell'ente residente in Italia o all'estero una partecipazione almeno pari al venticinque per cento. In tale ipotesi il contribuente è tenuto a dichiarare il valore complessivo degli investimenti detenuti all'estero dall'entità e delle attività estere di natura finanziaria ad essa intestate, nonché la percentuale di patrimonio nell'entità stessa. Il contribuente deve seguire nuovamente l'approccio *look thought*. In caso contrario, ossia la partecipazione del contribuente sia inferiore al venticinque per cento del capitale sociale, l'obbligo dichiarativo ricade sull'ente giuridico.

Invece, il contribuente che abbia partecipazione in O.I.C.R. di diritto estero ha l'obbligo di dichiarare nel Quadro RW il valore delle quote di partecipazione da esso detenuta, indipendentemente dell'entità della stessa. Inoltre, qualora il contribuente possieda una partecipazione rilevante, come definita dalla norma antiriciclaggio, in un Paese o territorio non collaborativi, deve indicare il valore complessivo degli investimenti e delle attività estere detenuti direttamente dell'O.I.C.R. e per il tramite di altri soggetti esteri situati in Paesi non collaborativi fino a quando si configuri la sua titolarità. Nel computo della partecipazione rilevante per le quote O.I.C.R. devono essere imputate anche quelle relative ai familiari.

Il citato articolo 9 della Legge Europea stravolge la composizione e compilazione del Quadro RW, contenuta nell'art. 4 del D.L. 167/90, e nello specifico :

- elimina la sezione I e III del precedente quadro dichiarativo: riguardante rispettivamente i trasferimenti da o verso l'estero attuati attraverso soggetti non residenti senza il tramite d'intermediari italiani, se di ammontare complessivo superiore a 10.000 euro; e i trasferimenti da, verso l'estero (di ammontare superiore ai 10.000 euro) effettuati nel corso dell'anno e relativi ad investimenti detenuti all'estero o ad attività etere di natura finanziaria;
- mantiene esclusivamente la sezione II, infatti riconosce l'obbligo dichiarativo per le attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero nel periodo d'imposta, introducendo come novità l'eliminazione della soglia dei 10.000 euro, solo al di sopra della quale sarebbe scattato l'obbligo dichiarativo nel passato.

La novità aggiunta dalla Legge Europea per la dichiarazione annuale è attraverso il Quadro RW appunto l'adozione di un Modello Unico ammesse per le persone fisiche datato 2013, il quale prevede l'obbligo dichiarativo delle attività finanziarie e patrimoniali a prescindere dal loro importo.

Il contribuente potrà in un unico Quadro RW assolvere sia gli obblighi di monitoraggio fiscale e sia quelli per il calcolo dell'imposta sul valore degli immobili situati all'estero (I.V.I.E.) e dell'imposta sul valore aggiunto delle attività finanziarie (I.V.A.F.E.), i quali sono istituiti dall'art. 19, commi da 13 a 23 del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201.

Nel Quadro RW dovranno essere riportate le attività finanziarie e patrimoniali al loro "valore iniziale" e "valore finale".

Con una modifica del D.L. 4/2014 è stata reintrodotta la soglia dei 10.000 euro, riferita unicamente ai depositi e conti correnti esteri, escludendo quindi le altre attività finanziarie e patrimoniali come titoli, immobili, barche, soggette al monitoraggio fiscale. Tale norma sarà applicata ai redditi stimati nel periodo d'imposta 2013.

Un'ulteriormente modificata della predetta soglia, rapportata sempre per le categorie di attività indicate dalla legge 2014, è presentata dalla legge di stabilità 2015 ed è

stata fissata per un importo almeno pari a 15.000 euro. L'importo dell'insieme delle movimentazioni da o verso l'estero sono conteggiate nel corso di sette giorni.

Le ultime due modifiche apportate dalla Legge Europea alla disciplina del monitoraggio fiscale del D.L. 167/90 e successive modifiche, riguardano:

- il sistema sanzionatorio (art. 5 del D.L. 167/90): sono state notevolmente attenuate le sanzioni relative alle violazioni degli obblighi di monitoraggio delle attività detenute all'estero da parte del contribuente. In particolare, la sanzione pecuniaria, prevista per la violazione dell'obbligo dichiarativo, era stimata nella misura dal dieci al cinquanta per cento dell'ammontare degli importi non dichiarati. Con la Legge Europea la stessa è compresa tra il tre e il quindici per cento. La sanzione è duplicata, ossia è compresa tra il sei e il trenta per cento, nel caso in cui tali attività siano detenute in Stati o territori considerati a fiscalità privilegiata. Inoltre è eliminata la norma in merito al sequestro di beni di valore equivalente a quanto non dichiarato ed è prevista la sanzione di euro 258 per la presentazione del modulo RW entro novanta giorni dal termine.
- la tassazione presuntiva (art. 6 del D.L. 167/90): saranno considerati fruttiferi al tasso ufficiale di riferimento, non più solo le somme in denaro, i titoli e i valori mobiliari ma tutti gli investimenti e le attività estere di natura finanziaria, qualora non siano dichiarati gli effettivi redditi e salvo prova contraria. Inoltre, il tasso ufficiale di riferimento non è più il risultato di una media ponderata dei tassi stimati dalla Banca d'Italia nel periodo che va dal 1990 al 1994, ma è prestabilito. Le prove dovranno essere presentate sempre entro sessanta giorni dall'espressa richiesta dell'ufficio delle imposte⁸³.

2.2.5. LA VOLUNTARY DISCLOSURE. LEGGE 186/2014

In un contesto italiano ancora fortemente coinvolto in fenomeni d'evasione fiscale e in vicende di frode a discapito del Fisco nazionale, il legislatore vara la legge 15 dicembre 2014 n. 186, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 292/2014, riguardante le *“Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché*

⁸³ Fiscalità internazionale diritto bancario approfondimenti, 2014

del potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio”.

La legge 186/2014 propone ai contribuenti detentori di capitali all'estero non ancora dichiarati di far rientrare i propri capitali in Italia e di ripristinare la propria situazione fiscale nazionale attraverso il meccanismo della Collaborazione Volontaria, la c.d. *Voluntary Disclosure*.

La proposta ai contribuenti trasgressori di questo nuovo strumento risolutivo si basa sulla volontà del legislatore di sollecitare l'attività di monitoraggio fiscale nazionale a coordinarsi alle direttive dell'O.C.S.E. in merito agli scambi informativi con gli altri Stati UE.

Tuttavia, oltre a voler ripristinare la situazione fiscale del contribuente in merito alle movimentazioni illecite di capitali all'estero, la nuova direttiva intende estendere il ripristino della legalità fiscale a tutti i contribuenti, ossia è rivolta anche ai detentori di capitali illeciti posseduti nel territorio nazionale. Pertanto, la legge 186/2014 propone per mezzo del suo 1° articolo, al comma 1, la Collaborazione Volontaria internazionale e al comma 2 la Collaborazione Volontaria nazionale⁸⁴ ed è in merito a quest'ultima tipologia di collaborazione che il legislatore avverte l'esigenza di istituire una nuova forma di reato, quale l'autoriciclaggio, che è disciplinato attraverso il neo introdotto articolo 648-ter del codice penale.

La predetta legge offre alcune novità alla disciplina del monitoraggio fiscale pertanto apporta modifiche al D.L. 167/90, il quale appunto definisce tale attività nel contesto nazionale. L'istituzione di tale legge comporta l'aggiunta nel *corpus* del decreto legge 167/90 di alcuni articoli, quali dall'art. 5-*quater* all'art. 5-*septies*.

La *Voluntary Disclosure* mira a perfezionare il precedente meccanismo dello Scudo Fiscale, anche se il legislatore non vuole ammettere alcuna correlazione con quest'ultimo. Tuttavia, è possibile accertare che entrambi gli strumenti aspirano a far rientrare i capitali esteri al fine di assoggettarli all'imposizione fiscale esortando il contribuente trasgressore, sfuggito al Fisco, ad auto-dichiararsi. Aderendo a tale iniziativa e dimostrando il proprio comportamento collaborativo con il Fisco egli

⁸⁴ L'attuazione delle predette disposizioni, come previsto dall'art. 5-*sexies* del D.L. 167/90, è dovuta all'emanazione del provvedimento del Direttore dell'A.E. del 30 gennaio 2015, riguardante "Approvazione del modello per la richiesta di accesso alla procedura di collaborazione volontaria per l'emersione ed il rientro di capitali detenuti all'estero e per l'emersione nazionale". Agenzia delle Entrate - Circolare n. 10/E, 2015

potrà ripristinare la propria situazione fiscale usufruendo di un'imposizione fiscale agevolata, di agevolate sanzioni amministrative e dell'esenzione alle sanzioni penali. Tuttavia, i due strumenti pur essendo finalizzati al raggiungimento del medesimo obiettivo si differenziano per la metodologia della loro applicabilità. Infatti, la *Voluntary Disclosure* al fine di uniformarsi al principio dello scambio informativo con gli Stati membri elimina il principio di anonimato (garantito dal precedente strumento ai trasgressori) e cambia la metodologia dell'imposizione fiscale. Difatti, in opposizione all'aliquota standard del 5% fissata dallo Scudo Fiscale, la *Voluntary* affida all'Agenzia delle Entrate il compito di stabilire il dovuto caso per caso, fermo restando che le sanzioni amministrative saranno in sostanza annullate. La nuova normativa prevede, comunque, che per le violazioni sui conti sotto i 2 milioni di euro annui, si calcoli il 5% del rendimento su ogni periodo d'imposta, tassando con aliquota del 27%. Inoltre, la *Voluntary* non comprende nella propria normativa l'I.V.I.E. e l'I.V.A.F.E. per regolarizzare gli immobili e le attività finanziarie detenute in violazione del monitoraggio fiscale. Tuttavia, non ammette di sanare le eventuali imposte di successione e donazione dovute.⁸⁵

La legge 186/2014 riesce così a calmare gli animi dei non fautori del precedente strumento risolutivo.

A disciplinare le prime linee attuative della procedura di Collaborazione Volontaria nell'ordinamento italiano è la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 10/E del 13 marzo 2015. Quest'ultima definisce con chiarezza l'ambito soggettivo e oggettivo per aderire alla nuova procedura e offre indicazioni in merito alla compilazione della Dichiarazione annuale dei redditi attraverso il Quadro RW.

L'art. 5-*quater*, comma 1, del D.L. 167/90 sancisce i soggetti che potranno avviare la procedura della *Voluntary Disclosure*.

La procedura di Collaborazione Volontaria internazionale potrà essere avviata da tutti i contribuenti che hanno violato gli obblighi dichiarativi di monitoraggio fiscale fino al 30 settembre 2014⁸⁶. Pertanto, con esplicito richiamo all'art. 4, comma 1, del

⁸⁵ Tamburro, Il sole 24 ore - Norme e Tributi - Fisco Internazionale: *La "voluntary" vince sullo scudo*, 2015

⁸⁶ Il fatto di limitare l'accesso alla *Voluntary* solo al contribuente che non abbia rispettato l'obbligo dichiarativo fino al 30 settembre 2014, fa presagire che tale strumento sia per il contribuente, l'ultima interessante opportunità per mettersi a posto, dopodiché le punizioni saranno pesanti. Corrado Oliva, cit.

decreto legge, i soggetti che rientrano nell'ambito soggettivo sono le persone fisiche, enti non commerciali e le società semplici ed associazioni equiparate fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Affinché possano aderirvi, è sufficiente che il soggetto interessato sia fiscalmente residente in Italia in almeno uno dei periodi d'imposta per i quali è attivabile la procedura.

Al fine di accertare la residenza fiscale delle persone fisiche sono richiamati:

- l'art. 2, comma 2, del T.U.I.R.: in base al quale si considera residente il soggetto che risulti per la maggior parte del periodo d'imposta iscritto all'anagrafe della popolazione residente oppure che abbia nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile. E anche il soggetto c.d. estero residente fittizio, ossia che seppur iscritto all'A.I.R.E. continua a dimorare abitualmente in Italia.
- l'art. 2, comma 2-bis, del T.U.I.R.: in base al quale si considera residente, salvo prova contraria, il cittadino italiano che si è cancellato dalle anagrafi della popolazione residente e si è trasferito in uno degli Stati della *black list*.

Per accertare la residenza fiscale delle società semplici, delle associazioni e degli enti non commerciali, è richiamata la disciplina della residenza fiscale delle persone giuridiche, pertanto si fa riferimento:

- all'art. 5, comma 3, lettera d) e all'art. 73, comma 3, del T.U.I.R.: per cui si considerano residenti i soggetti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Per cui è "esterovestito" il soggetto che pur in mancanza dell'ubicazione della sede legale (requisito formale) nel territorio italiano ha avuto per la maggior parte del periodo d'imposta in Italia uno dei due requisiti sostanziali.

Inoltre, considerando che l'accesso alla procedura è riconosciuto a chiunque non rispetti l'obbligo dichiarativo di monitoraggio fiscale, è opportuno precisare che la procedura in esame può essere attivata:

- dal contribuente che pur non essendo possessore formale delle attività estere, risulta essere il "titolare effettivo". Poiché l'obbligo dichiarativo è stato riconosciuto a quest'ultima figura attraverso l'istituzione della L. 97/2013, la

collaborazione volontaria potrà essere avviata dal titolare effettivo solo con riferimento al periodo d'imposta che decorre dal 2013;

- dal trust esterovestito, ovvero da quei trust la cui residenza è ammessa ai sensi dell'art. 73, comma 1, lettera c) del T.U.I.R.;
- dal contribuente fittiziamente interposto, ossia che ha schermato i propri capitali per mezzo di una società o banca estera riservandosi comunque il diritto di disporre in modo diretto;
- dal trust interposto, che come disciplinato dalla Circolare dell'A.E. n. 43/E del 2009, è il trust il cui capitale è in sostanza messo a disposizione del disponente o dei beneficiari;
- dagli eredi di investimenti e di attività finanziarie detenute all'estero dal *de cuius* in violazione degli obblighi di monitoraggio fiscale;
- ai soggetti cointestatari di attività illecitamente detenute all'estero o di cui godono della loro disponibilità.

