

**FISCALFOCUS**<sup>®</sup>

Direttore Antonio Gigliotti

# FISCAL DOTTRINA

*La Rivista Specializzata per Professionisti*

**IN EVIDENZA**

**Violazioni tributarie: regolarizzarle per tempo le rende meramente formali?**

a cura di Paolo Iaccarino

**Gennaio 2023**

## Sommario

<b>Violazioni tributarie: regolarizzarle tempo le rende meramente formali?</b>	
- A cura di PAOLO IACCARINO .....	1
 <b>La regolamentazione fiscale delle criptovalute: “critica della ragione normativa”</b>	
- A cura di FRANCESCO PAOLO FABBRI .....	7
 <b>Il regime fiscale delle spese di impianto e di ampliamento e la loro piena subordinazione alle risultanze legali del bilancio</b>	
- A cura di ANTONIO GIGLIOTTI e LUCIANO SORGATO.....	17
 <b>Ulteriori riflessioni sul valore indiziario della presunzione relativa alla distribuzione degli utili extracontabili alla luce del nuovo art.7, comma 5bis del D.lgs 546/1992</b>	
- A cura di MATTIA GIGLIOTTI e LUCIANO SORGATO .....	23
 <b>I finanziamenti dei soci alla società</b>	
- A cura di GIOVANNI RICCIO .....	30
 <b>REGIME IVA DEI BENI CEDUTI AI CLIENTI NON RESIDENTI MA SCOMPARSI DURANTE IL TRASPORTO</b>	
- A cura di MARCO PEIROLO.....	41

---

**Antonio Gigliotti - Direttore**

Direttore e autore della collana di aggiornamento professionale “Fiscal-Focus”

Dottore Commercialista dello Studio “Gigliotti & Partners”, revisore contabile, pubblicitista, specializzato in materia tributaria, autore di diverse pubblicazioni in materia fiscale.

Esperto fiscale in materia tributaria in diversi programmi Radio/Tv: Rai 1, Rai 2, Rai 3, Mediaset e Sky.

**Luciano Sorgato – Coordinatore Scientifico**

Dott. Commercialista e Consulente del Lavoro in Padova. E' stato Docente per Master di diritto tributario; ha partecipato al Centro studi Nazionale dei Consulenti del Lavoro durante il mandato conferito al Dott. A. Casotti. E' stato convegnista per conto di varie Organizzazioni Sindacali e convegnistiche ed è pubblicitista con numerose pubblicazioni.

Hanno collaborato:

**Antonio Gigliotti**

**Mattia Gigliotti**

**Luciano Sorgato**

**Paolo Iaccarino**

**Francesco Paolo Fabbri**

**Giovanni Riccio**

**Marco Peirolo**

Testo chiuso in redazione il 25 Gennaio 2023

---

## VIOLAZIONI TRIBUTARIE: REGOLARIZZARLE PER TEMPO LE RENDE MERAMENTE FORMALI?

*Tornate alla ribalta della cronaca a seguito dell'introduzione dell'ennesima procedura di regolarizzazione, questa volta prevista dall'articolo 1, comma 166, della Legge n. 197 del 2022, la distinzione fra violazioni formali e violazioni meramente formali è ancora incerta. Le disposizioni normative sul tema non hanno ancora consegnato dei confini certi dalla facile identificazione. È pertanto legittimo domandarsi: in assenza di danno erariale, regolarizzarsi per tempo, ovvero prima che l'attività di controllo sia formalmente avviata, solleva sempre il contribuente dalle conseguenze sanzionatorie del proprio comportamento?*

*di Paolo Iaccarino*

### Il ventaglio delle violazioni tributarie

L'affermazione delle cause di non punibilità connesse alle infrazioni meramente formali costituisce un caposaldo imprescindibile dell'ordinamento tributario, la pietra angolare sulla quale dovrebbe svilupparsi il rapporto fra contribuente e amministrazione finanziaria. L'articolo 6, comma 5-bis, del Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, prima, e

l'articolo 10, comma 3, dello Statuto del contribuente<sup>1</sup>, poi, hanno creato le condizioni affinché, dopo un lungo percorso, il potere della tecnocrazia lasciasse il passo alla diffusa affermazione di un principio di prevalenza della sostanza sulla forma. Tuttavia entro certi limiti e a determinate condizioni.

Come ampiamente definite dalla giurisprudenza di legittimità, oggi è possibile distinguere le violazioni tributarie in tre distinte categorie<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Principio da ultimo riaffermato, in tema di Superbonus, dall'articolo 119, comma 5-bis, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, secondo il quale "le violazioni meramente formali che non arrecano pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo non comportano la decadenza delle agevolazioni fiscali limitatamente alla irregolarità od omissione riscontrata. Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli da parte delle autorità competenti siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi,

la decadenza dal beneficio si applica limitatamente al singolo intervento oggetto di irregolarità od omissione".

<sup>2</sup> "In base alla combinazione degli artt. 10, comma 3, dello Statuto dei diritti del contribuente e 6, comma 5-bis, del d.lgs. n. 472/97, le violazioni tributarie possono essere sostanziali, se incidono sulla base imponibile o sull'imposta o sul versamento, formali, se pregiudicano l'esercizio delle azioni di controllo pur non incidendo sulla base imponibile, sull'imposta o sul

La prima, che trova la propria copertura nelle disposizioni normative appena citate, è relativa alle violazioni meramente formali, ovvero le violazioni che non arrecano danno all'esercizio delle azioni di controllo e, contestualmente, non incidono sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e sul versamento del tributo<sup>3</sup>. All'estremo opposto vi sono le sanzioni sostanziali, ovvero quelle che incidono sulla base imponibile o sull'imposta o sul versamento. Infine, in posizione intermedia, troviamo le sanzioni formali, ovvero quelle che pregiudicano l'esercizio delle azioni di controllo, pur non incidendo sulla base imponibile, sull'imposta o sul versamento.

La differenza tra le diverse tipologie di violazioni tributarie, dunque, si fonda su un criterio di carattere prettamente sostanziale: se la trasgressione della disposizione determina un pregiudizio per l'imposizione, in senso ampio, incidendo sull'effettivo versamento del tributo, la violazione è sostanziale; se manca un simile pregiudizio, ma comunque ne resta incisa la possibilità dell'esercizio delle azioni o dei poteri di controllo dell'amministrazione finanziaria, la violazione è formale<sup>4</sup>; se, infine, entrambe le condizioni sono assenti, la violazione, in assenza di una disposizione che ne censuri la trasgressione, viene derubricata a violazione meramente formale.

Cambiando prospettiva, da altro punto di vista, un utile parametro/criterio empirico per identificare, e distinguere, le diverse tipologie di

violazioni è quello di analizzare il differente trattamento sanzionatorio che il Legislatore ha, di volta in volta, riservato. In questo senso, quando la violazione è determinata in misura proporzionale, sull'imponibile non dichiarato o sull'imposta non versata, la violazione ha natura sostanziale; quando la sanzione sia fissata tra limiti minimi e massimi predefiniti, in misura non proporzionale poiché manca, in questo caso, una diretta riferibilità del comportamento illecito all'imposta o all'imponibile<sup>5</sup>, la violazione è formale.

Tale diverso criterio di classificazione è espressione del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, ovvero il parametro correttivo introdotto, ma solo in parte nel nostro ordinamento tributario, dall'articolo 7, comma 4, del Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 472 secondo il quale *“qualora concorrano circostanze che rendono manifesta la sproporzione tra l'entità del tributo cui la violazione si riferisce e la sanzione, questa può essere ridotta fino alla metà del minimo”*. Escludendo tale norma, infatti, nel nostro ordinamento tributario manca una disposizione che regolamenti, in via generalizzata, l'applicazione delle sanzioni edittali in ragione dell'esito, a volte irragionevole. Diversamente, a livello comunitario, in tema di sanzioni tributarie la centralità del principio di proporzionalità è stata più volte affermata dalla Corte di Giustizia Europea, secondo la quale le sanzioni non possono eccedere quanto necessario per assicurare l'esatta riscossione dell'Iva e, di

*versamento, oppure meramente formali, perché non influenti sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e sul versamento del tributo e non arrecanti pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo; solo tali ultime violazioni non sono punibili per inoffensività, dovendo la valutazione concreta circa la natura formale o meramente formale della violazione compiersi in base all'idoneità ex ante della condotta a recare detto pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo”* (Cass. n. 1693 del 2022, Cass. n. 28938 del 2020)

<sup>3</sup> *“Il citato comma 5-bis dell'art. 6 del d.lgs. n. 472 del 1997, introducendo una specifica nozione di “violazione formale” che integra causa di non punibilità della condotta, si riferisce all'ipotesi in cui manchi ogni offensività della violazione, sia in ordine alla corretta determinazione*

*della base imponibile, dell'imposta ed al versamento del tributo, sia in ordine all'esercizio dell'attività di controllo”* (Cass. 901 del 2019, Cass. n. 12639 del 2017, Cass. n. 14401 e 14402 del 2014).