Coloro che, rientrano nel novero dei soggetti indicati dall'art. 5-*quater*, intendono avviare la procedura di Collaborazione Volontaria devono:

- indicare spontaneamente all'Amministrazione finanziaria tutti gli investimenti e tutte le attività finanziarie costituite o detenute all'estero mediante la presentazione di apposita richiesta. Quest'ultima deve essere inviata esclusivamente per via telematica entro il 30 settembre 2015 e sebbene non può essere presentata più volte, il provvedimento ha ammesso che la stessa può essere integrata nell'arco di 30 giorni del suo invio;
- fornire tutti i documenti e informazioni necessarie per la determinazione del reddito scaturito dagli stessi;
- versare le somme dovute entro 15 giorni antecedente la data fissata per la comparizione o versare le somme dovute in base all'accertamento con adesione entro 20 giorni dalla redazione dell'atto, oltre alle somme dovute in base all'atto di contestazione o al provvedimento di irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi dichiarativi. Il versamento può essere

effettuato in un'unica soluzione o ripartito in tre rate mensile su richiesta del contribuente⁸⁷.

Invece, la platea di soggetti che potranno avviare la procedura di Collaborazione Volontaria nazionale è più estesa. Infatti, a quest'ultima potrà essere avviata non solo dai contribuenti che detenevano illecitamente anche capitali all'estero, ossia i soggetti sopraccitati, ma anche quei contribuenti diversi (persone fisiche, enti non commerciali, società semplici ed equiparate) che sono comunque tenuti agli obblighi dichiarativi in ambito nazionale. Inoltre, sono ammessi anche i contribuenti non residenti nel territorio italiano che hanno violato gli obblighi dichiarativi.

Esistono due modi con cui la Collaborazione Volontaria nazionale può essere avviata. Nel caso in cui il contribuente intende avviarla per tutti i periodi d'imposta, egli deve comunicare:

- nella casella “internazionale” gli imponibili esclusivamente ottenuti in seguito alle violazioni degli obblighi di monitoraggio durante alcuni periodi d'imposta;
- nella casella “nazionale” gli imponibili connessi con gli investimenti e le attività illecitamente costituiti o detenuti all'estero riguardanti i periodi d'imposta non interessati nella fase precedente.

L'art. 5-*quater*, comma 1, del D.Lgs. 167/90 definisce anche l'ambito oggettivo riguardante le due tipologie di collaborazioni.

In merito alla collaborazione internazionale è possibile distinguere due tipi:

- un ambito oggettivo “proprio”: che comprende gli investimenti e le attività di natura finanziaria illecitamente costituiti o detenuti (anche indirettamente o per interposta persona) all'estero e i redditi non dichiarati, connessi a tali investimenti ed attività;
- un ambito di derivazione nazionale: che comprende gli imponibili non connessi con i predetti investimenti e attività di natura finanziaria ma che sono stati detenuti in modo illecito nel territorio italiano solo per i periodi d'imposta in cui è stata richiesta la collaborazione volontaria internazionale. L'obiettivo è sanare l'intera posizione fiscale del soggetto.

⁸⁷ Gazzetta Ufficiale - Legge 186/2014, 2014

Invece, il contribuente interessato ad avviare la Collaborazione Volontaria nazionale intende sanare la sua posizione fiscale ai fini delle imposte sui redditi e relative addizionali, delle imposte sostitutive delle imposte sui redditi, dell'imposta regionale sulle attività produttive e dell'imposta sul valore aggiunto, nonché le violazioni relative alla dichiarazione dei sostituti d'imposta, commesse fino al 30 settembre 2014.

L'art. 5-*quater*, comma 2, del D.Lgs. 167/90 sancisce la condizione per cui la collaborazione volontaria per entrambe le fattispecie non può essere avviata. A tal proposito lo stesso dispone che *“la facoltà di accedere alle procedure è preclusa qualora l'autore della violazione abbia avuto formale conoscenza dell'inizio degli accessi, delle ispezioni o verifiche, dell'inizio di altre attività amministrative di accertamento e della propria condizione d'indagato o d'imputato in procedimenti penali per violazione delle norme tributarie”*.

L'art. 5-*quinqües* del D.L. 167/90 espone gli effetti della procedura di collaborazione volontaria. Al fine d'incitare il contribuente ad autodenunciarsi, la disciplina della *Voluntary* offre diversi benefici in ambito:

- penale: in caso di commissione di reati tributari, il comma 1, del suddetto articolo decreta la non punibilità per i reati di omessa dichiarazione (art. 4 e 5 del D.Lgs. 74/00) e una pena ridotta fino alla metà per i reati di dichiarazione fraudolenta (art. 2 e 3 del D.Lgs. 74700).
- amministrativo: garantisce una riduzione delle sanzioni relative all'omessa compilazione del Quadro RW (art. 5- *quinqües*, comma 2, del D.L. 167/90, aggiunto dall'art. 1 del D.L. 4/2014), le quali corrispondono a:
 - una sanzione dal 3 al 15% dell'ammontare non dichiarati degli importi esteri o attività estere. Ma se collocati in Paesi Black list la sanzione raddoppia, e dunque aumenta da un minimo del 6% ad un massimo del 30%;
 - una sanzione fissa di 258 euro, in caso di dichiarazione presentata entro 90 giorni dal termine di scadenza.
 - una sanzione pari alla metà del minimo edittale delle sanzioni comminate per omessa dichiarazione del modulo RW se le attività vengono trasferite in Italia o in un Paese che consenta lo scambio di informazioni con

l'Italia, il c.d. Paesi della White list; le attività trasferite in Italia erano o sono detenute in un Paese della White list oppure in caso in cui l'autore della violazione rilascia all'intermediario finanziario, presso cui le attività finanziarie sono detenute, un'autorizzazione a trasmettere alle autorità finanziarie italiane tutti i dati oggetto di collaborazione volontaria ed allega copia di tale autorizzazione. Quindi le sanzioni saranno pari all'1,5% degli investimenti e attività detenuti all'estero, pari al 3% in caso di Paesi a fiscalità privilegiata⁸⁸.

I benefici amministrativi sanciti dal suddetto articolo, evidenziano come il luogo di detenzione dei capitali è una variabile cruciale per la determinazione delle sanzioni. Infatti, dall'art. 5-*quinquies* del D.L. 167/90 si evince che le sanzioni più vantaggiose saranno applicate per il contribuente che detiene i propri capitali in Stati o territori collaborativi, ossia in quei Paesi che hanno firmato entro il 2 marzo 2015 accordi di scambio d'informazioni con l'Italia⁸⁹. L'agevolazione fiscale perseguibile attraverso la procedura della *Voluntary Disclosure* ha spinto diversi Paesi ad accelerare il processo di adesione a tale principio O.C.S.E. Questo è il caso ad esempio della Svizzera.

Infatti, il 23 febbraio 2015 è stato siglato l'accordo tra Italia e Svizzera sullo scambio d'informazioni. Nello specifico il Governo italiano e il Consiglio Federale svizzero hanno siglato il Protocollo che modifica la Convenzione del marzo 1976 tra i due Paesi per evitare le doppie imposizioni, prevedendo da settembre 2018 lo scambio d'informazioni su richiesta ai fini fiscali secondo lo standard O.C.S.E. ponendo così fine al segreto bancario. In tal modo, la Svizzera esce definitivamente dai Paesi della *black list*. Il suddetto Protocollo pone le basi per rafforzare la cooperazione tra i due Paesi e per contrastare il fenomeno dell'evasione e dell'infedeltà fiscale⁹⁰.

Il contribuente decade dai benefici amministrativi e fiscali se non versa le somme dovute e le sanzioni entro il termine per la proposizione del ricorso o entro 20 giorni dalla redazione dell'accertamento con adesione.

I termini di accertamento sono decretati dall'art. 43 del D.P.R. 600/73 e subiscono una modifica per mezzo del D.Lgs. 128/2015. Il suddetto articolo nella sua versione

⁸⁸ Iorio – Il Gruppo 24 ore - 2014

⁸⁹ Parente & Tamburro, Il sole 24 ore – *Rientro capitali, slalom tra le trappole*, 2015

⁹⁰ Governo Italiano - Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2015

originaria, in vigore dal 4 aprile 2006 al 1 settembre 2015, sancisce che: *“gli avvisi di accertamento devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione. Invece, nei casi di omessa presentazione della dichiarazione o di dichiarazione nulla l’avviso può essere notificato entro il quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata. In caso di violazione di un reato tributario indicato dal D.Lgs. 74/00, i termini di accertamento sono raddoppiati”*. La versione aggiornata dello stesso disposto, in vigore dal 2 settembre al 27 dicembre 2015, riporta al disposto una sola modifica che riguarda i termini fissati per l’avviso di accertamento di violazione dei reati tributari. In tale situazione *“il raddoppio dei termini non opera più qualora la denuncia dell’Amministrazione finanziaria sia presentata o trasmessa oltre la scadenza ordinaria dei termini di cui ai commi precedenti”*.

Invece, l’art. 5-*septies* dispone che chiunque esibisce o trasmette, nell’ambito della procedura, atti o documenti falsi in tutto o in parte, ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero, è punito con la reclusione da 1 anno e 6 mesi a 6 anni.

2.2.6. LA LEGGE DI STABILITÀ 2016

La Legge di Stabilità 2016, approvata dal Governo italiano il 15 ottobre, convertita nella Legge 28 dicembre 2015, n. 208 - *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, (GU n.302 del 30-12-2015 – Suppl. Ordinario n. 70) ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2016, ha introdotto numerosi interventi legislativi che spaziano dal Fisco alla previdenza, dalle agevolazioni per le imprese alle norme sulla PA. Più nello specifico, gli interventi sul Fisco sono, come di consueto, particolarmente importanti. Ai fini del monitoraggio fiscale e della norma antiriciclaggio è possibile rilevare tre importanti modifiche. Queste riguardano:

- l’innalzamento del tetto al contante, che da 1.000 passa a 3.000 euro;
- i termini di accertamento;
- le sanzioni amministrative.

In merito ai termini di accertamento, la Legge di Stabilità riscrive l’art. 57 del D.P.R. n. 633/1972 sull’IVA e l’art. 43 del D.P.R. n. 600/1973 sulle imposte sui redditi. Più precisamente è previsto il seguente ampliamento dei termini:

- 5 anni, invece dei 4 successivi a quello in cui è stata presentata la dichiarazione per la notifica di avvisi relative alle rettifiche e agli accertamenti induttivi;
- 7 anni, invece dei 5 anni, decorrenti dall'anno in cui la dichiarazione doveva essere presentata, nel caso di omessa dichiarazione o presentazione di dichiarazione nulla, che vengono equiparate.

I nuovi termini di accertamento si applicano agli avvisi che si riferiscono al periodo d'imposta in corso alla data del 31 dicembre 2016 e successivi⁹¹. Mentre per i periodi d'imposta precedenti rimangono in vigore le disposizioni previgenti dettate dall'art. 43 del D.P.R. 600/73, aggiornato dalla L. 128/2015.

La Legge di Stabilità, in risposta all'allungamento dei termini di accertamento, ha abrogato la norma sul raddoppio dei termini in presenza dei reati tributari.

Infine, importanti modifiche sono state apportate nell'ambito delle sanzioni amministrative tributarie e penali. In modo particolare, la Legge di Stabilità 2016 decreta per l'anticipo di un anno dell'entrata in vigore delle nuove e più favorevoli misure sulle sanzioni amministrative tributarie, le quali sono state sancite dal D.Lgs. 158/2015 e che sarebbero dovute entrare in vigore dal 1° gennaio 2017 per mancanza di risorse in grado di garantire la copertura anche per l'anno 2016⁹².

Dunque, le sanzioni amministrative tributarie sono applicate già alle violazioni dei reati tributari commesse prima del 1° gennaio 2016 per il principio del *favor rei*⁹³, a condizione che il provvedimento che le irroga non sia già divenuto definitivo.

⁹¹ Fisco e Tasse - *Legge di Stabilità 2016: ampliati i termini di accertamento*, 2016

⁹² Fisco e Tasse - *Legge di Stabilità 2016: riforma delle sanzioni dal 2016, 2015*

⁹³ In merito alla questione del principio di *favor rei* portato anche nel settore tributario, interviene la Corte di Cassazione la quale per mezzo della Sentenza del 09/04/2008 n. 9217 afferma che: con la previsione di cui al D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 3, comma 3, il legislatore, disponendo "se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo" - ha (a far tempo dall'1/4/1998) esteso il principio del *favor rei* anche al settore tributario, sancendone l'applicazione retroattiva, all'unica condizione che il provvedimento sanzionatorio non debba qualificarsi "definitivo". Ciò comporta che - salvo il caso d'intervenuta definitività del provvedimento sanzionatorio - le più favorevoli norme sanzionatorie sopravvenute devono essere applicate, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio e, quindi, pure in sede di legittimità, atteso che, nella valutazione del legislatore, in ogni altro caso, la natura e lo scopo squisitamente pubblicistici del principio del *favor rei* devono prevalere sulle preclusioni derivanti dalle ordinarie regole in tema d'impugnazione. Ne consegue che ove (come nel caso di specie), persistendo controversia sull'andata della violazione tributaria, sussista ancora controversia sulla debenza delle sanzioni, di cui la violazione fiscale costituisce ineludibile presupposto, s'impone la necessità di applicare il sopravvenuto più favorevole regime sanzionatorio. Fisco e Tasse - Fonte Giuridica: Corte di Cassazione, 2008

3. CASO STUDIO: ANGIOLA ARMELLINI

Tra le numerose vicende rilevate dalla cronaca nazionale riguardanti il fenomeno dell'esterovestizione, la mia attenzione è stata rivolta all'episodio che vede coinvolta la signora Angiola Armellini, figlia del noto costruttore romano Renato, denominato il "re del mattone".