<sup>4</sup> Sul punto torna sempre utile la definizione, di volta in volta, utilizzata ai fini delle procedure di regolarizzazione: *“le irregolarità, le infrazioni e l'inosservanza di obblighi o adempimenti, di natura formale, che non rilevano sulla determinazione della base imponibile ai fini delle imposte”* (articolo 1, comma 166, Legge 29 dicembre 2022, n. 197).

<sup>5</sup> *“Si tratta di un criterio tendenziale di cui più volte lo stesso legislatore si è fatto esplicitamente carico”* (Cass. n. 16450 del 2021).

conseguenza, evitare l'evasione d'imposta. In particolare, al fine di valutare se una la sanzione sia conforme al principio di proporzionalità, occorre tener conto, infatti, della natura e della gravità dell'infrazione che detta sanzione mira a penalizzare, nonché delle modalità di determinazione dell'importo della sanzione stessa<sup>6</sup>. Proprio in ragione dell'applicazione del predetto principio le sanzioni possono assumere un peso specifico differente.

### Valutazione astratta o concreta?

Una volta esclusa la natura sostanziale della violazione, più articolata è la distinzione fra violazioni formali e violazioni meramente formali. Mentre le violazioni sostanziali, in presenza di un danno erariale tangibile, sono inequivocabili e facilmente identificabili, la distinzione fra violazioni formali e meramente formali è più sottile e difficile da interpretare. In questo caso il discrimine è costituito esclusivamente dall'offensività della violazione, o dall'effettivo pregiudizio, rispetto all'esercizio dei poteri di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria, elemento non tangibile, né tantomeno quantificabile.

L'elemento differenziale fra violazioni formali e violazioni meramente formali è nel pregiudizio arrecato alle attività di controllo. La ricerca del danno erariale lascia spazio ad una diversa

esigenza, ovvero quella di evitare comportamenti che, anche ipoteticamente, possano favorire l'evasione dell'imposta. La ratio che punisce le violazioni formali, in particolare, risiede nell'esigenza di assicurare, anche in assenza di un danno erariale, il rispetto degli obblighi normativi ed consentire l'efficace perseguimento degli obiettivi che risiedono nella corretta determinazione del tributo<sup>7</sup>. Pertanto l'obiettivo del sistema è quello di prevenire, mediante l'effetto deterrente della comminatoria della sanzione amministrativa tributaria, non solo violazioni sostanziali, ma anche quelle formali, apparentemente innocue nell'immediato, comunque tali da arrecare pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo e, perché no, preordinate a violazioni, più gravi, di natura sostanziale<sup>8</sup>.

All'atto pratico la distinzione fra violazioni formali e violazioni meramente formali è tutt'altro che agevole. Mancando una disposizione normativa che discrimini l'offensività del comportamento del contribuente, offrendo precisi criteri di qualificazione, è necessario comprendere quando la violazione è tale da arrecare un danno all'attività di controllo e, in particolare, se tale valutazione di congruità debba avvenire in astratto e in via potenziale, ovvero in concreto, ex post, analizzando, caso per caso, le conseguenze delle azioni commesse e, più in generale, il comportamento del contribuente adottato nel

<sup>6</sup> Sentenza del 17 luglio 2014, causa C-272/13 - della Corte Giustizia Unione Europea, Sez. VI. Principio ripreso dalla Corte di Cassazione, secondo al quale "il giudice di Lussemburgo ha ritenuto con orientamento costante che, ai sensi dell'articolo 273 della direttiva IVA, gli Stati membri hanno sì la facoltà di adottare misure al fine di assicurare l'esatta riscossione dell'IVA e di evitare le evasioni e, in assenza di disposizioni di diritto dell'Unione, di scegliere le sanzioni appropriate in caso di inosservanza delle condizioni previste dalla legislazione dell'Unione per l'esercizio del diritto alla detrazione dell'IVA, purché esercitino tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione e dei suoi principi e, segnatamente, i principi di proporzionalità e di neutralità dell'IVA. Ne consegue che le sanzioni non devono eccedere quanto necessario per conseguire gli obiettivi indicati dall'articolo 273 della Direttiva IVA, né mettere in discussione la neutralità di tale imposta -cfr. Corte giust., 8 maggio 2019, EN.SA. Srl, C- 712/17, parr.38 ss.; Corte giust., 18 marzo 2021, A. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, C-

895/19; Corte giust., 15 aprile 2021, Grupa Warzywna, C-935/19, punto 25" (Cass. n. 22727 del 2022).

<sup>7</sup> "La ratio della sanzionabilità delle violazioni «formali» (e non «meramente formali») risiede nell'esigenza di assicurare il rispetto di obblighi atti, nonostante il loro carattere formale, a permettere di conseguire efficacemente gli obiettivi anche sovranazionali perseguiti in materia, vale a dire garantire un'esatta riscossione dell'IVA nonché evitare l'evasione di tale imposta" (Cass. n. 28938 del 2020). Secondo la Corte di Giustizia Europea la violazione formale è tollerabile nel limite del perseguimento efficace degli obiettivi di fedeltà fissati (Corte giust. UE, Sesta Sezione, sentenza 17 luglio 2014, Equoland, in causa C-272/13). Tale approccio si avvia dalla consapevolezza che il contribuente che adempie si trovi in una situazione diversa rispetto a quello inadempiente

<sup>8</sup> Cass. n. 12460 del 2014.

frangente. Fattispecie, quest'ultima, dove un lieve ritardo, tale da consentire al contribuente la regolarizzazione prima del controllo, potrebbe escludere qualsivoglia conseguenza in termini di sanzioni.

### La regolarizzazione "per tempo"

Da questo punto di vista si è del parere di aderire integralmente all'orientamento giurisprudenziale che valuta "ex ante" la violazione in ragione della idoneità della condotta ad arrecare il pregiudizio all'attività di controllo<sup>9</sup>. Secondo tale posizione, tralasciando le conseguenze del comportamento del contribuente, la valutazione di congruità della condotta deve essere eseguita in termini di potenziale idoneità della violazione nell'ostacolare le attività di controllo. Tale posizione si avvia dal presupposto, del tutto condivisibile, che la valutazione non possa essere influenzata dal contesto in cui la violazione è commessa e, in particolare, dalle conseguenze che tale violazione ha determinato, in concreto, rispetto all'effettiva attività di controllo. Se così fosse, evidentemente, qualsivoglia violazione differente da quella sostanziale e, quindi, in assenza di danno erariale, assumerebbe natura meramente formale se la relativa regolarizzazione sia eseguita entro l'avvio delle attività di controllo.

Nella valutazione di congruità dell'offensività della violazione l'interprete non deve essere sviato, pertanto, dalla tempistica della

regolarizzazione. Il principio secondo il quale ogni violazione che non incida sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e del suo versamento, regolarizzata per tempo, ovvero prima che l'Amministrazione Finanziaria attivi il controllo, costituisca una violazione meramente formale perché, in concreto, non ostacola l'azione di accertamento non ancora avviata, non regge al peso della sostenibilità dell'ordinamento tributario.

La regolarizzazione per tempo, infatti, svuoterebbe la fattispecie da qualsivoglia concreta offensività<sup>10</sup>. Si prenda il caso recentemente trattato dalla Suprema Corte di Cassazione relativo alla valutazione di offensività della compensazione del credito iva in assenza di apposizione del visto di conformità sulla relativa dichiarazione<sup>11</sup>. Secondo la Suprema Corte, in assenza di una frode perpetrata dal contribuente, la mancata apposizione del visto di conformità, da un lato non ha arrecato alcun pregiudizio alle casse erariali, dall'altro, alla valutazione di idoneità, non avrebbe potuto intralciare la successiva attività di controllo. Tale adempimento, infatti, si pone a monte rispetto all'attività ispettiva e costituisce, piuttosto, una forma di controllo anticipato, fra l'altro demandato ad un professionista abilitato diverso dall'Amministrazione Finanziaria, rispetto all'esistenza e alla spettanza del credito compensabile. Discorso differente si avrebbe, invece, in caso di tardivo adempimento degli obblighi inerenti la documentazione e la

<sup>9</sup> Secondo tale orientamento la condotta omissiva che consti nel mero ritardo dell'esecuzione dell'adempimento è concretamente idonea ad ostacolare l'esercizio delle azioni di controllo in quanto è tale da interrompere, sotto il profilo temporale e, soprattutto documentale, il meccanismo impositivo. Da tale interruzione, inevitabilmente, l'ostacolo all'azione di controllo. "Ciò che rileva è, difatti, la concreta idoneità ex ante della condotta ad aggravare l'esercizio delle azioni di controllo, da valutarsi inquadrando la stessa condotta nel paradigma normativo di riferimento [...] Quanto innanzi, diversamente dalle prospettazioni della ricorrente, evidenzia l'irrelevanza della circostanza per la quale, nella specie, i controlli siano stati eseguiti in un momento successivo alle autofatturazioni e registrazioni (ancorché tardive) ed esclude necessità

*ed opportunità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE"* (Cass. 28938 del 2020).

<sup>10</sup> "Ciò che rileva è, difatti, la concreta idoneità ex ante della condotta ad aggravare l'esercizio delle azioni di controllo, da valutarsi inquadrando la stessa condotta nel paradigma normativo di riferimento" (Cass. n. 28938 del 2020).

<sup>11</sup> "L'inosservanza di tale adempimento è inidonea a pregiudicare l'esercizio delle attività di controllo e di verifica della sussistenza del credito da parte del contribuente. [...] la mancata apposizione del visto si risolve in una infrazione puramente formale che non determina il venir meno di tale diritto" (Cass. n. 25736 del 2022).

registrazione di operazioni imponibili, ove la violazione è temporalmente ricollegata al sorgere degli obblighi inevasi, che inevitabilmente coincidono con il momento in cui gli stessi dovevano essere conclusi<sup>12</sup>. Per queste ultime il ritardo nella fatturazione o nell'integrazione contabile implicano sempre un potenziale ostacolo all'attività di controllo perché, omettendo in via diretta gli elementi sulla base dei quali si determinano la base imponibile, l'imposta e il suo versamento, si rivelano sempre idonei, anche quando regolarizzati, a fuorviare l'azione di controllo<sup>13</sup>.

### La valutazione di congruità del pregiudizio: quali principi applicare

Nonostante gli esempi concreti offerti dalla giurisprudenza di legittimità in termini di potenziale idoneità della violazione ad arrecare ostacolo alla futura attività di controllo, la valutazione di congruità resta un'attività insidiosa. Problematica che, in concreto, può essere risolta solo attingendo, nuovamente, ai principi generali che disciplinano l'ordinamento tributario in tema di sanzioni e, in particolare, i principi di legalità, proporzionalità e ragionevolezza<sup>14</sup>.

Orbene, se il principio di legalità scolpito nell'articolo 3 del Decreto Legislativo n. 472 del 1997 costituisce il presupposto del sistema

sanzionatorio, ove nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge<sup>15</sup> entrata in vigore prima della commissione della violazione<sup>16</sup>, nella quale sia identificata una specifica fattispecie, immune dall'interpretazione estensiva o analogica<sup>17</sup> del proprio significato e ambito di applicazione, sono i principi di ragionevolezza e proporzionalità che dovrebbero guidare l'interprete nella valutazione astratta del pregiudizio di offensività. Avviando il ragionamento dal presupposto che esista una sanzione per la violazione commessa, nel nostro ordinamento la finalità della sanzione medesima non dovrebbe essere quella di colpire l'inadempimento in quanto tale, in una concezione meramente formale e burocratica, ma quella di assicurare, più in generale, l'adempimento degli obblighi, senza inutili eccessi, al solo fine di prevenire l'evasione e assicurare la riscossione delle imposte nei termini prestabiliti. Sotto tale profilo, infatti, il bene giuridico da tutelare è costituito dall'interesse ad una tempestiva contribuzione in ragione dei principi di capacità contributiva, realizzabile attraverso un'efficace azione di attuazione dei tributi. Per questo motivo, tornando da dove il discorso si è avviato, la valutazione "astratta" circa la natura «formale» o «meramente formale» della violazione deve essere eseguita alla stregua dell'idoneità "ex ante" della condotta a recare il detto pregiudizio all'esercizio

<sup>12</sup> Orientamento ampiamente condiviso in sede comunitaria ove, per il raggiungimento dei citati obiettivi di sostenibilità del sistema tributario, il soggetto passivo che non adempie «nel termine previsto dalla legislazione nazionale il suo obbligo di contabilizzare e dichiarare elementi rilevanti ai fini del calcolo dell'imposta sul valore aggiunto da lui dovuta [...], si trova, in rapporto all'obiettivo di garantire l'esatta riscossione dell'IVA e di evitare la frode, in una situazione diversa da quella del soggetto passivo che ha osservato i suoi obblighi contabili» (Corte giustizia UE, Sesta Sezione, sentenza 17 luglio 2014, Equoland, in causa C-272/13, punto 29, citata dalla ricorrente. Sempre per gli obiettivi di cui innanzi si veda altresì, ex plurimis, Corte just. UE, Ottava Sezione, sentenza 20 giugno 2013, causa C-259/12, Rodopi-M 91 00D).

<sup>13</sup> In tema di ritardi di fatturazione si vedano le sentenze gemelle Cass. 14401 e 14402 del 2014.

<sup>14</sup> "In tema di sanzioni tributarie operano poi altri fondamentali principi quali quello di legalità, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 472 del 1997, e di proporzionalità e ragionevolezza desumibile, tra l'altro, dall'art. 7 dello stesso decreto. Il giudizio di sussunzione della fattispecie concreta nella previsione sanzionatoria va inoltre compiuta tenendo conto della

*idoneità offensiva della condotta nel suo complesso, e non frazionandola in segmenti che non costituiscono autonome fattispecie sanzionatorie*" (Cass. n. 16056 del 2021)

<sup>15</sup> Trattasi della cosiddetta riserva di legge, principio secondo il quale la definizione del sistema sanzionatorio è interamente devoluto al potere legislativo, che lo attua con gli strumenti a propria disposizione, individuando analiticamente le fattispecie rilevanti.

<sup>16</sup> Non è possibile applicare una norma sanzionatoria a violazioni commesse prima della sua entrata in vigore. Tale principio non ammette eccezioni e costituisce l'anteposto del favor rei, principio secondo il quale 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 già favorevole (o nessuna sanzione nel caso in cui per il medesimo comportamento non è più prevista alcuna sanzione).

<sup>17</sup> Le eventuali lacune normative non possono essere colmate con il procedimento interpretativo analogico, ampliando o creando fattispecie punitive all'occorrenza.

delle azioni di controllo, previo il suo imprescindibile inquadramento nel paradigma normativo di riferimento (secondo il principio di legalità), prevedendo l'irrogazione della sanzione prevista per la violazione formale in tutti i casi in cui il pregiudizio all'attività di controllo è anche solo potenziale e la applicazione della sanzione non ecceda quanto, alla luce degli obiettivi di sostenibilità del sistema tributario, accettabile secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

# LA REGOLAMENTAZIONE FISCALE DELLE CRIPTOVALUTE: CRITICA DELLA “RAGIONE NORMATIVA”

*A partire dal 1° gennaio 2023 – e a ben vedere non solamente – è in vigore un’apposita disciplina tributaria per le valute virtuali, beni che già da tempo stanno assumendo una rilevanza notevole nell’economia, in virtù degli scambi sempre più frequenti che vengono effettuati tra i medesimi. Il corpus normativo ad essi dedicato desta però alcune perplessità, che derivano presumibilmente dalla scarsa conoscenza del fenomeno in capo al legislatore (al pari di quanto accadeva in passato nelle varie occasioni in cui l’Amministrazione finanziaria si è espressa in proposito).*

*di Francesco Paolo Fabbri*

## Premessa

Dopo diversi anni, nei quali è mancata qualsivoglia normativa fiscale (e dichiarativa) delle **criptovalute**, la “Legge di Bilancio 2023”<sup>1</sup> ha stabilito, per la prima volta nel nostro ordinamento, una regolamentazione tributaria per tali beni, talvolta denominati anche “*valute virtuali*”, “*cripto-attività*” eccetera.