Diversi sono i motivi che mi hanno indotto a scegliere questo evento come oggetto di studio per il mio elaborato finale, tra cui prevale senza dubbio *l'exploit* mediatico che tale faccenda ha creato negli ultimi anni scuotendo l'intero sistema fiscale italiano e indignando l'opinione pubblica. Infatti, almeno per quanto riportato da rilevanti periodici nazionali, la signora Armellini è accusata di aver occultato al Fisco un capitale dal valore di due miliardi di euro⁹⁴. Qualora quanto riportato dall'accusa e dal periodico fosse vero, è possibile ammettere che il caso Armellini è uno dei più rilevanti tra le storie d'evasioni fiscali finora sollevate per l'ingente importo di capitali sfuggiti all'imposizione fiscale nazionale. Tant'è vero che sarebbe iscritta di diritto agli annali degli evasori più impavidi degli ultimi tempi. La signora Armellini è ricondotta al fenomeno d'esterovestizione poiché sospettata di aver costruito un'articolata struttura societaria al fine di nascondere al Fisco i propri capitali detenuti nei cosiddetti Paesi a fiscalità privilegiata, come il Principato di Monaco, il Lussemburgo, la Svizzera, le Bahamas, la Nuova Zelanda e il Jersey.

3.1. ELEMENTI DESCRITTIVI DEL CASO DI SPECIE RIGUARDANTE ANGIOLA ARMELLINI

L'indagine della Guardia di Finanza che ha condotto la signora Armellini al processo contenzioso, ha inizio nell'ottobre del 2012 in seguito a una segnalazione della Procura della Repubblica di Roma. L'indagine, denominata "*all black*" e terminata il 20 gennaio del 2014, ha indotto le autorità competenti a porre a carico della signora Armellini l'accusa di associazione a delinquere finalizzata all'evasione fiscale. Dalla suddetta indagine, la Guardia di Finanza ha scovato 1243 immobili di proprietà della signora Armellini presenti a Roma e che, secondo l'accusa, ha intenzionalmente nascosto al Fisco per mezzo di un'articolata struttura societaria diramata in Paesi a fiscalità privilegiata e sui quali sono rivendicati i pagamenti di Ici e Imu su un

⁹⁴ Ansa.it - Cronaca - Frode al Fisco da 2 mld, denunciata figlia Armellini, 2014

patrimonio immobiliare del valore di due miliardi di euro. In conformità a quanto rilevato, la signora Armellini è accusata di “omessa dichiarazione dei redditi” (art. 5 del D.Lgs. 74/2000) e “dichiarazione infedele” (art. 4 del D.Lgs. 74/2000).

Angiola Armellini, come emerge dall’indagine, pare abbia creato un’articolata struttura societaria, formalmente riferibile a un prestanome ovvero ad una società fiduciaria ubicata in Lussemburgo, ma di cui lei appare come l’amministratrice di fatto pur non comparando in alcun documento societario.

Inoltre, secondo le Fiamme Gialle, la signora Armellini ha trasferito la propria residenza fiscale, con annessi i suoi capitali, in Stati a fiscalità privilegiata, tra cui ad esempio il Principato di Monaco, il Lussemburgo e Panama, pur risultando residente di fatto in appartamenti nel centro di Roma⁹⁵. Solo nel 2010 decide di far rientrare in modo effettivo la propria residenza in Italia.

Le società a lei imputabili sono all’incirca venti, tra cui la Lemon Green, Chameron, Chaloron con annesso le varie controllate, amministrato quest’ultime fino a dicembre 2013 da Jean Faber. Le società appena citate, seppur trasferite in Lussemburgo, dagli accertamenti si sono rilevate in regola. Infatti, la signora Armellini dichiara di aver pagato sempre le imposte sia sui redditi sia sull’Irap in Italia. Inoltre, nel 2008 scelse di aderire al meccanismo dello Scudo Fiscale versando 3,6 milioni di euro per far rientrare in Italia le società estere, affidandole ad un *trust*.

A catturare l’attenzione dei magistrati e della Guardia di Finanza e a sollevare le accuse a suo carico, sono due sue società, quali la Grand Baie e Sorol. Infatti, secondo l’accusa sono queste le società attraverso cui la signora Armellini ha approfittato delle facilitazioni tributarie e che sono risultate finalizzate a schermare i numerosi immobili posseduti nella capitale italiana. Ad aver fatto scattare le indagini da parte delle autorità competenti, è l’ingente compenso versato nei confronti della signora Armellini. Infatti, seppur ufficialmente compariva come una semplice consulente societaria, il suo compenso equivaleva a 200.000 euro l’anno⁹⁶.

Dai risultati giunti per mezzo di appositi accertamenti, Angiola Armellini tuttora è indagata per una frode al Fisco pari a due miliardi di euro.

⁹⁵ Rai news.it - *Indagata angiola armellini: 1.243 immobili non dichiarati al Fisco*, 2014

⁹⁶ Turano, *L'Espresso.repubblica.it - Angiola Armellini, vita e opere di Lady No Tax*, 2014

3.2. I POSSIBILI ELEMENTI SINTOMATICI DELL'ESTEROVESTIZIONE NEL CASO ARMELLINI

La fattispecie oggetto di analisi, finalizzata all'individuazione di possibili elementi sintomatici dell'esterovestizione, riguarda la corretta individuazione della residenza fiscale di Angiola Armellini e del "place of effective management" delle società a lei imputate, quali Grand Baie e Sorol.

In seguito a specifiche indagini, l'amministrazione finanziaria sospetta che la signora Armellini sia sempre stata la titolare effettiva delle suddette società con sede legale in Lussemburgo le quali, sempre secondo il parere dell'accusa, sono state costituite con l'intento di schermare i numerosi immobili di proprietà della stessa. Ed è questo l'oggetto specifico cui si circoscrive l'indagine condotta dalle autorità competenti con riferimento ai soli periodi d'imposta che decorrono dal 2003 fino al 2012.

Al fine di ricercare elementi indicativi che possano giustificare l'accusa mossa nei confronti dell'indagata, è necessario individuare la fattispecie oggetto di controversia in modo da poter focalizzare le normative a cui si dovrà far riferimento.

A tal proposito, è possibile ammettere che la residenza fiscale è circoscritta alla fattispecie della persona fisica. Pertanto, la residenza potrà essere accertata avendo come norma di riferimento l'art. 2, comma 2, del T.U.I.R., il quale prevede: *"Ai soli fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta, sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile"*.

Inoltre, per i periodi d'imposta che decorrono dal 1999 è possibile accertare la residenza fiscale di una persona fisica facendo riferimento anche alla disciplina dettata dal subentrato comma 2-bis, dell'art. 2, del T.U.I.R.. La predetta disposizione ha introdotto la presunzione legale della residenza fiscale in Italia per tutti i contribuenti trasferiti nei Paesi a bassa o nulla fiscalità, i c.d. Paesi della *black list* di cui al D.M. 4 maggio 1999, riconoscendo però al contribuente la possibilità di presentare la prova contraria, ossia ha diritto a fornire all'amministrazione finanziaria qualsiasi documento o fatto idoneo a dimostrare la sua effettiva residenza nel Paese a bassa fiscalità.

Nel caso specifico di Angiola Armellini, secondo la descrizione dei fatti presentata da importanti periodici, si potrebbe ipotizzare che l'amministrazione finanziaria ha iniziato le indagini avvalendosi proprio della disciplina riguardante la presunzione legale della residenza in Italia. Infatti, le autorità competenti hanno rilevato durante le indagini che la signora Armellini ha trasferito la propria residenza fiscale in più Paesi, come il Principato di Monaco, le Bahamas e il Jersey, i quali rientrano tutti nel novero dei Paesi della *black list*. Inoltre, la presunzione è rafforzata dall'esito di un accertamento effettuato dalla Guardia di Finanza che ha permesso di riscontrare l'effettivo domicilio della signora Armellini, ai sensi dell'art. 43, comma 2, del codice civile, "dapprima in un'ampia villa all'Eur e successivamente, in un lussuoso appartamento su due piani intestato a società lussemburghesi, un attico e superattico nel centro di Roma che non era classificato come civile abitazione"⁹⁷. Tale rilevanza, qualora fosse vera, dimostrerebbe l'effettiva residenza in Italia dell'indagata ai sensi dell'art. 2, comma 2, del T.U.I.R..

La rilevanza del domicilio non dichiarato al Fisco in Italia e la sua dimora localizzata in posti non classificati ad uso abitativo, farebbe altresì presumere l'esplicito intento della signora Armellini di voler nascondere il proprio domicilio al Fisco in modo da rafforzare la credibilità del trasferimento della sua residenza nei Paesi della *black list*, al fine ultimo di non creare sospetto nelle autorità competenti di situazioni d'evasione fiscale e quindi trovare un alibi che giustificasse la non tassazione dei propri capitali alla rigida imposizione nazionale. Qualora il suddetto accertamento fosse vero, il trasferimento della residenza fiscale della signora Armellini sarebbe fittizio e pertanto si solleverebbe l'ipotesi della creazione di uno stratagemma finalizzato all'evasione fiscale, di conseguenza, la signora Armellini sarebbe considerata un "soggetto esterovestito".

Al fine di temprare l'ipotesi secondo cui la signora Armellini intenda rendere credibile il trasferimento della sua residenza fiscale in Lussemburgo per non destare alcun sospetto da parte delle autorità competenti d'ipotetiche situazioni d'evasione fiscale, potremmo appellarci anche al fatto che la signora abbia trasferito in Lussemburgo i propri figli e per dimostrarlo li avrebbe iscritti regolarmente presso istituti di formazione locale. La presenza della famiglia in uno dei Paradisi Fiscali

⁹⁷ Il sole 24 ore - Aveva 1.243 case e non le dichiarava: per Angiola Armellini evasione da 2 miliardi, 2014

rappresenta, ai sensi della circolare 304/E del 1997, una prova valida da parte del contribuente per dimostrare all'amministrazione finanziaria la sua effettiva residenza in quel luogo. Tuttavia, qualora le indagini della Guardia di Finanza riguardanti l'accertamento dell'effettivo domicilio della signora in Italia fossero esatte, è possibile ipotizzare che il trasferimento della famiglia in Lussemburgo sia un ulteriore tentativo posto in essere da Angiola Armellini per non far dubitare della veridicità del trasferimento della sua residenza fiscale in Lussemburgo in modo da rendere lecito l'assoggettamento dei propri capitali all'imposizione privilegiata del Paese in cui risulta residente. Infatti, solo qualora la signora Armellini riuscisse a fornire prova contraria dell'accusa a lei imputata, dimostrando che il suo trasferimento in Lussemburgo non è fittizio, tutti i sospetti a suo carico decadrebbero.

Completata la discussione riguardante l'effettiva residenza della signora Armellini, l'analisi per accertare la configurabilità di un'ipotetica situazione di esterovestizione prosegue con riguardo alle società a lei imputate, ossia Grand Baie e Sorol. Infatti, queste ultime hanno catturato l'attenzione dell'amministrazione finanziaria e dai controlli effettuati dalle autorità competenti sulle complesse strutture societarie lussemburghesi, è stato possibile ricollegarle ad Angiola Armellini. È da questo momento che la signora diventa una dei maggiori sospettati di evasioni fiscali per estensione dei capitali sottratti al Fisco nazionale.

In linea generale, per stabilire se una società costituita all'estero abbia la sede dell'amministrazione in Italia occorre aver riguardo alla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale o apparente. In altri termini, si deve considerare non solo la posizione degli amministratori di diritto, ossia i soggetti ai quali l'atto costitutivo o lo statuto attribuisce il potere di amministrare la società o l'ente, ma anche il ruolo dei soggetti che effettivamente impartiscono gli impulsi volitivi,⁹⁸ i c.d. amministratori di fatto. Sulla base di quanto affermato e al fine di accertare la sussistenza di una situazione di fatto reale in contrapposizione a quella formale della localizzazione all'estero, è necessario analizzare in modo analitico lo statuto di entrambe le società, in modo da poter verificare quando e come la società è stata istituita, gli amministratori che detengono il potere della gestione della società

⁹⁸ Sacchetto, *Esterovestizione Societaria*, G. Giapicchelli, 2013, p. 106

e successivamente quando è avvenuto il trasferimento in Italia e gli effetti che ha avuto sulla società.

È stato possibile rinvenire alcune informazioni cruciali delle due società oggetto di analisi mediante la consultazione dell'archivio di un giornale ufficiale del Granducato del Lussemburgo⁹⁹. Per mezzo di quest'ultimo è stato possibile sapere che:

- la Sorol S.A. è stata istituita il 22 febbraio del 1994 e si è presentata come una società anonima (S.A.) di diritto lussemburghese. Il 26 ottobre del 1999, attraverso il voto unanime dell'assemblea straordinaria, la sua sede è stata trasferita a Roma;
- la Grand Baie S.A. è stata costituita il 10 luglio del 1997, anch'essa si presenta come società anonima di carattere personale di diritto lussemburghese. La sua sede legale è stata trasferita a Roma l'11 dicembre del 2013.