L’intervento legislativo risulta importante in quanto in precedenza, considerata la citata assenza di indicazioni legislative sulle valute virtuali, l’autorità fiscale ha avuto modo di

esprimersi su detti asset in modo sostanzialmente diametrale, obbligando pertanto l’interprete ad orientarsi tra le poche (e non sempre coerenti) indicazioni fornite dai documenti di prassi. Documenti che, evidentemente, si orientavano in tutti i casi nel senso di una considerazione fiscale del “fenomeno criptovalute” non particolarmente favorevole al privato/contribuente, su tutti i vari aspetti di interesse – dal trattamento impositivo in senso stretto, sia ai fini delle imposte dirette che dell’IVA, agli obblighi di monitoraggio eccetera.

<sup>1</sup> Art. 1, commi 126-147 della Legge 197/2022.

Va però notato che, complice probabilmente una scarsa conoscenza delle cripto-attività da parte dello stesso legislatore<sup>2</sup>, la disciplina in questione soffre di alcune debolezze che parimenti si prenderanno in considerazione nel prosieguo, e che, anche a livello di possibili interpretazioni di disposizioni non particolarmente chiare, destano (ben) più di una perplessità.

## Il “mondo cripto” e la relativa tecnicità

Le origini delle criticità più rilevanti della normativa fiscale relativa alle valute virtuali possono essere ricondotte al fatto che, come noto, ogni disciplina tributaria si “appoggia” (*lato sensu*) su un fenomeno pre-fiscale, che viene preso in considerazione da quest’ultima al fine di trattarlo con riguardo alla contribuzione rispetto alle spese statali: è infatti assai noto come la branca fiscale del nostro ordinamento giuridico abbia le proprie fondamenta stabilmente radicate<sup>3</sup> sulla realtà empirica che riscontra e su cui, anche se solamente talvolta, si limita ad intervenire regolandola rispetto ai propri fini precipui<sup>4</sup>. Quanto detto ha portato gli studiosi ad orientarsi verso l’attribuzione alla

disciplina fiscale della qualificazione di **diritto di “secondo livello”** (o anche di “secondo grado”<sup>5</sup>), con ciò significando che, *a latere* della questione, risolta positivamente, circa l’autonomia del medesimo nel sistema giuridico<sup>6</sup>, non può che constatarsi come le fattispecie che le norme tributarie individuano come degne di essere sottoposte ad imposizione esistano già, ad un livello antecedente quello impositivo – in quanto regolate da differenti rami del diritto cui fanno capo – venendo poi esse (eventualmente) considerate dalla specifica prospettiva tributaria. In sostanza, che si tratti di contribuente persona fisica (lavoratore dipendente, autonomo o imprenditore) o di società od altro ente, l’imposizione investe una fattispecie con una dignità giuridica a sé stante e precedente a quella fiscale, a ciò conseguendo necessariamente una vasta moltitudine di relazioni tra la scienza tributaria e le diverse ed altre discipline dell’(unitario) ordinamento giuridico<sup>7</sup> a cui essa fa iniziale riferimento.

E quanto detto vale quindi, evidentemente, anche per le criptovalute, per le quali la prima questione da affrontare riguarda il fatto che esse presentano alcune difficoltà nell’inquadramento concettuale, ossia nell’andare a definire che cosa

<sup>2</sup> La quale si può constatare anche sulla base del fatto che, nella relazione tecnica al disegno di legge di Bilancio per il 2023, manca una puntuale appostazione del gettito rinvenibile dall’introduzione della normativa in esame.

<sup>3</sup> Per poter adempiere al suo ineluttabile compito di procurare allo Stato ed agli altri enti pubblici i mezzi finanziari occorrenti per il raggiungimento delle rispettive finalità (Cfr. Falsitta G. “Manuale di Diritto Tributario – Parte generale”, X ed., Padova, 2017, p. 5 e prima ancora Berliri A. “Principi di Diritto Tributario”, Milano, 1967, p. 5).

<sup>4</sup> Ciò avviene, illustrando una circostanza oltremodo popolare, con le variazioni dell’utile di esercizio, così come determinato in base ai criteri civilistici (segnatamente seguendo la previsione degli artt. da 2423 a 2426 del c.c. e dei principi contabili), sia in *aumento* che in *diminuzione*, di cui all’art. 83, comma 1 del Tuir, in applicazione delle specifiche norme fiscali dettate ai fini della determinazione dell’imponibile da sottoporre a tassazione. Quanto detto si verifica proprio in virtù della necessità di riporto alla dimensione fiscale, coerentemente con la sua finalità espressa dal principio di capacità contributiva di cui all’art. 53 della Costituzione, del dato quantitativo proveniente dall’ambito civilistico, che parimenti ha regole proprie al fine della rappresentazione veritiera e corretta della situazione economica, patrimoniale e finanziaria di colui che è chiamato a redigere il bilancio di esercizio (art. 2423, comma 2 del c.c.). Ed infatti, non potendosi permettere che il *quantum* di imposte imputabile al contribuente sia lasciato in ultima analisi, in virtù del principio di derivazione di cui al richiamato art. 83 del Tuir, alla sua discrezionalità nell’appostare in bilancio voci di costo non ritenute dal legislatore degne di considerazione ai fini del computo della base

imponibile, la normativa fiscale individua specifici tipi di spese che – a prescindere dall’inerenza – possono essere valutati come non meritevoli di quella caratteristica tutela che fa sì che il relativo onere venga fatto tralasciare sulla collettività, non permettendo pertanto al singolo operatore di dedurne il relativo importo.

<sup>5</sup> In questo modo si esprime, pur con riferimento ad una specifica questione, De Mita E. “Tutela rafforzata sui crediti tributari”, *Il Sole24h*, 28/11/2018, circa la possibilità che la materia fiscale, che pure insiste, come poc’anzi riferito per ipotesi, su un fenomeno civilistico, possa discostarsi da quest’ultimo tramite apposite deroghe previste dalla propria normativa di riferimento, cosicché vi si possa riconoscere implicitamente la derivazione dall’ambito precedente a quello fiscale.

<sup>6</sup> Sul punto è stato autorevolmente sostenuto che il *diritto tributario*, come settore dell’ordinamento che disciplina i tributi, risulti autonomo, pur essendo tradizionalmente considerato come facente parte (assieme al *diritto della contabilità pubblica*) del *diritto finanziario*, rientrando a propria volta nel *diritto amministrativo*, in quanto riportante una disciplina sostanziale – il complesso di norme che disciplinano il tributo a partire dal suo presupposto, dai soggetti passivi, dalla misura nonché eventuali esenzioni eccetera – che per ogni tributo lo rende corpo normativo autonomo rispetto agli altri settori del diritto (cfr. Tesaro F. “Istituzioni di Diritto Tributario – Parte Generale”, XIII ed., Milano, 2017, p. 9 e ss.; Falsitta G. “Manuale di Diritto Tributario – Parte generale”, X ed., Padova, 2017, p. 7 e ss.; Fregni M.C. “Obbligazione tributaria e codice civile”, Torino 1998, p. 213 e ss.).

<sup>7</sup> Così Falsitta G. “Manuale di Diritto Tributario – Parte generale”, X ed., Padova, 2017, p. 6 e ss.

esse siano (per poi transitare, solo successivamente, al trattamento impositivo). Si può quindi affermare che gli asset di cui si è detto si sostanziano in *rappresentazioni digitali*, sia di valore che di diritti, la cui diffusione è andata di pari passo con una nuova tecnologia cosiddetta di “registro distribuito” di informazioni digitali<sup>8</sup>, che vedono come principale applicazione la c.d. blockchain.

Tale registro è “distribuito” in quanto è composto da unità indipendenti (c.d. “nodi”), invece che essere centralizzato in un’unità da cui dipende l’accesso delle altre: la citata blockchain ne rappresenta una specifica tipologia, che prevede l’archiviazione delle informazioni in “blocchi” che, ad intervalli regolari, vengono condivisi dai nodi del sistema e resi immutabili. Si tratta di registri che possono ospitare una grande varietà di informazioni. In ambito finanziario l’utilità dei registri dipende dal fatto che possono contenere informazioni sui diritti che spettano al possessore (c.d. “token di attività”), al quale è garantito l’accesso esclusivo per mezzo della crittografia, in modo tale che un solo soggetto sia in possesso della chiave di accesso all’informazione da cui dipende l’esercizio di uno o più diritti.

Nello specifico, il **token** è il gettone (virtuale) che consente questo esercizio, risultando perciò dotato di un valore, che non è intrinseco ma dipende dal bene o dalla prestazione alla quale consente di accedere; più tale bene o prestazione è diffusa e standardizzata e più aumentano le

potenzialità di un token come mezzo di scambio, unità di conto o riserva di valore, ossia le tipiche caratteristiche della moneta. In altri termini, il valore del token dipende dal “contesto” in cui viene accettato come strumento rappresentativo (ossia come una fiches, un buono pasto o un titolo azionario). I token più diffusi nell’attuale contesto di mercato sono i token di moneta elettronica (o “valute virtuali”) e, dal punto di vista tecnico, le valute virtuali sono stringhe di codici digitali criptati, generati in via informatica mediante algoritmi<sup>9</sup>.

Per quel che rileva ai nostri fini, la valuta virtuale rappresenta un sistema di informazioni che può assumere una varietà enorme di forme virtuali (al di là della “mera” valuta) e questo rende estremamente complesso il suo inquadramento dal punto di vista normativo, riverberando tale aspetto conseguenze rilevanti sulla disciplina fiscale che si esaminerà. Si può in ogni caso procedere con una classificazione di quelle che, ad oggi<sup>10</sup>, risultano le tipologie più diffuse di token, come segue:

- 1) *currency tokens*, che configurano mezzi di pagamento per l’acquisto di beni o servizi oppure strumenti finalizzati al trasferimento o investimento di denaro o di valori;
- 2) *security tokens*, i quali incorporano diritti economici legati all’andamento di un’iniziativa imprenditoriale<sup>11</sup> e/o diritti amministrativi<sup>12</sup>;
- 3) *utility tokens*, rappresentativi di diritti diversi, legati alla possibilità di utilizzare il

<sup>8</sup> “Distributed Ledgers Technology”.

<sup>9</sup> Lo scambio dei codici criptati tra gli utenti avviene attraverso specifiche applicazioni/software come la blockchain, e tali “valute” hanno natura esclusivamente “digitale” in quanto sono create, memorizzate e utilizzate attraverso dispositivi elettronici, venendo poi conservate, generalmente, in “portafogli elettronici” (c.d. wallet). Questi ultimi consistono in una coppia di chiavi crittografiche di cui:

- la chiave pubblica, comunicata agli altri utenti, rappresenta l’indirizzo a cui associare la titolarità delle valute virtuali ricevute, mentre
- la chiave privata, mantenuta segreta per garantire la sicurezza, consente di effettuare operazioni di trasferimento.

Poiché si è visto che il token è un sistema di informazioni gestite attraverso un registro distribuito, esso può assumere una varietà enorme di forme virtuali, al di là della “mera” valuta; questo rende estremamente complesso il suo inquadramento dal punto di vista normativo, questione su cui è intervenuta la disciplina che si prenderà in considerazione in seguito.

<sup>10</sup> Momento storico nel quale esistono decine di migliaia di valute virtuali.

<sup>11</sup> Tipicamente il diritto di partecipare alla distribuzione dei futuri dividendi.

<sup>12</sup> Ad esempio diritti di voto su determinate materie.

prodotto o il servizio che l'emittente intende realizzare<sup>13</sup>;

- 4) *non fungible token* (NFT), ossia token unici, rari e indivisibili nati tipicamente per rappresentare asset digitali<sup>14</sup> o per certificare proprietà fisiche reali<sup>15</sup>.

## Normativa fiscale delle crypto-attività

La nuova disciplina per le valute virtuali, a differenza di quanto è avvenuto negli ultimi anni con i vari documenti di prassi che sono stati resi noti al pubblico<sup>16</sup>, riguarda solamente le *imposte dirette* (e il monitoraggio fiscale). Relativamente a tale ambito è stata infatti stabilita, in modo esplicito, l'inclusione delle crypto-attività<sup>17</sup> nell'ambito del quadro impositivo sui redditi delle persone fisiche.

Nello specifico, nell'art. 67, comma 1 del Tuir viene inserita una nuova categoria di "redditi diversi", facente capo alla neo-introdotta lettera c-sexies), costituita dalle plusvalenze e dagli altri proventi realizzati mediante:

- rimborso/cessione a titolo oneroso, oppure
- permuta, o ancora
- detenzione,

di valute virtuali, comunque denominate, non inferiori complessivamente a 2.000 euro nel periodo d'imposta.

Ciò che balza istantaneamente all'occhio è una sorta di "unicum" a livello di ordinamento fiscale, dal momento che risulta possibile che

anche la mera detenzione di criptovalute dia luogo a proventi tassabili, fattispecie che costituisce difatti una sorta di eccezione alla regola generale che, relativamente ai beni, vede la tassazione solamente nel realizzo. Con riferimento alle crypto-attività ciò si giustifica in quanto vi sono ipotesi nelle quali tali beni possono essere "vincolati" affinché se ne generino altri (come nel caso delle operazioni di *mining*<sup>18</sup>, *staking*<sup>19</sup> e *airdrop*<sup>20</sup>): in dette ipotesi, quindi, la detenzione delle criptovalute risulta in qualche modo simile a quella dei redditi fondiari, derivanti da asset che parimenti producono "frutti", motivo per cui anche questi ultimi sono sottoposti a imposizione per la sola detenzione.

Si specifica invece che non costituisce una fattispecie fiscalmente rilevante la permuta tra crypto-attività aventi medesime caratteristiche e funzioni, anche se a determinate condizioni – che si vedranno in seguito.

Vengono altresì definite le **plusvalenze** realizzate su crypto-attività<sup>21</sup>, prevedendosi che esse siano costituite dalla differenza tra:

- il corrispettivo percepito ovvero il valore normale delle crypto-attività permutate e
- il costo o il valore di acquisto<sup>22</sup>.

Tali plusvalenze possono essere portate in compensazione, venendo sommate algebricamente alle (sole) relative

<sup>13</sup> Come può avvenire nel caso di licenza per l'utilizzo di un software ad esito del processo di sviluppo.

<sup>14</sup> Oggetti collezionabili su blockchain, opere d'arte digitali, proprietà nella realtà virtuale, biglietti per eventi e oggetti di gioco eccetera.

<sup>15</sup> Di recente si è visto il caso relativo agli immobili, auto, opere d'arte e proprietà intellettuali di vario genere.

<sup>16</sup> Che hanno trattato anche gli aspetti IVA dei beni in esame (si vedano la risoluzione n. 72/E del 02/09/2016 così come le risposte a interpello n. 508 del 12/10/2022 e n. 515 del 17/10/2022).

<sup>17</sup> Chiarendo che, ai fini della disposizione in esame, per crypto-attività si intende una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga (di cui si è detto al precedente paragrafo).

<sup>18</sup> Dall'inglese "estrarre", nel caso dei bitcoin rappresenta il processo di condivisione della potenza di calcolo degli hardware dei partecipanti alla

rete, sistema con cui vengono generate nuove monete e convalidate transazioni (collegandole a quelle già esistenti).

<sup>19</sup> Nel quale ha luogo l'acquisizione e la custodia di un certo numero di token, che verranno poi utilizzati per validare le transazioni effettuate tramite la blockchain.

<sup>20</sup> Evento in cui vengono distribuite criptovalute in maniera totalmente gratuita, in seguito alla partecipazione a un contest o per aver eseguito dei passaggi particolari. La maggior parte degli airdrop di criptovalute viene difatti lanciata da progetti emergenti che vogliono raggiungere un pubblico più ampio: nello specifico, tra i partecipanti all'evento di è un certo numero di utenti riceverà l'airdrop token, ossia una criptovaluta nativa che il più delle volte appartiene a tale progetto nato da poco.

<sup>21</sup> Nuovo comma 9-bis dell'art. 68 del Tuir.

<sup>22</sup> A tal fine si prevede parimenti che, nel caso di acquisto per *successione*, si assume come costo il valore definito oppure, in mancanza, quello dichiarato agli effetti dell'imposta di successione, mentre nell'ipotesi di *donazione* si considera invece quello sostenuto dal donante.

minusvalenze, dando quindi luogo ad una sorta di “compartimento stagno” per il confronto fra componenti differenziali di segno opposto<sup>23</sup>. Da notare poi che, specularmente alla tassabilità dei proventi positivi che superano l'importo di 2.000 euro, viene data la possibilità di riportare le minusvalenze nei periodi d'imposta successivi, comunque non oltre il quarto, solamente se quelle indicate nella dichiarazione dei redditi relativa a un dato periodo d'imposta risultano superiori alle plusvalenze per più di 2.000 euro.

Da notare infine che il costo o valore di acquisto rilevante redditualmente deve essere documentato con elementi certi e precisi a cura del contribuente, in mancanza dei quali esso dovrà considerarsi pari a zero. Detta circostanza può talvolta risultare particolarmente problematica per gli operatori, viste le criticità sovente riscontrabili presso gli “exchange”<sup>24</sup>, ossia le piattaforme di scambio in cui è possibile comprare e vendere criptovalute, in particolare nel momento in cui questi ultimi cessano la propria attività, senza più dare la possibilità agli interessati di ottenere i dati sulle transazioni effettuate in passato (a partire dai quali è possibile fornire la prova del costo sostenuto per l'acquisizione dei beni digitali).