Inoltre, il predetto archivio contiene gli statuti e i verbali delle assemblee istituite in Lussemburgo a decorrere dal 1997. Pertanto, considerata la data di costituzione delle due società, è stato possibile recuperare lo statuto solo della Grand Baie, in quanto la sua costituzione è avvenuta esattamente nel 1997, contrariamente all'istituzione di Sorol avvenuta negli anni precedenti. Pertanto, proveremo ad individuare gli ipotetici elementi sintomatici per la configurabilità dell'esterovestizione nel caso oggetto di studio analizzando unicamente lo statuto della holding lussemburghese Grand Baie S.A..

In *primis*, la mia attenzione è stata catturata dalla localizzazione geografica delle due società che detengono il capitale sociale della Grand Baie, quali la DAEDALUS OVERSEAS INC. con sede a Panama e la ACCA-MBA con sede nelle Isole Vergini britanniche. È possibile notare come entrambe hanno la propria sede legale nei c.d. Paradisi fiscali come decretato dal D.M. 4 maggio del 1999. Questo porterebbe a ipotizzare la presunzione legale nei riguardi della persona che si cela dietro a tale struttura societaria, se fosse semplice la sua individuazione.

Infatti, discutibile è la tipologia di forma giuridica adottata dalla Grand Baie, quale quella di società anonima (S.A.), poiché quest'ultima fonda su un capitale che si

⁹⁹ Jornal Officiel de Grand Duchè de Luxembourg

presenta talmente frazionato da rendere difficile l'individuazione del titolare effettivo. Inoltre, tale identificazione è ancora più difficile a causa della normativa tipica dei Paesi della *black list* riguardante il trasferimento delle azioni. Infatti, l'ordinamento legislativo sia del Lussemburgo sia di Panama sia delle Isole Vergini britanniche ammette la possibilità per le società anonime di trasferire le azioni al portatore, ossia senza specificare il titolare dell'azione. Ciò permette al titolare effettivo, che si cela dietro la *holding*, di avvalersi di un prestanome. Caso particolare è garantito da Panama, poiché quest'ultima ha modificato la disciplina riguardante il trasferimento dei titoli societari al portatore mediante l'approvazione della legge n. 47 del 6 agosto 2013. Al fine di uniformarsi ai principi internazionali dell'O.C.S.E riguardanti la trasparenza delle informazioni e con l'intento di non eliminare totalmente il trasferimento delle azioni al portatore, ha introdotto la figura professionale del custode. Il soggetto giuridico potrà continuare a trasferire i titoli al portatore con l'unico obbligo di presentare le sue generalità al custode, quindi, quest'ultimo sarà l'unico a conoscere le generalità del titolare effettivo di una specifica azione ma dovrà darne comunicazione solo nel momento in cui gli sarà fatta esplicita richiesta da autorità competenti in determinate circostanze, quale ad esempio il sospetto di situazioni di riciclaggio.¹⁰⁰

Proseguendo l'analisi dello statuto è possibile costatare come la Grand Baie si presenta come una società anonima con azioni al portatore di diritto lussemburghese che è stata istituita con la qualifica di "holding del 1929", ossia dichiara esplicitamente di voler beneficiare del regime fiscale privilegiato garantito alle società che sorgono in uno degli Stati appartenenti alla *black list*, come appunto è il Granducato del Lussemburgo. Tra i benefici fiscali riconosciuti, vi è l'esclusione da qualsiasi forma d'imposizione diretta sul reddito prodotto¹⁰¹. Poiché esenti da ogni tipo di tassazione, eccezione fatta per il diritto di conferimento e la tassa di abbonamento, le holding '29 possono sempre effettuare la distribuzione di dividendi e di interessi in esenzione da ritenute alla fonte e non sono tassate per gli utili e le plusvalenze realizzate. Vale la pena precisare che, in virtù del proprio regime fiscale privilegiato, le holding '29 non possono aspirare all'applicazione dei trattati sulla

¹⁰⁰ Leo, *La nuova legge panamense sulle azioni al portatore: una strada alternativa verso la compliance internazionale*, 2014

¹⁰¹ Agenzia delle Entrate - Risoluzione n. 345/E, 2008

doppia imposizione conclusi tra il Lussemburgo e altri paesi (applicabili alle società " pienamente imponibili "), né tantomeno beneficiare dell'applicazione della direttiva UE relativa alle società madri-figlie residenti nei paesi dell'Unione Europea¹⁰².

Le società con sede in Lussemburgo hanno potuto godere dell'agevolazione privilegiata, garantita dalla qualifica di "holding '29", fino a quando il Granducato del Lussemburgo è uscito in modo definitivo dalla *black list* con il D.M. 21 novembre 2001.

La suddetta uscita del Lussemburgo ha comportato numerosi vantaggi ai contribuenti in termini di minore comunicazione delle operazioni realizzare con il Granducato da operatori italiani e di sanzioni più leggere per la mancata dichiarazione nel modello RW di attività detenute in Lussemburgo. Infatti, l'ordinamento lussemburghese si allinea agli standard internazionali riguardo allo scambio d'informazioni e si sottrae alle direttive rivolte ai Paesi ancora annessi alla *black list*. Tant'è vero che, inseguito al suddetto decreto ministeriale, sono espunte dalla "black list" fiscale italiana le società holding lussemburghesi disciplinate dalla locale legge del 31 luglio 1929, c.d. "holding del '29"¹⁰³ e per il Lussemburgo decade il segreto bancario e non è più applicabile il raddoppio delle sanzioni e dei termini per l'accertamento previsto dal D.Lgs. 78/2009¹⁰⁴.

Lo statuto mostra anche la composizione dell'assemblea e a tal riguardo ammette la nomina di tre amministratori, i quali risiedono tutti nei pressi del Lussemburgo, e un commissario, quale la società civile FIDUCIAIRE GENERALE DE LEXEMBOURG, con sede in Lussemburgo. Ed è proprio la presenza di questa società fiduciaria a mettere in dubbio la reale operatività della società Grand Baie. Infatti, il contribuente che detiene attività all'estero e ha intenzione di schermare le proprie attività continuando a poterne disporre e godere dei proventi che ne derivano pur non risultando essere l'intestatario formale, deve necessariamente ricorrere a una società fiduciaria estera, poiché quest'ultima risulta essere intestataria puramente formale delle attività avendo l'obbligo di mantenere il riserbo sull'identità nei confronti di terzi non aventi titolo a conoscere il titolare effettivo. In questo modo, quest'ultimo riesce a sottrarre i propri capitali alla rigida imposizione nazionale,

¹⁰² CEC - MEF - Lussemburgo

¹⁰³ Il Fisco e tasse - Il Lussemburgo esce dalla Black list, 2015

¹⁰⁴ Tamburro, Il sole 24 ore: *Black list senza il Lussemburgo*, 2014

poiché fittiziamente essi fanno capo ad una società fiduciaria estera e fino a quando non è smascherata la costituzione fittizia della stessa, i capitali saranno soggetti all'imposizione spesso agevolate del Paese in cui sono collocati.

Importante è definire l'espressione "attività detenute all'estero" e a tal riguardo interviene la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 134/E del 2002, la quale include in quell'espressione anche gli immobili ubicati in Italia posseduti per il tramite della fiduciaria estera o di un soggetto interposto residente all'estero.

Nel caso specifico di Angiola Armellini, la Guardia di Finanza ha scovato 1243 immobili ubicati tutti nella regione del Lazio ma formalmente riconducibili a varie società di diritto estero con sede legale in Lussemburgo¹⁰⁵.

La scoperta di tali immobili ha permesso di dubitare dell'effettiva operatività della società fiduciaria con sede in Lussemburgo sollevando il sospetto che la sua istituzione aveva come unica finalità quella di schermare i suddetti immobili.

Nel 2013, l'assemblea straordinaria della Grand Baie S.A. ha deciso con voto unanime di trasferire, in regime di continuità giuridica, la propria sede legale dal Granducato di Lussemburgo all'Italia, assumendo la denominazione di Grand Baie s.p.a., assoggettandola alla legge italiana.

La dottrina nella fattispecie del trasferimento della sede di una società dal Lussemburgo in Italia, ammetterà sempre la continuità giuridica, ossia non c'è la nascita di un nuovo ente societario in Italia ed è per tale motivo che il verbale dell'assemblea straordinaria che attesta la votazione unanime per il suddetto trasferimento riporta che quest'ultimo avverrà senza alcun effetto sulla personalità legale della società che continua senza alcuna liquidazione. Questo ammette la non cessazione della medesima società in Lussemburgo.

La giurisprudenza di merito ha sostenuto che il trasferimento in Italia di una società lussemburghese non determina il sorgere di una nuova società, ma il trasferimento di un soggetto già esistente anche per il nostro ordinamento (Trib di Pordenone, 28.09.1990)¹⁰⁶.

Il trasferimento della sede legale dal Lussemburgo in Italia e l'assoggettamento della società alla legge italiana hanno permesso la nomina ufficiale di alcune personalità professionali italiane, tra cui fondamentale è quella di Angiola Armellini, nominata

¹⁰⁵ Rai news.it - indagata angiola armellini: 1.243 immobili non dichiarati al Fisco, cit.

¹⁰⁶ Cammilleri & Azzaretto, Gruppo 24 ore – Il trasferimento in Italia della sede di una società estera.

come *advisor* della società. Tuttavia, secondo l'accusa e quanto apportato dai giornali, la Guardia di Finanza ha rilevato dai bilanci della società che il suo compenso equivaleva a circa 200.000 euro l'anno, stipendio troppo elevato per svolgere esclusivamente l'incarico di un consulente societario. Questa rilevazione ha mosso i sospetti in merito alla trasparenza dichiarativa della signora Armellini. Infatti, un simile stipendio spetterebbe al soggetto che detiene il potere di gestire una società che detiene capitali pari a quelli rilevati dalle autorità competenti nel corso dell'indagine e imputati ad Angiola Armellini. In conformità a quanto è stato appena affermato, le Fiamme Gialle considerano Angiola Armellini "l'amministratrice di fatto" dell'articolata struttura lussemburghese. Pertanto, la non presenza all'interno dello statuto originario della *holding* lussemburghese del suo nominativo tra gli amministratori e successivamente la sua figura professionale minimizzata a quella di semplice consulente potrebbero giustificare i sospetti mossi dall'accusa, ossia la signora Armellini ha utilizzato la holding lussemburghese per schermare le proprie attività detenute in Italia.

La disciplina tributaria, e in particolare l'art. 62 del D.P.R. 600/73, offre un esplicito riferimento normativo alla figura dell'amministratore di fatto, laddove sancisce che la rappresentanza dei soggetti diversi dalle persone fisiche "*quando non sia determinabile secondo la legge civile, è attribuita ai fini tributari alle persone che ne hanno l'amministrazione anche di fatto*"¹⁰⁷.

¹⁰⁷ La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che il principio dell'equiparazione dell'amministratore di diritto a quello di fatto è stato pienamente accolto dal legislatore in occasione della riforma del diritto societario, con la novella dell'art. 2392 c.c., che individua una posizione di garanzia dell'amministratore in quanto tenuto a conservare il patrimonio sociale e ad impedire che si verificino danni per la società e i terzi.

E sebbene tale norma risulti riferita esplicitamente ai reati societari previsti dal Codice civile (come, ad esempio, il delitto di false comunicazioni sociali ex art. 2621-bis c.c.), pone un principio di carattere generale applicabile anche ad altri settori penali. Tale principio inciderebbe sulla configurabilità della responsabilità penale a titolo di concorso dell'amministratore di fatto non solo con riferimento ai reati commissivi, bensì anche a quelli omissivi propri.

La portata del sopracitato principio è esplicitata in una ulteriore pronuncia della S.C. (cfr. Cass. Pen. Sez. III, sentenza 10.06.2011 n. 23425) in cui è stata affermata la responsabilità penale dell'amministratore di fatto per la mancata presentazione della dichiarazione dei redditi dell'azienda, unitamente a quella del rappresentante legale, ritenuto solo un corresponsabile a titolo di dolo eventuale nel reato omissivo.

Nel caso di specie è stato sostenuto che sotto il profilo soggettivo il prestanome risponde del reato a titolo di dolo eventuale, in quanto, proprio perché escluso di fatto dalla gestione della società, ha assunto la carica accettando anche i rischi connessi. Centro studi sulla fiscalità internazionale - *La responsabilità tributaria dell'amministratore di fatto*, 2015

Su tale ipotesi, la signora Armellini dovrebbe rispondere dinanzi alle autorità competenti delle accuse in merito ai reati di falsa e di omessa dichiarazione.

Fino a questo momento sono poche le notizie divulgate pubblicamente riguardanti lo sviluppo del caso di Angiola Armellini ed è per tale motivo che, per lo sviluppo del caso, sono state presentate ipotetiche congetture al fine di rilevare elementi sintomatici dell'esterovestizione. Le notizie finora divulgate dai periodici nazionali sono che, sulla base delle rilevanze accertate dalle autorità competenti, è stato avviato un contenzioso tributario che vede coinvolta la signora Armellini e l'amministrazione finanziaria e il cui oggetto di controversia riguarda gli immobili scovati dalla Guardia di Finanza imputati all'indagata il cui valore, secondo l'accusa, ammonta a 2 milioni di euro. Nel corso del contenzioso i legali della signora Armellini sono riusciti a dimostrare che il reale valore monetario degli immobili imputati alla loro cliente è inferiore a quanto stato dichiarato dall'accusa. Infatti, essi sono riusciti a far valere i 6,3 milioni di euro già versati nelle casse dello Stato da parte della signora Armellini per mezzo dei dieci scudi fiscali presentati tra il 2008 e il 2009 al fine di far rientrare in Italia le società detenute all'estero, intestandole ad un trust.

Pare che il processo si stia concludendo con un patteggiamento che imputa alla signora Armellini una sanzione pecuniaria pari a 26-27 milioni di euro per mancata dichiarazione dei redditi più un'altra decina per altri episodi di evasione. Per quanto riguarda le imposte Imu e Ici, il loro ammontare è ancora in fase ancora di accertamento¹⁰⁸.

¹⁰⁸ (Blizquotidiano: *Angiola Armellini, lady 1200 case: paga 50 milioni su 2 miliardi di evasione*, 2014)

CONCLUSIONE

L'unificazione dei mercati, avvenuta nel lontano 1956 e basata sul principio comunitario della libera circolazione dei capitali, ha determinato l'insorgere del fenomeno dell'esterovestizione.

Dalla sua genesi quest'ultima è considerata come una nuova forma di evasione fiscale di difficile individuazione da parte del Fisco e che con l'avvento della globalizzazione economica avrebbe raggiunto un carattere internazionale. Determinata la sua estensione, l'esterovestizione è un problema che preoccupa tutti i diversi ordinamenti legislativi. Pertanto, di comune accordo, le autorità competenti hanno deciso di reagire senza indugio al fenomeno introducendo delle normative atte a contrastarlo. Per tale motivo, nel 1990 l'ordinamento italiano propone la disciplina del monitoraggio fiscale. Nonostante l'immediatezza delle reazioni proposte dai diversi Stati all'esordio del fenomeno, l'esterovestizione non sembra essere arrestata. Infatti, le notizie riguardanti il suddetto argomento occupano sempre più spazio all'interno della cronaca nazionale, vendendo coinvolte importanti personalità pubbliche e rilevanti realtà imprenditoriali del nostro Paese.

Le autorità competenti di fronte a tale allarmismo e di fronte a questi primi insuccessi legislativi non si sono lasciate abbattere anzi hanno approfittato dell'emergere dei suddetti episodi per ampliare e perfezionare la propria normativa ostativa includendo le nuove fattispecie in cui il fenomeno si è manifestato.

Dall'analisi evolutiva riguardante le numerose modifiche che hanno stravolto la disciplina del monitoraggio fiscale emanata nel 1990 è possibile ammettere l'effettivo impegno dell'ordinamento italiano, con l'ausilio delle autorità sovranazionali ed internazionali, di fronteggiare concretamente il problema. Dunque, l'inarrestabile corsa dell'esterovestizione non è da imputare a mio avviso ad alcuna negligenza legislativa. Bensì è ravvisabile nelle numerose sfaccettature con cui essa può manifestarsi e nell'abilità del contribuente di manipolare le normative, messe a sua disposizione dai diversi ordinamenti legislativi, al fine di perseguire un beneficio fiscale a discapito del Fisco italiano.

Infatti, dei risultati più concreti sono ottenuti quando l'ordinamento italiano decide di affiancare all'attività di monitoraggio fiscale uno strumento che incoraggi il contribuente, trasgressore delle norme tributarie nazionali, ad autodenunciarsi in

modo da poter regolarizzare o rimpatriare i propri capitali in Italia godendo di agevolazioni sanzionatorie in ambito sia fiscale sia amministrativo. Inizialmente, tale meccanismo era promosso per mezzo dello Scudo Fiscale ma recentemente e in modo più apprezzato dall'opinione pubblica è stata promossa la *Voluntary Disclosure*.

In modo simile allo Scudo fiscale, per mezzo della Collaborazione Volontaria il governo italiano prova ad incitare il contribuente ad legalizzare la propria situazione fiscale garantendogli dei benefici sanzionatori in ambito sia penale sia amministrativo. Allo stesso tempo però, mette alle strette il contribuente dichiarando che per chi ha commesso la fattispecie di evasione fiscale entro il 31 dicembre 2014 e non ha aderito allo strumento agevolativo della *Voluntary*, qualora scoperto dalle autorità competenti, sarà soggetto a rigide pene sanzionatorie. L'ultimatum della *Voluntary* in aggiunta al principio dettato dall'art. 26 dell'O.C.S.E. riguardante lo scambio d'informazione automatico multilaterale, sembra essere il risultato positivo e concreto dell'evolversi della disciplina nazionale per rispondere al proliferarsi dell'esterovestizione.

Almeno su "carta", la disciplina della *Voluntary* ha tutti i presupposti per indurre a credere che essa sia un adeguato strumento per frenare il fenomeno oggetto di analisi, tant'è vero che la previsione governativa prospetta un gettito fiscale pari a 3,4 miliardi di euro¹⁰⁹. Inoltre, la suddetta disciplina ha avuto un consenso positivo da parte del mondo dei contribuenti poiché appare finalizzata a creare un sistema di giustizia più equo, atto a condannare chi si sottrae all'imposizione fiscale nazionale. Tuttavia, il lungo *excursus* evolutivo della normativa ostativa tributaria induce a dubitare dell'effettiva applicabilità della stessa poiché, fino a questo momento, il contribuente si è rivelato sempre capace di trovare un *escamotage* che gli permettesse di sottrarsi alla disciplina a lui imputata. Nonostante ciò, spero che questa nuova disciplina riesca, almeno in parte, a trovare un effettivo riscontro nella realtà nazionale al fine di arginare concretamente il fenomeno dell'esterovestizione in modo da permettere al Fisco di riconquistare la fiducia e l'autorevolezza agli occhi degli italiani.

¹⁰⁹ Melis, *Una voluntary* da oltre 4 miliardi, Il sole 24 ore, 29 novembre 2015

BIBLIOGRAFIA

Biondani, *Quello scudo fiscale in regalo agli evasori*, l'Espresso, 12 febbraio del 2015

Brusaterra, M. (2012). *Capital Gain*. Giuffrè.

Bussi, Parente , & Moraglio , *Rientro dei capitali, la «voluntary disclosure» in dieci mosse*, il Sole 24 ore, 10 febbraio 2015

Dragonetti, A., Piacentini, V., & Sfondrini, A. (2008). *Manuale di Fiscalità Internazionale*. Ipsoa.

Melis , *Una voluntary da oltre 4 miliardi*, Il sole 24 ore, 29 novembre 2015

Orlandini , A. (1995). *Il monitoraggio fiscale*, Maggioli.

Parente & Tamburro, *Il sole 24 ore – Rientro capitali, slalom tra le trappole*, 2015

Righini, A. (2006). Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale in corso d'anno. *Il Fisco* (13).

Sacchetto, C. (2013). *Esterovestizione Societaria*. (M. Bargagli, M. Carrozzino , F. Montalcini, C. Sacchetto, M. Thione, & L. Vaccaro, A cura di) G. Giappichelli.

Sacchetto, C., & Bergagli, M. (2013). *Esterovestizione societaria: disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*. G. Giappichelli.

Santamaria, M. (2009). *Fiscalità Internazionale*. Giuffrè.

Sapranzetti, D. (2015). *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e voluntary disclosure*. Giuffrè.

Tamburro, V. (2015). Sistema di tassazione degli utili societari nei gruppi di società nel diritto italiano e statunitense. Tesi di Dottorato XXVII ciclo, LUISS Guido Carli.

Tamburro, *Black list senza il Lussemburgo*, Il sole 24 ore, 2014

Tamburro, *La "voluntary" vince sullo scudo*, Il sole 24 ore - Norme e Tributi - Fisco Internazionale, 2015

Valente , P. (2008, 11 3). L'Europa tira i fili su Iva e dirette. *Il sole 24 ore - Norme e Tributi* - , p. 5.

Valente , P., & Mattia, S. (2008, 06 9). *Imponibile consolidato: diretta contro l'evasione*, Il sole 24 ore .

Valente, P. (2014). *Elusione fiscale internazionale*, Ipsoa.

Valente, P. (2013). *Esterovestizione e residenza*. Ipsoa.

SITOGRAFIA

(s.d.). Tratto da camera dei deputati:

<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/07231dl.htm>

ABI Associazione Bancaria Italiana. (s.d.). Tratto da Associazione Bancaria Italiana:

<http://www.abi.it/Pagine/ABI/Storia.aspx>

Agenzia delle Entrate - Circolare n. 10/E. (2015, 03 13). Tratto da

http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Documentazione/Provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/Circolari/Archivio+circolari/Circolari+2015/Marzo+2015/Circolare+10E+del+13+marzo+2015/Circolare+10+del+13+marzo+2015_con_allegati.pdf

Agenzia delle Entrate - Circolare n. 28/E. (2012). Tratto da

<http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/wcm/connect/3e3d10004bd500bbb110f7ad8102fe77/Cir02.07.12.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3e3d10004bd500bbb110f7ad8102fe77>

Agenzia delle Entrate - Circolare n. 38/E. (2013, 12 23). Tratto da

<http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/nsilib/nsi/documentazione/provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/circolari/archivio+circolari/circolari+2013/dicembre+2013/circolare+n.+38e+del+23+dicembre+2013/circolare%2B38ex.pdf>

Agenzia delle Entrate - Risoluzione n. 345/E del 5 agosto 2008. (2008, 08 5). Tratto da

<http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/nsilib/nsi/documentazione/provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/risoluzioni/archivio+risoluzioni/risoluzioni+2008/agosto+2008/risoluzione+n+345+2008/ris+345e+del+05-08-2008.pdf>

Agenzia dell'Entrate. (s.d.). Tratto da

<http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Home/CosaDeviFare/Versare/Imposta+sulle+transazioni+finanziarie/SchedaInfo+Imposta+transazioni+finanziarie/Soggetti+passivi+Imposta+transazioni+finanziarie/>

Ansa.it - Cronaca - Frode al Fisco da 2 mld, denunciata figlia Armellini. (2014, 01 23). Tratto da

http://www.ansa.it/web/notizie/rubriche/cronaca/2014/01/20/Proprietaria-1-243-immobili-indagata-Angiola-erede-Armellini_9932578.html

Arena, M. (2011, 12 4). *Le modifiche del d. lgs. 74/2000: stretta sui reati tributari*. Tratto da

http://www.reasisocietari.it/index.php?option=com_content&view=article&id=562:le-modifiche-al-dlg-742000-stretta-sui-reati-tributari&catid=1&Itemid=127

Banca d'Italia - Glossario. (2011, 01 17). Tratto da

<http://www.borsaitaliana.it/bitApp/glossary.bit?target=GlossaryDetail&word=Margine%20Operativo%20Lordo>

Bankpedia. (s.d.). Tratto da

<http://www.bankpedia.org/index.php/it/105-italian/h/20428-holding>

Berardino, L. (2007, 09 24). *il Fisco oggi*. Tratto da

<http://www.Fiscooggi.it/giurisprudenza/articolo/delocalizzazione-dei-redditi-tramite-esterovestizione-societaria>

Broccardi - Codice Penale. (s.d.). Tratto da

<http://www.broccardi.it/codice-penale/libro-primo/titolo-vi/capo-i/art160.html>

Finocchiaro, S. (2015, 07 16). *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" del decreto legislativo*. Tratto da

http://www.penalecontemporaneo.it/area/2-/29-/-/4069-sull_imminente_riforma_in_materia_di_reati_tributari_le_novita_contenute_nello_schema_di_decreto_legislativo/

Fiscalità internazionale diritto bancario approfondimenti. (2014, aprile). Tratto da

http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/cappellotto_1_e_dellorletta_d_le_novita_in_materia_di_monitoraggio_fiscale_alla_luce_della_circolare_e_del_pr_ovvedimento_dellagenzia_delle_entrare_2014.pdf

Fisco e Tasse - Fonte Giuridica: Corte di Cassazione. (2008, 04 9). Tratto da

<https://www.Fiscoetasse.com/normativa-prassi/10220-principio-del-favor-rei-anche-nel-settore-tributario.html>

Fisco e Tasse - Legge di Stabilità 2016: ampliati i termini di accertamento. (2016, 1

12). Tratto da <https://www.Fiscoetasse.com/rassegna-stampa/20952-legge-di-stabilit-2016-ampliati-i-termini-di-accertamento.html>

Fisco e Tasse - Legge di Stabilità 2016: riforma delle sanzioni dal 2016. (2015, 10

19). Tratto da <https://www.Fiscoetasse.com/rassegna-stampa/20557-legge-di-stabilit-2016-riforma-delle-sanzioni-dal-2016.html>

Fondazione accademia romana di ragionaria. (2014, 5 14). Tratto da http://www.ipsoa.it/~media/Quotidiano/2014/05/14/Antiriciclaggio--vademezum-per-i-professionisti/14Accademia_Nota6%20pdf.ashx

Gazzetta Ufficiale - Legge 186/2014. (2014, 12 17). Tratto da <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/12/17/14G00197/sg>

Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea. (2005, 11 25). Tratto da http://www.tuttocamere.it/files/Archivio/2005_1889_Reg_CE.pdf

Governo Italiano - Presidenza del Consiglio dei Ministri. (2015, 03 2). Tratto da <http://www.governo.it/articolo/Fisco-italia-e-svizzera-firmano-laccordo-sullo-scambio-dinformazioni/1841>

Il Fisco e tasse - Il Lussemburgo esce dalla Black list. (2015, 1 22). Tratto da <https://www.Fiscoetasse.com/normativa-prassi/11915-il-lussemburgo-esce-dalla-black-list.html>

Il Fiscoggi. (2016, 01 26). Tratto da <http://www.Fiscooggi.it/avviso-ai-litiganti/articolo/scudo-fiscale-non-azzerano-violazione-e-contestazione>

Il sole 24 ore - Aveva 1.243 case e non le dichiarava: per Angiola Armellini evasione da 2 miliardi. (2014, 01 20). Tratto da <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-01-20/aveva-1243-case-e-non-dichiarava-Fisco-scoperta-evasione-2-miliardi-155559.shtml?uuid=ABgoSyq>

Il sole 24 ore. (2014, 07 16). Tratto da <http://argomenti.ilsole24ore.com/parolechiave/uif.html>