### Permuta fra attività digitali, rideterminazione del valore fiscale e dubbi interpretativi/applicativi

Si è visto in precedenza come l'art. 67 del Tuir, così come modificato dalla “Legge di Bilancio 2023”, specifichi che non costituisce una fattispecie fiscalmente rilevante la permuta tra

criptovalute; anche se ciò accade, com'è stato parimenti anticipato, solamente qualora sussistano determinati requisiti. L'ultimo periodo del citato art. 67, comma 1, lettera c-sexies) dispone infatti che “*Non costituisce una fattispecie fiscalmente rilevante la permuta tra cripto-attività aventi eguali caratteristiche e funzioni*”, espressione che dà tuttavia luogo ad alcuni interrogativi – anche di particolare rilievo – che rimandano all'inquadramento preliminare che è stato fatto in precedenza sugli asset in esame.

Occorre tenere presente che, nel “mondo crypto”, la rivendita di valute virtuali può senz'altro avvenire avendo come contropartita le c.d. valute FIAT (aventi corso legale), oppure anche ottenendo altre criptovalute; anzi, tale ultimo tipo di operatività risulta particolarmente frequente nell'ambito di riferimento. Ciò che rileva in simile frangente è il fatto che detti scambi tra cripto-attività possono avvenire tra beni analoghi (ad esempio bitcoin contro bitcoin, oppure ethereum contro ethereum) oppure con permuta tra *diverse tipologie* degli stessi.

La categorizzazione di cui si è detto – e che distingue tra currency, security, utility e non fungible token – assume rilevanza in simile frangente in quanto, nonostante detta macro-distinzione, risulta alla data odierna molto difficile che anche cripto-attività della stessa tipologia possano essere realmente analoghe, almeno in termini di “*caratteristiche e funzioni*”. Cosa che viene invece specificamente richiesta, dal richiamato ultimo periodo dell'art. 67, comma 1, lettera c-sexies) del Tuir, ai fini

<sup>23</sup> Diversamente da quanto avviene ordinariamente con le plus e minusvalenze compensabili anche a livello di “redditi finanziari” – comunque afferenti alla categoria residuale dei redditi diversi – di differente tipologia. Si tratta, nello specifico, dei redditi derivanti dalle operazioni su titoli (anche partecipativi) e strumenti finanziari, di cui all'art. 67, comma 1, lettere c), c-bis), c-ter), c-quater) e c-quinquies) del

Tuir, eccezione fatta per le operazioni relative a partecipazioni in entità localizzate nei c.d. “paradisi fiscali” (art. 68, comma 4 del Tuir).

<sup>24</sup> Che incrociano domanda e offerta di determinate monete digitali permettendo il loro scambio, motivo per cui vengono considerati da taluni dei veri e propri mercati, utilizzati principalmente (ed evidentemente) da chi svolge attività di trading di beni di questo genere.

dell'irrelevanza fiscale delle permutate tra asset di questo genere.

La circostanza appena richiamata sarebbe quindi, evidentemente, in grado di porre nel nulla la stessa previsione sulla non imponibilità degli scambi tra valute virtuali; anche se, a questo proposito, può venire in ausilio – almeno a livello interpretativo – quanto riportato dalla relazione illustrativa alla “Legge di Bilancio 2023”. Ed infatti, nella relazione all'allora disegno di legge<sup>25</sup> si può notare una nota esplicativa della disposizione in esame, laddove si riportava che *“ad esempio non assume rilevanza lo scambio tra valute virtuali, mentre assume rilevanza fiscale l'utilizzo di una cripto-attività per l'acquisto di un bene o un servizio o di una altra tipologia di cripto-attività (ad esempio l'utilizzo di una crypto currency per acquistare un non fungible token) o la conversione di una crypto currency in euro o in valuta estera”*. Sembra quindi che, secondo il legislatore, il riferimento alle caratteristiche e funzioni delle valute virtuali di cui si è detto non debba essere fatto a livello puntuale<sup>26</sup>, bensì in termini di **categoria di appartenenza**.

Si tratta, evidentemente, di un sillogismo favorevole al contribuente, nella misura in cui amplia – o meglio, rende effettivamente fruibile – l'ambito applicativo della norma che rende fiscalmente irrilevanti gli scambi c.d. cripto su cripto. Anche se, a ben vedere, simile argomentazione soffre di un limite non marginale, dato dal fatto che il contenuto della relazione illustrativa non assume rilevanza di fonte del diritto. Questo perché, come noto, l'art.

12, comma 1, primo periodo delle Preleggi al codice civile<sup>27</sup> dispone espressamente che *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore”*. In proposito, al netto di ulteriori approfondimenti prettamente linguistici, si può rilevare come la virgola che precede la locuzione *“e dall'intenzione del legislatore”* rende tale ultima parte del periodo servente rispetto alla frase antecedente, non potendovi quindi derogare ma dovendo essere letta e considerata unitamente ad essa.

Quanto sopra riportato ha essenzialmente due conseguenze da tenere a mente, ossia:

- a) il primo canone ermeneutico da utilizzare per interpretare – ed applicare – le disposizioni di legge risulta sempre e comunque quello dell'interpretazione letterale (la c.d. *“vox iuris”*);
- b) quest'ultimo può poi essere “corroborato” dall'intenzione del legislatore (la *“voluntas legis”*, riscontrabile, come nel caso in esame, dall'analisi dei lavori preparatori dei testi normativi), la quale può eventualmente sostituire l'interpretazione letterale ma solamente, si badi bene, se il tenore testuale del precetto non sia da sé in grado di fornire una soluzione rispetto al possibile significato da attribuire al medesimo<sup>28</sup>.

Pare quindi evidente che, in mancanza di chiarimenti ufficiali, segnatamente di carattere “normativo positivo” (ulteriori alla relazione illustrativa citata in precedenza), per i soggetti

<sup>25</sup> Presentato alla Camera il 29/11/2022 (A.C. 643).

<sup>26</sup> In quanto, lo si ribadisce, ciò porterebbe sostanzialmente all'inapplicabilità in toto della stessa previsione, a causa delle (talvolta anche rilevanti) differenze tra valute virtuali che fanno parte della stessa “classe”.

<sup>27</sup> Sulla *“Interpretazione delle leggi”*.

<sup>28</sup> Da notare che, in virtù di quanto appena riportato, si giustifica il noto brocardo latino secondo cui *“in claris non fit interpretatio”*, il quale indica infatti che, laddove si ha a che fare con una norma con un chiaro e preciso significato, non occorre procedere con alcuno sforzo interpretativo per “decodificarla”.

che effettuino simili permutazioni tra beni digitali può risultare particolarmente aleatoria l'individuazione del corretto trattamento fiscale da applicare alla casistica in discorso; questo, soprattutto, qualora i valori a cui avvengono gli scambi risultino sufficientemente elevati. Si tratta comunque di una fattispecie che, come già riportato, è molto comune per chi opera con i beni in discussione, motivo per il quale non pare che simile incertezza normativa possa (se non in casi rari) rappresentare un vero freno rispetto a questo tipo di attività di scambio.

Vi è poi un diverso elemento sul quale, in maniera del tutto analoga, è riscontrabile una problematica afferente alla scarsa conoscenza del contesto di riferimento da parte di chi ha elaborato il precetto normativo – anche se questa volta ben più di carattere *applicativo*, piuttosto che interpretativo. Si tratta dell'ipotesi di **rivalutazione** del costo fiscale delle criptovalute, dal momento che viene data la possibilità di rideterminarne, per il calcolo delle relative plusvalenze e minusvalenze<sup>29</sup>, il valore di acquisto; ciò, nello specifico, se i beni erano posseduti alla data del 01/01/2023 e a condizione che il predetto valore venga assoggettato alla “classica” *imposta sostitutiva* delle imposte sui redditi, in misura pari al 14%.

L'istituto in esame è sostanzialmente analogo alla rideterminazione del valore fiscale delle partecipazioni, fatta eccezione per la manca  
za  
di alcun obbligo di redazione della perizia di  
stima. E, analogamente a quanto accade per i titoli in società, la norma specifica che le

minusvalenze calcolate per effetto della rideterminazione del valore di acquisto delle cripto-attività di cui sopra non sono scomputabili<sup>30</sup> dalle eventuali plusvalenze (anche realizzate nei periodi d'imposta successivi): ciò significa, di fatto, che i componenti negativi di reddito che dovessero derivare dalla rivalutazione delle risulterebbero di fatto impermeabili a quanto accade al contribuente a livello impositivo, anche sullo stesso versante delle valute virtuali.