Iorio, A. (2014, 02 24). *il Gruppo 24 ore.* Tratto da <http://st.formazione.ilsole24ore.com/a/rientrocapitali/atti/Iorio.pdf>

Jornal Officiel de Grand Duchè de Luxembourg . (s.d.). Tratto da http://www.legilux.public.lu/entr/search/index.php?ss_soc=grand+baie&sr_soc=nam e&sr_fj=all&sr_tp=all&sr_date=all&sl_d=1&sl_m=1&sl_y=2016&sl_d1=1&sl_m1=1&sl_y1=2016&sl_d2=5&sl_m2=2&sl_y2=2016&page_len=100&page=result&submit=Chercher

Leo, E. (2014, 05 7). *Contenuti Giuridici: La nuova legge panamense sulle azioni al portatore: una strada alternativa verso la compliance internazionale.* Tratto da <http://www.contenutigiuridici.it/nuova-legge-panamense-sulle-azioni-portatore-strada-alternativa-verso-compliance-internazionale-3813/>

Mengoli, V., & Ibello, V. (2012, 06 5). *Controversie fiscali internazionali. L'iter per le procedure amichevoli*. Tratto da *Il Fisco oggi - Normativa e Prassi*: <http://www.Fiscooggi.it/normativa-e-prassi/articolo/controversie-fiscali-internazionaliil'iter-procedure-amichevoli>

PMI.it - Economia. (s.d.). Tratto da <http://www.pmi.it/tag/legge-di-stabilita>

Rai news.it - INDAGATA ANGIOLA ARMELLINI: 1.243 IMMOBILI NON DICHIARATI AL FISCO. (2014, 01 20). Tratto da <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/1243-immobili-e-due-miliardi-di-euro-non-dichiarati-indagata-Angiola-Armellini-roma-72905ffd-7fd2-4a7c-8da7-6eb9e67234e6.html>

Sechi , B. (2000, 07 18). Tratto da www.diritto.it/articoli/tributario/sechi.html

Turano, G. (2014, 01 31). *L'Espresso.repubblica.it - Angiola Armellini, vita e opere di Lady No Tax*. Tratto da <http://espresso.repubblica.it/attualita/2014/01/31/news/angiola-armellini-vita-e-opere-di-lady-no-tax-1.150777>

ESTEROVESTIZIONE: PERCORSI EVOLUTIVI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI

CAPITOLO I. ESTEROVESTIZIONE

L'esterovestizione, nella sua accezione più generica, si presenta come un'operazione attraverso cui un soggetto passivo riesce formalmente ad allocare la residenza fiscale in un Paese a fiscalità privilegiata o riconducibile ad uno dei Paesi della *black list*, pur mantenendo nel territorio nazionale la propria residenza in senso civilistico.

Pertanto, il fenomeno ha motivo di manifestarsi unicamente nei Paesi a medio-alta imposizione fiscale, tra cui l'Italia.

La discussione dell'esterovestizione verte su una longeva disputa tra il carattere sostanziale (rintracciabile nel concetto della residenza fiscale) e formale (associabile al concetto di residenza civilistica) e la questione diviene fiscalmente rilevante qualora si realizzino situazioni in cui la forma prevale sulla sostanza. Dunque, la finalità principale degli interventi legislativi per combattere il fenomeno è riportare la residenza fittizia del soggetto esterovestito nell'effettiva sede nazionale.

Alla luce della sua accezione generica, è possibile desumere che una delle cause dell'esterovestizione è la discordanza normativa riguardo al concetto di residenza fiscale tra i diversi Paesi. Per tale motivo, questi ultimi provvedono ad offrirne un'autonoma e chiara definizione come primo metodo per contrastare il fenomeno.

L'ordinamento italiano ha offerto una definizione del concetto di residenza fiscale per entrambe le fattispecie in cui il soggetto passivo può manifestarsi, ovvero sia persona fisica, attraverso l'art. 2, commi 2 e 2-bis del T.U.I.R., sia persona giuridica, per mezzo dell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R.

Al fine di accertare la residenza fiscale in Italia delle persone fisiche, l'amministrazione finanziaria si avvale dei tre presupposti indicati dall'art. 2, comma 2, del T.U.I.R., il quale dispone che: *“Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta (183 giorni) sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”*. Si nota come i presupposti non sono contendenti pertanto è sufficiente che sussista uno solo di essi per la maggior parte del periodo d'imposta affinché un soggetto sia considerato fiscalmente residente. Il predetto articolo richiama esplicitamente l'art. 43 del Codice civile, che offre la definizione di domicilio indicandolo come *“luogo in*

cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi” e di residenza espressa come il “luogo in cui la persona ha la dimora abituale”.

La dottrina e la giurisprudenza hanno spinto la loro attenzione sulle circostanze che mettono in dubbio la residenza fiscale di un soggetto passivo qualora sia trasferita all'estero. L'intento è limitare la possibilità in cui il soggetto possa sottrarsi al criterio impositivo italiano del “*worldwide taxation principle*”, specificando che, la residenza fiscale del soggetto è effettivamente trasferita al di fuori dello Stato qualora quest'ultimo provveda non solo a cancellarla dall'anagrafe della popolazione residente ma dovrà iscriverla nell'anagrafe degli italiani residenti all'estero (A.I.R.E.).

Il comma 2-bis, inserito nel *corpus* dell'art. 2 del T.U.I.R. tramite l'art. 10 della Legge 448/98, sancisce la presunzione della residenza fiscale in Italia dei soggetti passivi che hanno deciso di trasferirla nei Paesi a bassa o nulla fiscalità, i c.d. “Paradisi fiscali”, indicati dal D.M. 4 maggio del 1999. Alla presenza di tale presunzione, al contribuente è riconosciuta l'inversione dell'onere della prova, ossia è chiamato a fornire all'amministrazione finanziaria qualsiasi fatto o atto idoneo a respingere la presunzione della propria residenza in Italia e a confermare la sua effettiva residenza nel Paradiso fiscale.

Invece, il concetto di residenza fiscale in Italia delle persone giuridiche è offerto dall'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., il quale sancisce che: “*Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato*”. È necessario specificare che la sede legale e l'oggetto sociale hanno carattere prettamente formale e quindi il loro verificarsi non esclude la possibilità della rintracciabilità in Italia della residenza del soggetto passivo. Invece, la sede dell'amministrazione ha carattere sostanziale. L'esterovestizione si manifesta quando la forma prevale sulla sostanza (le c.d. *form over substance*). In tale circostanza, le società saranno create unicamente per ragioni di mera convenienza fiscale, è il caso delle c.d. società *offshore*. L'individuazione della residenza fiscale della persona giuridica è più emblematica nella fattispecie di un gruppo di imprese al cui vertice vi è la c.d. holding, poiché la sua complessa struttura rende difficile la rintracciabilità della sede effettività della società e del soggetto passivo che la dirige. In questa nuova ottica, la dinamica dell'accertamento della residenza fiscale cambia e a disciplinarlo è l'art. 73, comma 5-bis,

del T.U.I.R., il quale introduce la presunzione legale della residenza fiscale in Italia per le società controllate e collegate qualora siano controllate, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o qualora siano amministrate da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato. L'inversione dell'onere della prova è sempre riconosciuta al contribuente.

La definizione non chiara e soprattutto non uniforme di “sede di direzione effettiva” e l'uso di criteri discordanti per l'individuazione della residenza fiscale tra i differenti ordinamenti tributari comporta l'insorgere del problema di “*dual residence*”, ossia quando più Stati affermano contestualmente la residenza fiscale di una soggetto passivo nel proprio territorio. Al fine di prevenire questa circostanza, a livello internazionale interviene l'Organizzazione per la cooperazione e per lo sviluppo economico (O.C.S.E.) presentando un Modello normativo con cui offrire la definizione univoca del concetto di residenza, che potrà essere assunta liberamente da tutti Paesi possono aderirvi, e il Commentario che è un documento esplicativo e interpretativo dei disposti proposti dal Modello O.C.S.E. al fine di rendere sempre più omogenea l'applicazione dei propri principi. Rilevante tra i disposti del Modello O.C.S.E. è l'art. 4 in quale offre una definizione omogena del concetto di “residente di uno Stato contrante” ammettendo che i criteri per stabilire la residenza delle persone fisiche è l'accertamento sul territorio del domicilio o della residenza, intesi ai sensi civilistici, mentre per l'accertamento della residenza delle persone giuridiche vale il criterio della localizzazione della sede di direzione effettiva della società, la c.d. *place of effective management*. Quest'ultima è intesa come il luogo in cui sono prese le decisioni più importanti relative alla gestione della società e allo svolgimento dell'attività d'impresa ed è così introdotto il concetto “stabile organizzazione”. È possibile notare l'armonia riguardante il concetto di residenza tra il Modello O.C.S.E. e gli articoli 2 e 73 del T.U.I.R. dell'ordinamento italiano.

Il Modello O.C.S.E. è stato oggetto di diverse modifiche, prima nel 2008 e poi nel 2010, tutte finalizzate alla risoluzione del problema di *dual residence* offrendo alcuni nuovi metodi risolutivi. Infatti, la versione aggiornata attraverso l'art. 25 della Convenzione O.C.S.E. offre la procedura di composizione amichevole, la c.d. “*mutual agreement procedure*”, la quale consiste in un accordo bilaterale spontaneo tra i Paesi coinvolti nella disputa della doppia imposizione, la cui efficacia decorre in seguito all'adesione da

entrambe le parti “contendenti”. Difatti, qualora i Paesi non riuscissero a trovare un comune accordo e continuassero a presentare idee divergenti, essi non sono vincolati a giungere per forza ad una soluzione. Questo è possibile in quanto la peculiarità della disciplina dell’O.C.S.E. è quella di essere una legge *soft law*. Al fine di far fronte a tale inconveniente, il Modello O.C.S.E. introduce un metodo alternativo, il c.d. ricorso alla procedura arbitrale, che scatta in modo automatico se entro due anni dalla sottoposizione del caso alle autorità adite non si è giunti ad una risoluzione. Infatti, il suo ruolo è definire la questione in modo specifico e dettagliato al fine di renderlo effettivo. Il parere del Collegio arbitrale è vincolante per le Autorità coinvolte e i contraenti.

Infine, l’O.C.S.E. con l’intento di prevenire e di contrastare l’evasione fiscale introduce nel proprio Modello l’art. 26 attraverso il quale pone l’obbligo per i Paesi che aderiscono alla Convenzione di realizzare lo scambio d’informazione.

La lotta all’esterovestizione, all’evasione fiscale e ai problemi di *dual residence* è un obiettivo che si è posto anche l’ordinamento comunitario. A differenza dei due ordinamenti precedenti, quest’ultimo non offre un’interpretazione autonoma del concetto di residenza fiscale ma si ricollega alla definizione internazionale del “*place of effective management*”. Difatti, il criterio di ricollegamento per la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati Membri (S.M.) UE consiste nel verificare che l’attività economica del contraente sia realmente svolta sul territorio dello Stato di cui risiede l’assoggettamento impositivo fiscale. L’ordinamento comunitario trova applicazione solo nel momento in cui una disciplina tributaria nazionale sembra minacciare l’applicabilità e il rispetto dei principi comunitari, quale ad esempio la “libertà di stabilimento” dettata dall’art. 43 del Trattato UE.

Le disposizioni della Commissione europea in materia di libertà di stabilimento, residenza delle società comunitarie e della legislazione antiabuso nazionale, si fondano sui principi emanati attraverso una serie di sentenze della Corte di Giustizia e sono racchiuse in due documenti. Ai fini della lotta all’esterovestizione e all’evasione fiscale, di principale importanza è la Comunicazione n. 785 del 2007, il cui obiettivo è eliminare la supposizione che l’impresa sia stata istituita sul territorio di uno Stato membro in modo “fittizio”, ossia con il solo intento di usufruire di una disciplina fiscale più vantaggiosa. Di conseguenza lo scopo della normativa comunitaria è, in generale, escludere dai vantaggi fiscali le “*costruzioni artificiali intese ad eludere la normativa nazionale*”. Tuttavia la

Corte ammette che non è possibile denunciare un comportamento elusivo senza riconoscere la possibilità al soggetto coinvolto di difendere e giustificare il proprio comportamento. Pertanto, al contribuente è riconosciuto l'inversione dell'onere della prova, che trova il suo fondamento nel principio di proporzionalità. La suddetta comunicazione termina con la presentazione di due tipi comuni di norme antiabuso nella legislazione fiscale degli SM, quali la normativa sulle società estere controllate, le c.d. SEC e quella sulla capitalizzazione sottile, la c.d. "Thin Capitalization".

CAPITOLO II. METODI DI CONTRASTO

L'esterovestizione trova terreno fertile in seguito all'unificazione dei mercati avvenuta nel 1956 con l'emanazione dei Trattati di Roma, che hanno eliminato i dazi doganali e basato il mercato su quattro libertà fondamentali, quali la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali. Tuttavia, la situazione che ha reso possibile la sua proliferazione è il perfezionamento del mercato unico raggiunto nel 1988, attraverso l'emanazione sia dell'art.1, della Legge Delega 599/86, che dispone la completa liberalizzazione delle relazioni economiche e finanziarie con l'estero, sia del Testo Unico Valutario, il quale ha introdotto alcuni diritti fondamentali dei cittadini come la libertà di circolazione e soggiorno e ha offerto la definizione di "residenti e non residenti". Ad accelerare la creazione del mercato unico in Italia è la Direttiva Comunitaria n. 88/361/CEE del 24 giugno, giacché ha vincolato gli Stati aderenti alla C.E.E. ad abolire entro il 1° luglio del 1990 le restrizioni ai movimenti di denaro fra le persone residenti nella Comunità Europea. Contemporaneamente, consapevole che tale abolizione avrebbe comportato una maggiore esposizione del territorio statale a comportamenti d'esterovestizione e d'evasione fiscale, ha esortato gli ordinamenti nazionali a fissare le procedure di dichiarazione dei movimenti di capitale a scopo d'informazione statistica – amministrativa e altre procedure interne atte a fronteggiare il fenomeno. In seguito all'avvento della globalizzazione economica, l'esterovestizione è stata intesa come una nuova forma d'evasione fiscale a carattere internazionale e si è personificata in un nemico comune a tutti i Paesi che hanno aperto i propri confini al libero trasferimento dei capitali. Pertanto, una lotta efficace a contrastarla è ravvisata solo attraverso un'effettiva collaborazione dei diversi ordinamenti legislativi finalizzata al raggiungimento di un unico quadro normativo, capace di colmare ipotetiche lacune legislative che hanno permesso al fenomeno di manifestarsi.

L'attenzione è rivolta alle norme ostative proposte dall'ordinamento italiano che, nel corso del tempo, sono state soggette a numerose rettifiche provenienti dalla normativa sovranazionale e anche internazionale, finalizzate al raggiungimento del medesimo obiettivo. La prima reazione dell'ordinamento italiano al fenomeno dell'esterovestizione è avvenuta con il Decreto Legislativo 167/90, che ha introdotto la disciplina del *monitoraggio fiscale*. Quest'ultimo consiste in un'attività di controllo svolta dall'Erario sui trasferimenti da o per l'estero di denaro, titoli e valori mobiliari che possono determinare una perdita del gettito fiscale nelle casse nazionali, cui sono soggette le persone fisiche, gli enti non commerciali, le società semplici e le associazioni equiparate. Il suddetto decreto dispone che solo qualora il valore delle operazioni sia pari o superiore a 20 milioni di lire, scatta l'obbligo dichiarativo per l'identificazione del soggetto che attua l'operazione. Tale obbligo può essere imputato:

- agli intermediari finanziari, ossia coloro che per ragioni professionali effettuano il trasferimento per conto delle persone fisiche, enti non commerciali e soggetti indicati dall'art. 5 del T.U.I.R., residenti in Italia, i quali dovranno darne comunicazione all'Anagrafe Tributaria;
- direttamente alle persone fisiche, enti non commerciali o sui soggetti dettati dall'art. 5 del T.U.I.R. qualora agiscano senza l'ausilio degli intermediari. Quest'ultima categoria ha l'obbligo di presentare la Dichiarazione annuale dei Redditi (art. 4 del D.L. 167/90) per mezzo di un apposito modulo, il Quadro W, il quale si presenta suddiviso in tre sezioni riferite rispettivamente ad attività non finanziarie, attività finanziaria e ad importazioni ed esportazioni di attività da o verso l'estero. La violazione dell'obbligo di dichiarazione dei redditi, sancito dagli art. 2 e 4 del D.L. 167/90, è punita con una pena pecuniaria pari dal 5% al 25% dell'ammontare degli importi non dichiarati (art. 5, comma 5 del D.L. 167/90).

Al fine di contrastare in modo decisivo l'evasione fiscale generata dalla liberalizzazione valutaria, il legislatore italiano ha dovuto affiancare all'attività di monitoraggio anche quella d'antiriciclaggio, atta a contrastare il riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite per mezzo di operazioni finanziarie ufficiali, ad esempio attraverso l'istituzione di una società *offshore*. La prima norma antiriciclaggio è stata proposta dall'ordinamento comunitario per mezzo del Regolamento n. 1889/2005 che introduce un nuovo sistema di sorveglianza. Tale regolamento è stato completamente accolto dall'ordinamento italiano

per mezzo del decreto 195/2008 andando di seguito a modificare il sistema di controllo interno nazionale in merito ai trasferimenti transfrontalieri di denaro disciplinato dal D.L. 167/90 del monitoraggio fiscale. Il Regolamento comunitario cambia l'importo che fa scattare l'obbligo dichiarativo, ammettendo che quest'ultimo subentra se il valore dei trasferimenti di denaro è pari o superiore a 10.000 euro ed aumenta la sanzione amministrativa per omessa o inesatta dichiarazione, la quale corrisponderebbe fino al 40% dell'importo trasferito o che si tenta di trasferire, eccedente la soglia dei 10.000 euro, con un minimo di 300 euro.

Dunque, la finalità del nuovo sistema di monitoraggio e controllo è evitare che ingenti flussi di denaro non dichiarati possano varcare i confini del territorio nazionale e comunitario. Pertanto, il decreto 125/2008 si coordina perfettamente sia con la disciplina nazionale d'antiriciclaggio disposta dal D.Lgs. 231/2007 sia con la disciplina antiterrorismo dettata dal D.Lgs. 109/2007.

La *disciplina d'antiriciclaggio*, dettata dal D.Lgs. 231/2007, è di notevole rilievo poiché ha introdotto nell'ordinamento italiano la figura del *titolare effettivo*, l'unità d'informazione finanziaria "UIF", l'archivio unico informatico "A.U.I." e ha vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore per un valore pari o superiore a 1.000 euro. Tra i destinatari della norma antiriciclaggio i più rilevanti sono gli intermediari finanziari e gli altri soggetti esercenti attività finanziarie, in quanto su di loro ricade l'obbligo dichiarativo. Il D.Lgs. 231/07 ha apportato alcune modifiche alla disciplina del monitoraggio fiscale contenuta nel D.L. 167/90, che riguardano il trasferimento dei capitali dei residenti per mezzo degli intermediari (art. 1 del decreto-legge). In modo specifico, cambia la tipologia dei soggetti su cui ricade l'obbligo dichiarativo giacché cambia la tipologia di coloro che sono ammessi nella categoria degli intermediari finanziari; l'oggetto su cui fonda l'obbligo dichiarativo, che diviene il "mezzo di pagamento" e l'importo monetario che fa scattare l'obbligo di dichiarazione, da 10.000 euro aumenta a 15.000 euro.

L'attività di monitoraggio fiscale, finora disciplinata, non ha impedito ad alcuni contribuenti di trasferire in modo illecito i propri capitali all'estero. Pertanto, l'ordinamento italiano ha ritenuto opportuno offrire un ulteriore strumento atto a contrastare il fenomeno d'evasione fiscale, il quale potesse agire direttamente sul contribuente trasgressore della normativa tributaria nazionale disincentivandolo ad adottare

comportamenti evasivi ed esortandolo a far rientrare i propri capitali in Italia. Con tale intento, l'ordinamento italiano vara la Legge n. 78 del 2009, la c.d. legge anticrisi, e attraverso l'art. 13-bis ha introdotto l'ultima versione dello *scudo fiscale*, il c.d. *scudo-ter*. Il meccanismo dello scudo mira a far rimpatriare i capitali detenuti all'estero, sfuggiti all'attenzione delle autorità italiane competenti, direttamente per volontà dei c.d. trasgressori garantendogli l'imposizione di aliquote agevolate sugli oneri finanziari e la non applicabilità di sanzioni penali garantita dal riconoscimento totale dell'anonimato. Lo *scudo-ter* propone di far riemergere le attività finanziarie e patrimoniali detenute fuori dal territorio dello Stato, detenute in violazione della normativa tributaria e di quella del monitoraggio fiscale fino al 31 dicembre 2008, attraverso l'introduzione di un'imposta straordinaria che oscilla tra il cinque e il sette per cento secondo la data di presentazione agli intermediari della dichiarazione riservata, ossia garantita di anonimato. L'aliquota della nuova disciplina è fissata al doppio di quella iniziale, offerta dallo scudo fiscale del 2001. Con l'inasprimento dell'aliquota, l'ordinamento italiano ha provato a placare i pareri contrari dei contribuenti regolari, che ravvedevano nello scudo fiscale solamente uno strumento a favore degli "evasori".

Anche la Legge 78/2009 ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina del monitoraggio fiscale riguardanti la Dichiarazione annuale dei redditi, indicando che deve essere presentata nel Quadro RW, che si compone sempre in tre sezioni ma l'obbligo dichiarativo scatta qualora l'importo dei trasferimenti da o verso l'estero sia pari o superiore a 10.000 euro. In aggiunta, la suddetta legge introduce un inasprimento delle sanzioni amministrative per la mancata compilazione del modello RW.

La rigida disciplina sanzionatoria presentata dalla nuova versione del monitoraggio fiscale, sollecita l'attenzione della Comunità europea, la quale invita subito l'ordinamento italiano ad uniformarsi ai canoni disciplinari impartiti dall'ordinamento comunitario poiché il contrasto all'evasione fiscale non deve in alcun modo limitare la circolazione dei capitali. In tal modo, rilevante per l'attività di controllo e contrasto all'evasione fiscale è la Legge 6 agosto 2013 n. 97, la c.d. Legge Europea poiché *in primis* ha consentito all'Agenzia delle Entrate e alla Guardia di Finanza di richiedere agli intermediari, previa autorizzazione, informazioni in merito ad operazioni finanziarie con l'estero. Inoltre, ha illustrato nuovi criteri che permettono di individuare i beneficiari e titolari effettivi celati attraverso l'uso di società che fungono da schermi per immobili o investimenti posseduti sul territorio

italiano. In questo modo, la nuova disciplina per mezzo del suo nono articolo apporta importanti modifiche alla disciplina nazionale del monitoraggio fiscale al fine di semplificare gli adempimenti a carico degli intermediari e del contribuente e consolidare la norma di contrasto alle evasioni fiscali internazionali. Infatti, in linea generale, la Legge Europea, in seguito al rafforzamento della figura del titolare effettivo e all'introduzione della figura dell'interposta persona ridefinisce l'ambito soggettivo dell'attività di monitoraggio, quest'ultimo non è più rivolto esclusivamente alle persone fisiche, ma anche alle società e/o alle altre forme giuridiche compresi i *trust*; scrive *ex novo* la procedura della Dichiarazione annuale dei redditi, formulando il Modello Unico 2014 che vede eliminata la sezione I e III del modello precedente; elimina la soglia dei 10.000 superata la quale scatta l'obbligo dichiarativo e infine rende meno rigoroso il regime sanzionatorio creando un modello omogeneo ed integrato di governo del sistema di controllo fiscale e valutario degli investimenti all'estero.

Con una modifica del D.L. 4/2014 è stata reintrodotta la soglia dei 10.000 euro, riferita unicamente ai depositi e conti correnti esteri per redditi stimati nel periodo d'imposta 2013. La Legge di Stabilità 2015 modifica nuovamente la soglia su cui scatta l'obbligo dichiarativo, fissandola per un importo almeno pari a 15.000 euro e il cui importo sarà conteggiato nell'insieme delle movimentazioni da o verso l'estero nel corso di sette giorni.

In un contesto italiano ancora fortemente coinvolto in fenomeni d'evasione fiscale e in vicende di frode a discapito del Fisco nazionale, il legislatore vara la legge 15 dicembre 2014 n. 186, che presenta la disciplina della *Voluntary Disclosure*, in vigore dal 1° gennaio 2015. È l'ultima possibilità concessa al contribuente italiano che detiene interessi, attività finanziarie e patrimoni all'estero, sottratti all'imposizione nazionale, di regolarizzare la propria situazione fiscale e penale, in merito all'omessa dichiarazione dei propri capitali e alla volontaria sottrazione dei tributi nazionali. È un meccanismo del tutto differente da quello dello scudo fiscale, infatti, il contribuente che vuole aderire alla nuova procedura deve ricostruire interamente la sua posizione fiscale e contributiva. Pertanto, la *Voluntary* intende estendere il ripristino della legalità fiscale anche ai detentori di capitali illeciti posseduti nel territorio nazionale. In questo modo, con la sua disciplina propone una nuova forma di reato, quale l'autoriciclaggio, che è disciplinato attraverso il neo introdotto articolo 648-ter del codice penale. Si arriva ad un "recupero" della tassazione di tutte le attività patrimoniali e finanziarie detenute illecitamente all'estero con un vantaggio in

termini di sconti sulle sanzioni amministrative ed esclusione della punibilità per i principali reati tributari. La *Voluntary Disclosure* al fine di uniformarsi al principio dello scambio informativo con gli Stati membri elimina il principio di anonimato e cambia la metodologia dell'imposizione fiscale. Difatti, in opposizione all'aliquota standard del 5% fissata dallo Scudo Fiscale, la nuova disciplina affida all'Agenzia delle Entrate il compito di stabilire il dovuto caso per caso, fermo restando che le sanzioni amministrative saranno in sostanza annullate. La nuova normativa prevede, comunque, che per le violazioni sui conti sotto i 2 milioni di euro annui, si calcoli il 5% del rendimento su ogni periodo d'imposta, tassando con aliquota del 27%.

A disciplinare le prime linee attuative della procedura di Collaborazione Volontaria nell'ordinamento italiano è la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 10/E del 13 marzo 2015. Quest'ultima definisce con chiarezza l'ambito soggettivo e oggettivo per aderire alla nuova procedura e offre indicazioni in merito alla compilazione della Dichiarazione annuale dei redditi attraverso il Quadro RW introducendo nel *corpus* del D.L.167/90 alcuni articoli, quali dell'*5-quarter* all'*art. 5-septies*. Nello specifico l'*art. 5-quater*, comma 1, del D.L. 167/90 sancisce che la procedura della *Voluntary Disclosure* potrà essere avviata da persone fisiche, da enti non commerciali, da società semplici e associazioni equiparate ex art. 5 del T.U.I.R., da enti di provvidenza obbligatoria, in forma associata o di fondazione, dal titolare effettivo, dall'interposta persona e dai *trust*, che hanno violato gli obblighi dichiarativi di monitoraggio fiscale fino al 30 settembre 2014. Affinché possano aderirvi, è sufficiente che il soggetto interessato sia fiscalmente residente in Italia, ai sensi dell'*art. 2* e dell'*art. 73* del T.U.I.R., in almeno uno dei periodi d'imposta per i quali è attivabile la procedura. L'ambito oggettivo riguarderà attività oggetto degli obblighi dichiarati relativi al monitoraggio fiscale di natura finanziaria, patrimoniale o altre attività. Tuttavia, la procedura non potrà essere attivata nel momento in cui il contribuente sia stato informato dell'inizio di procedimenti tributari di accesso, ispezione o verifica.