In proposito si può facilmente constatare che, sulla base dei recenti “trend” delle cripto-attività in termini di valore<sup>31</sup>, la rivalutazione non ha sostanzialmente ragione d'essere, posta la scarsità di situazioni nelle quali, alla data odierna, risulta possibile realizzare tali beni facendo emergere componenti di reddito differenziali di segno positivo. Anche se la disposizione sulla rivalutazione può forse essere salutata con favore nella misura in cui, sempre in linea con quanto accade per la rideterminazione del valore delle partecipazioni societarie, la previsione in esame potrebbe rappresentare la “prima pietra” di un percorso riproponibile in più occasioni nel corso del tempo<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Ossia di quelle viste in precedenza, ex art. 67, comma 1, lettera c-sexies) del Tuir.

<sup>30</sup> Ai sensi del comma 9-bis dell'art. 68 del Tuir, introdotto dalla stessa “Legge di Bilancio 2023”.

<sup>31</sup> Che vedono ribassi già da diversi anni a questa parte, rispetto a quanto risultava agli albori dei traffici in valute digitali.

<sup>32</sup> Segnatamente in periodi nei quali vi saranno rialzi nelle quotazioni delle criptovalute, tali da rendere effettivamente fruibile un'eventuale

“riedizione” di simile norma sulla possibilità di rivalutare, analogamente a ciò che accade con gli artt. 5 e 7 della Legge 448/2021, in materia di rideterminazione dei valori di acquisto delle partecipazioni non negoziate nei mercati regolamentati e dei terreni edificabili e con destinazione agricola, che a partire dall'entrata in vigore sono stati reintrodotti (quasi) di anno nell'ordinamento – da ultimo tramite l'art. 1, commi 107-109 della stessa Legge 197/2022.

## Disciplina transitoria per le imposte sui redditi

Un elemento particolarmente interessante – e che prelude a quanto si dirà in merito al monitoraggio fiscale – è quello per cui con la “Legge di Bilancio 2023” sono state altresì disciplinate le plusvalenze realizzate su cripto-attività fino al 01/01/2023. Viene infatti stabilito che le stesse si considerano realizzate ai sensi dell’art. 67 del Tuir e, più nello specifico, che per determinare la plusvalenza occorre applicare il successivo art. 68, comma 6, secondo cui le plusvalenze:

- sono costituite dalla differenza tra il corrispettivo percepito (ovvero la somma o il valore normale dei beni rimborsati), e il costo o il valore di acquisto assoggettato a tassazione, aumentato di ogni onere inerente alla loro produzione, compresa l’imposta di successione e donazione e con esclusione degli interessi passivi;
- possono vedere il relativo importo ridotto dalle minusvalenze relative ad operazioni che danno luogo a “redditi finanziari”<sup>33</sup>.

In questo modo il legislatore si è di fatto allineato con quanto riportato in precedenza dalla prassi amministrativa<sup>34</sup>, nonostante l’assenza di uno specifico presupposto impositivo/normativo in tal senso per il passato.

## Monitoraggio fiscale e sanatoria per il passato

La Legge 197/2022 ha altresì modificato la disciplina sul **monitoraggio fiscale** (quadro RW)<sup>35</sup>, in particolare nella parte che riguarda la rilevazione di taluni trasferimenti da e per l’estero di denaro, di titoli e valori, in cui viene incluso il riferimento alle cripto-attività – come beni da dichiarare annualmente da parte dei contribuenti – nonché ai prestatori di servizi di portafoglio digitale<sup>36</sup> – in termini di soggetti tenuti alla comunicazione in esame.

Si ricorda che l’art. 1 del D.L. 167/1990 stabilisce che gli intermediari bancari e finanziari che intervengono nei trasferimenti da o verso l’estero di mezzi di pagamento sono tenuti a trasmettere all’Agenzia delle Entrate i dati acquisiti in occasione dell’adeguata verifica dell’identità della clientela in relazione alle predette operazioni: la “Legge di Bilancio 2023” amplia simile ambito anche ai trasferimenti effettuati in valuta virtuale di importo pari o superiore a 5.000 euro.

Come ordinariamente accade per obblighi relativi al quadro RW, la comunicazione in esame riguarda le operazioni eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e società semplici/associazioni equiparate<sup>37</sup>. Tali soggetti, quindi, se residenti in Italia nel periodo d’imposta e detentori di investimenti all’estero, di attività estere di natura finanziaria ovvero (per effetto della nuova

<sup>33</sup> Si veda la precedente nota n. 23.

<sup>34</sup> Risposta a interpello n. 788 del 24/11/2021, nella quale – in continuità con la “storica” equiparazione tra valute virtuali ed estere (già risoluzione m. 72/E/2016) – l’Agenzia ha riportato che “*le cessioni a termine di valute virtuali rilevano sempre fiscalmente, mentre le cessioni a pronti generalmente non danno origine a redditi imponibili mancando la finalità speculativa, salva l’ipotesi in cui la valuta ceduta derivi da prelievi da portafogli elettronici (wallet), per i quali la giacenza media superi un controvalore di euro 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi continui nel periodo d’imposta, ai sensi del*

*combinato disposto degli articoli 67, comma 1, lettera c-ter), e Pagina 5 di 7 comma 1-ter del Tuir*”.

<sup>35</sup> D.L. 167/1990.

<sup>36</sup> I medesimi prestatori di servizi sono inclusi fragli intermediari soggetti ai poteri informativi dell’Unità speciale per il contrasto della evasione ed elusione internazionale dell’Agenzia delle Entrate (costituita ai sensi dell’art. 12, comma 3 del D.L. 78/2009) e dei reparti speciali della Guardia di finanza in relazione ai trasferimenti effettuati attraverso non residenti (art. 3 del D.L. 167/1990).

<sup>37</sup> Ai sensi dell’art. 5 del Tuir.

norma) di crypto-attività, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, dovranno indicarli nella dichiarazione annuale dei redditi. Sono altresì tenuti agli obblighi di dichiarazione i medesimi soggetti che, pur non essendo possessori diretti degli investimenti esteri e delle attività estere di natura finanziaria ovvero (per effetto della modifica in esame) in crypto-attività, siano titolari effettivi dell'investimento<sup>38</sup>.

Viene poi prevista una **sanatoria retroattiva**, sempre relativamente al monitoraggio fiscale, per le valute virtuali, consentendo in particolare ai contribuenti che non avevano indicato nella propria dichiarazione la detenzione delle crypto-attività (e i redditi derivati dalle stesse) di regolarizzare la propria posizione presentando un'apposita *istanza di emersione* e versando:

- la sanzione per l'omessa indicazione di tali beni, pari allo 0,5% del valore della attività in esame che non sono state dichiarate per ogni annualità, nonché
- nel caso in cui le crypto-attività abbiano prodotto reddito, un'imposta sostitutiva in misura pari al 3,5% del valore delle crypto-attività detenute al termine di ogni anno o al momento del realizzo (importo al quale va aggiunta la citata sanzione dello 0,5%).

La sanatoria potrà essere attuata dalle persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed equiparate, residenti in Italia, che non hanno indicato nella propria dichiarazione

annuale dei redditi le crypto-attività detenute entro la data del 31/12/2021, al pari dei redditi sulle stesse realizzati<sup>39</sup>.

Quanto appena visto, al pari della disposizione che stabilisce (solo oggi) la tassazione dei redditi sulle criptovalute realizzati fino all'entrata in vigore della regolamentazione fiscale delle criptovalute, fa però sorgere notevoli perplessità. È infatti oltremodo evidente che, così facendo, il legislatore è incorso nella palese violazione del precetto di divieto di retroattività delle norme fiscali, appositamente disposto dall'art. 3, comma 1 dello Statuto dei diritti del contribuente<sup>40</sup> (d'ora in avanti anche "Statuto"), secondo cui "*Salvo quanto previsto dall'articolo 1, comma 2<sup>41</sup>, le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo. Relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono*".

Detta violazione risulta particolarmente grave in quanto lo Statuto rappresenta un intervento normativo di fondamentale rilevanza per il nostro sistema fiscale, la cui introduzione ha rappresentato un evento di portata epocale: venuto ad esistenza a seguito di una "gestazione" particolarmente lunga<sup>42</sup>, durante la quale fu presa altresì in considerazione l'ipotesi di una sua emanazione come legge di rango costituzionale<sup>43</sup>, lo Statuto è scaturito da

<sup>38</sup> Secondo quanto previsto dalla normativa antiriciclaggio.