Al fine d'incitare il contribuente ad autodenunciarsi, la disciplina della *Voluntary* offre diversi benefici in ambito penale e amministrativo, a seconda della violazione commessa. Infatti, per le violazioni relative all'omessa compilazione del Quadro RW la *Voluntary* prevede una sanzione amministrativa dal 3 al 15% dell'ammontare dei redditi non dichiarati degli importi esteri o attività estere detenuti in Paesi della *White list*. Mentre se collocati in Paesi *Black list* la sanzione raddoppia, e dunque andrà dal 6% al 30%.

Stabilisce una sanzione fissa di 258 euro, in caso di dichiarazione presentata entro 90 giorni dal termine di scadenza. E stabilisce una sanzione pari alla metà del minimo edittale delle sanzioni comminate per omessa dichiarazione del modulo RW, quindi pari all'1,5% degli investimenti e attività detenuti all'estero, pari al 3% in caso di Paesi a fiscalità privilegiata, se:

- le attività sono trasferite in Italia o in un Paese che consenta lo scambio d'informazioni con l'Italia, il c.d. Paesi della White list;
- le attività trasferite in Italia erano o sono detenute in un Paese della White list
- l'autore della violazione rilascia all'intermediario finanziario, presso cui le attività finanziarie sono detenute, un'autorizzazione a trasmettere alle autorità finanziarie italiane tutti i dati oggetto di collaborazione volontaria ed allega copia di tale autorizzazione. Quindi le sanzioni saranno pari all'1,5% degli investimenti e attività detenuti all'estero, pari al 3% in caso di Paesi a fiscalità privilegiata.

L'agevolazione fiscale perseguibile attraverso la procedura della Voluntary Disclosure ha spinto diversi Paesi ad accelerare il processo di adesione a tale principio O.C.S.E. Questo è il caso ad esempio della Svizzera.

Il contribuente decade dai benefici amministrativi e fiscali se non versa le somme dovute e le sanzioni entro il termine per la proposizione del ricorso o entro 20 giorni dalla redazione dell'accertamento con adesione.

Invece, l'art. 5-*septies* dispone che chiunque esibisce o trasmette, nell'ambito della procedura, atti o documenti falsi in tutto o in parte, ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero, è punito con la reclusione da 1 anno e 6 mesi a 6 anni.

Le ultime modifiche apportate al monitoraggio fiscale al fine di prevenire l'esterovestizione ed evasione fiscale pervengono dalla Legge di Stabilità 2016 e sono riconducibili a tre aspetti, quali:

- l'innalzamento del tetto al contante, che da 1.000 passa a 3.000 euro;
- i termini di accertamento: è previsto un allungamento dei termini di accertamento, che è stato compensato dall'esclusione nel raddoppio dei termini in presenza di reati tributari come previste dalla precedente disciplina dettati dal D.Lgs. 128/2015;
- le sanzioni amministrative tributarie e penali: decreta per l'anticipo di un anno dell'entrata in vigore delle nuove e più favorevoli misure sulle sanzioni amministrative tributarie, le quali sono state sancite dal D.Lgs. 158/2015 e che sarebbero dovute

entrare in vigore dal 1° gennaio 2017 per mancanza di risorse in grado di garantire la copertura anche per l'anno 2016.

CAPITOLO III. CASO STUDIO: ANGIOLA ARMELLINI

Tra le numerose vicende rilevate dalla cronaca nazionale riguardanti il fenomeno dell'esterovestizione ha creato un rilevante *exploit* mediatico l'episodio che vede coinvolta la signora Angiola Armellini con l'accusa di associazione a delinquere finalizzata all'evasione fiscale. L'indagine condotta dalla Guardia di Finanza, denominata *all black* e circoscritta ai periodi d'imposta che decorrono dal 2003 fino al 2012, ha permesso di scovare 1243 immobili di proprietà della signora Armellini presenti a Roma il cui valore immobiliare ammonterebbe a due milioni di euro e che, secondo l'accusa, sarebbero stati intenzionalmente nascosti dalla stessa signora al Fisco per mezzo di un'articolata struttura societaria diramata in Paesi a fiscalità privilegiata. Pertanto, la signora è accusata di "omessa dichiarazione dei redditi" (art. 5 del D.lgs. 74/2000) e "dichiarazione infedele" (art. 4 del D.Lgs. 74/2000).

A catturare l'attenzione dell'amministrazione finanziaria e a sollevare le accuse a suo carico è stato il continuo trasferimento della residenza fiscale da parte della signora Armellini in diversi Paesi riconducibili ai c.d. *Paradisi fiscali*, tra cui ad esempio Principato di Monaco, Lussemburgo, Panama. Ma, soprattutto due società tra le venti di proprietà della signora, quali Grand Baie e Sorol, che secondo l'accusa sono state istituite per schermare i numerosi immobili posseduti nella capitale italiana e attraverso le quali l'indagata avrebbe approfittato delle facilitazioni tributarie.

Sulla base delle rilevanze presentate dalla Guardia di Finanza, Angiola Armellini è stata coinvolta in un processo contenzioso tutt'oggi in corso. Per tale motivo, lo sviluppo del caso si baserà unicamente su ipotetiche congetture.

La fattispecie oggetto di analisi, finalizzata all'individuazione dei possibili elementi sintomatici dell'esterovestizione, riguarda la corretta individuazione della residenza fiscale di Angiola Armellini e del "*place of effective management*" delle società a lei imputate, quali Grand Baie e Sorol.

L'accertamento della residenza effettiva della signora Armellini deve essere circoscritta alla fattispecie della persona fisica e dunque, si richiama la disciplina dettata dall'art. 2, commi 2 e 2-bis, del T.U.I.R.

Sulla base dei fatti, riguardarti il caso Armellini e il continuo trasferimento della sua residenza fiscale in diversi Paesi tutti associabili ai Paesi della black list, si potrebbe ipotizzare che l'amministrazione finanziaria abbia potuto iniziare le indagini riferendosi al concetto della presunzione legale della residenza in Italia, dettata dall'art. 2, comma 2-bis, del T.U.I.R.. A rafforzare la tesi della suddetta presunzione è il riscontro, da parte delle Fiamme Gialle, dell'effettivo domicilio civilistico della signora Armellini in appartamenti ubicati a Roma tra cui uno intestato a società lussemburghesi e l'ultimo neanche classificato come civile abitazione. La rilevazione riguardante l'accertamento del domicilio non dichiarato al Fisco, aggravato dal riscontro della dimora non classificata a uno abitativo, dimostrerebbe l'effettiva residenza fiscale in Italia dell'indagata, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del T.U.I.R. e farebbe emergere l'esplicito intento della signora Armellini a voler camuffare, all'attenzione del Fisco, l'effettivo domicilio in modo da creare un alibi che giustificasse la non tassazione dei propri capitali alla rigida imposizione nazionale. Gli elementi emersi dalle indagini potrebbero essere considerati tutti elementi sintomatici dell'esterovestizione, infatti, farebbero presumere che il trasferimento della residenza nei Paesi della *black list* sia puramente fittizio e finalizzato unicamente all'evasione fiscale, pertanto, la signora Armellini sarebbe considerata un "soggetto esterovestito".

Completata la discussione riguardante l'effettiva residenza della signora Armellini, l'analisi per accertare la configurabilità di un'ipotetica situazione di esterovestizione prosegue con riguardo alle società a lei imputate, ossia Sorol e Grand Baie. Entrambe sono società anonime di diritto lussemburghese, costituite in Lussemburgo rispettivamente nel 1994 e nel 1997 e recentemente trasferite a Roma.

In linea generale, come dettato dall'art. 73, comma 3, del T.U.I.R., per stabilire se una società costituita all'estero abbia la sede dell'amministrazione in Italia occorre aver riguardo alla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale o apparente. Tale accertamento potrà essere eseguito analizzando in modo analitico un documento ufficiale della società che attesti la sua struttura e l'organizzazione, quale può essere lo statuto. Tra le due società oggetto di analisi è stato possibile rinvenire unicamente lo statuto della società Grand Baie, pertanto lo studio sarà focalizzato solamente su quest'ultima società. Dall'osservazione del suo statuto è stato rilevante costatare come la localizzazione geografica della sede legale delle due società, che detengono il capitale sociale della Grand Baie, quali la DAEDALUS OVERSEAS INC e ACCA-MBA, è

riconducibile ai c.d. *Paradisi fiscali*, come decretato dal D.M. 4 maggio del 1999. Questo porterebbe a ipotizzare la presunzione legale nei riguardi della persona che si cela dietro a tale struttura societaria, se solo fosse semplice la sua individuazione. La difficoltà riscontrata nel riconoscimento del titolare effettivo trova giustificazione sia alla forma giuridica della società anonima adottata dalla Grand Baie, poiché quest'ultima fondava su un capitale talmente frazionato da rendere impossibile l'assoggettamento della titolarità della società ad uno specifico soggetto sia a causa della normativa tipica dei Paesi della *black list* riguardante il trasferimento delle partecipazioni al portatore, quindi senza specificare il titolare dell'azione. Entrambe le condizioni permettono al titolare effettivo della *holding* di avvalersi di un prestanome.

Proseguendo l'analisi dello statuto è possibile constatare che la Grand Baie si presenta con la qualifica di "*holding* del 1929", ossia dichiara esplicitamente di voler beneficiare del regime fiscale privilegiato garantito alle società che sorgono in uno degli Stati appartenenti alla *black list*, come appunto è il Lussemburgo. La società ha potuto godere della suddetta agevolazione privilegiata, fino a quando il medesimo Stato è uscito in modo definitivo dalla *black list* con il D.M. 21 novembre 2001 facendo decadere il segreto bancario e allineandosi agli standard internazionali riguardo allo scambio d'informazioni.

Terminata la presentazione giuridica della Grand Baie, lo statuto mostra anche la composizione dell'assemblea. A tal riguardo, rilevante è la nomina di commissario affidata ad una società fiduciaria con sede in Lussemburgo, quale la FIDUCIAIRE GENERALE DE LEXEMBOURG. Infatti, la normativa insegna che solo la società fiduciaria permette al contribuente, detentore di capitali all'estero, di schermare le proprie attività continuando a disporre e godere dei proventi che ne derivano, riuscendo così a sottrarre i propri capitali alla rigida imposizione fiscale poiché facenti capo alla società estera. Tale meccanismo regge poiché la società fiduciaria è l'intestatario puramente formale delle attività del soggetto passivo e ha l'obbligo di mantenere il riserbo sull'identità nei confronti di terzi non aventi titolo a conoscere il titolare effettivo, mentre il contribuente risulta essere l'intestatario formale.

L'Agenzia delle Entrate n. 134/E del 2002 include tra le "attività detenute all'estero" anche gli immobili ubicati in Italia posseduti per il tramite della fiduciaria estera o di un soggetto interposto residente all'estero. Nel caso specifico di Angiola Armellini, la Guardia di Finanza ha scovato 1243 immobili ubicati tutti nella regione del Lazio ma formalmente

riconducibili a varie società di diritto estero con sede legale in Lussemburgo. Tale scoperta ha permesso di dubitare dell'effettiva operatività della società fiduciaria sollevando il sospetto che potesse essere stata istituita con la finalità di schermare i predetti immobili ed evadere il fisco.

Nel 2013 l'assemblea straordinaria della Grand Baie con voto unanime decreta per il trasferimento della sede legale, in regime di continuità giuridica, dal Lussemburgo in Italia, assumendo così la denominazione di una società per azioni. In questo momento, compare nello statuto della società con la nomina di *advisor* il nome di Angiola Armellini seppur la sua remunerazione ammontava a 200.000 euro l'anno. La Guardia di Finanza ha iniziato ad indagare sulla signora Armellini proprio in seguito al riscontro nei bilanci sociali dell'elevato stipendio percepito dalla signora per essere solo un consulente societario. In aggiunta, la posizione dell'Armellini e il sospetto della sua trasparenza dichiarativa è stata aggravata dal rilevamento delle autorità competenti dei 1243 immobili imputati alla stessa seppur formalmente riconducibili a società lussemburghesi. In conformità a quanto è stato appena affermato, le Fiamme Gialle considerano Angiola Armellini "l'amministratrice di fatto" dell'articolata struttura lussemburghese. Su tale ipotesi, la signora dovrebbe rispondere dinanzi alle autorità competenti delle accuse in merito ai reati di falsa e d'omessa dichiarazione. Unica informazione giunta al fuori del processo contenzioso che vede coinvolta la signora Armellini, discordante dalle accuse mosse a suo carico, riguarda l'effettivo ammontare del valore immobiliare a lei imputato. Infatti, i legali della signora Armellini sono riusciti a dimostrare che il reale valore monetario degli immobili imputati alla loro cliente è inferiore a quanto stato dichiarato dall'accusa. Infatti, essi sono riusciti a far valere i 6,3 milioni di euro già versati nelle casse dello Stato da parte della signora Armellini per mezzo dei dieci scudi fiscali presentati tra il 2008 e il 2009 al fine di far rientrare in Italia le società detenute all'estero, intestandole ad un *trust*. Pare che il processo si stia concludendo con un patteggiamento che imputa alla signora Armellini una sanzione pecuniaria pari a 26-27 milioni di euro per mancata dichiarazione dei redditi più un'altra decina per altri episodi di evasione.