<sup>39</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 1 del D.L. 167/1990.

<sup>40</sup> Legge 212/2000, primo corpo statutario nella storia tributaria dello Stato che ha dettato linee guida cruciali con riferimento alle modalità di emanazione ed al contenuto delle leggi in materia fiscale e fornisce al contempo ai contribuenti un'ampia gamma di tutele nei confronti dell'Amministrazione finanziaria (si rimanda in proposito al già citato Falsitta G. "Manuale di Diritto Tributario – Parte Generale", che nella prefazione alla quarta edizione vedeva l'autore riepilogare le novità normative che avevano "imposto" una riedizione del proprio manuale dopo il 1999, riservando all'emanazione dello Statuto la collocazione primaria – antependolo, peraltro, a riforme storiche quali la revisione del titolo quinto della Costituzione, introduttivo del c.d. federalismo fiscale regionale).

<sup>41</sup> A mente del quale, a propria volta, "*L'adozione di norme interpretative in materia tributaria può essere disposta soltanto in casi eccezionali e con legge ordinaria, qualificando come tali le disposizioni di interpretazione autentica*".

<sup>42</sup> La prima proposta di legge che si può definire "ufficiale" è la n. 5079 del 20/12/1990, che ha preceduto di dieci anni l'effettiva entrata in vigore dello Statuto, mentre lo schema di legge da cui prese inizio l'iter di approvazione che vide in definitiva la luce fu licenziato dal Consiglio dei Ministri in data 08/08/1996.

<sup>43</sup> Proposta che, in virtù della contingenza storica in cui era sorta l'urgenza di emanare simile testo normativo e dei tempi che ne contraddistinsero l'entrata in vigore, ha portato parte della dottrina a ritenere la caratterizzazione smaccatamente dilatoria – seppur dissimulata dalla veste di grande solennità – di tale istanza (in tal senso si è espresso Marongiu G. "Lo statuto dei diritti del contribuente" –

un'eterogenea composizione di urgenze che hanno caratterizzato l'epoca precedente alla sua emanazione. Situazione che stava traghettando il sistema fiscale in un angolo buio dal quale sarebbe potuto uscire solo grazie ad una disciplina di così elevata autorevolezza<sup>44</sup>.

E, a più 20 anni dall'entrata in vigore dello Statuto dei diritti del contribuente – nonostante più di uno “scivolone legislativo”<sup>45</sup>, tra cui quello in esame – se ne possono ancora certamente apprezzare i principi diametrali per l'ordinamento tributario tutto, i quali hanno reso tale testo normativo un punto di riferimento non solo per il fisiologico funzionamento del medesimo ordinamento, ma anche per i successivi interventi normativi (seppur talvolta potenziali<sup>46</sup>). Anche se, ça va sans dire, la perpetrazione di condotte di palese sfregio ai dettami statutari non aiuta di certo a rendere non solamente certa, bensì anche “affidabile”, una disciplina fiscale che soffre alla data odierna di criticità non più eludibili – che impongono senz'altro un intervento non più parcellizzato bensì sistematico in materia.

## Conclusioni

La regolamentazione attualmente in vigore per le valute virtuali assume la tipica connotazione da “croce e delizia” per i soggetti che vi sono interessati: delizia in quanto, per la prima volta (non solamente) nel nostro Paese viene disciplinato un fenomeno ampiamente diffuso a livello di traffici economici, mentre croce per il fatto che, al di là delle incertezze che intrinsecamente caratterizzano le varie disposizioni – prima fra tutte quella relativa alla permuta fra cripto-attività – rende palese la scarsa dimestichezza dell'organo legislativo rispetto allo specifico oggetto della normazione medesima. Circostanza che fa ritenere senz'altro opportuno sia un intervento sulla disciplina in commento che, in particolar modo, un cambio di rotta – il più possibile repentino – rispetto all'abitudine, sempre troppo frequente, di legiferare in maniera scomposta e finanche disordinata, con poca contezza del contesto che viene normato e, in ultima analisi, con provvedimenti che collidono con altre disposizioni, spesso anche di rilevanza centrale, come quella che vieta l'introduzione di leggi di carattere retroattivo.

relazione al corso per Giudici tributari presso l'Università Statale di Milano, riportando altresì un'attenta analisi diacronica del percorso di approvazione dello Statuto: [http://www.corsomagistratitributari.unimi.it/STRUTTURA/DOTTRINA%20E%20RELAZIONI/DIRITTI%20DEL%20CONTRIBUENTE%20\(Statuto\)/Approfondimenti/02\\_Marongiu/A-02%20Marongiu%20corr.pdf](http://www.corsomagistratitributari.unimi.it/STRUTTURA/DOTTRINA%20E%20RELAZIONI/DIRITTI%20DEL%20CONTRIBUENTE%20(Statuto)/Approfondimenti/02_Marongiu/A-02%20Marongiu%20corr.pdf).

<sup>44</sup> Erano infatti gli anni dell'abuso dei Decreti Legge, con i quali si imponevano, repentinamente ed in spregio a qualsiasi istanza di ragionevolezza, tributi e leggi impositive di ogni tipo, la cui (il)logicità veniva resa granitica grazie alla pubblicazione di documenti di prassi che precedevano accertamenti normativamente criticabili. Tali documenti di prassi, a loro volta, risultavano indenni da debolezze interpretative di sorta, dal momento che, anche qualora una (allora) autorevole giurisprudenza di legittimità ne avesse sconfessato la correttezza, all'esito del controllo giurisdizionale di legittimità, l'emanazione di successiva norma interpretativa sulla questione normativa dibattuta vi sarebbe corsa in aiuto, giustificandone l'esattezza e precisione. In simile contesto, in cui la legislazione risultava tecnicamente imperfetta ma pur sempre funzionante, grazie alla sinergia dei citati meccanismi perversi di stampo burocratico, iniziarono a levarsi istanze che reclamavano a gran

voce una sistematizzazione della materia fiscale. Ciò che si richiedeva era il ritorno di quest'ultima ad una dimensione equilibrata e fondata sui principi in grado di garantire la certezza del diritto (Fornari G. “Il diritto del contribuente alla certezza e chiarezza della norma tributaria”, *il fisco*, 1999, p. 6078) e la “tutela” del contribuente (Fornari G. “La protezione legale del contribuente”, *il fisco*, 1999, p. 7682), anche in virtù della discendenza diretta dello Statuto da quei principi costituzionali perfettamente confacenti a tale caratterizzazione.

<sup>45</sup> Come evidenziato, nel giorno del ventennale dello Statuto, da Dell'Oste C., Parente G. “Statuto del contribuente negato: oltre 600 infrazioni in 20 anni”, *Il Sole 24 Ore*, 27/07/2020;

<sup>46</sup> A questo proposito si ricorda il progetto di riforma fiscale di cui alla Legge delega n. 80 07/04/2003, norma che, nonostante non abbia mai visto la luce, conteneva un essenziale riferimento alla disciplina recata dallo Statuto. Ed infatti, nell'intenzione di dare origine ad una regolamentazione impositiva basata sulla netta separazione fra la “parte generale” e la “parte speciale”, si riportava come “*la parte generale ordina il sistema sulla base di più principi e tra questi sancisce che le norme fiscali, in coerenza con le disposizioni contenute nella Legge 27 luglio 2000, n. 212, sono informate ai principi di chiarezza, semplicità, conoscibilità effettiva, irretroattività*”.

# IL REGIME FISCALE DELLE SPESE DI IMPIANTO E DI AMPLIAMENTO E LA LORO PIENA SUBORDINAZIONE ALLE RISULTANZE LEGALI DEL BILANCIO

di *Antonio Gigliotti e Luciano Sorgato*

*La Corte di Cassazione con la sentenza 31611 del 25/10/2022 ha modificato il suo precedente indirizzo interpretativo (espresso con la sentenza 11 gennaio 2006, n. 377) in ordine al regime fiscale degli oneri pluriennali, disponendo la loro deducibilità in modo autonomo rispetto alla disciplina del bilancio, in quanto la locuzione “nei limiti della quota imputabile a ciascun esercizio” di cui all’art 108. 1° comma Tuir individuerrebbe un criterio idoneo a specializzare la disciplina fiscale delle spese d’impianto/ampliamento rispetto alle risultanze di bilancio.*

*Non apparendo la citata sentenza condivisibile, appare utile per il suo scrutinio far dipartire la disamina relativa al trattamento fiscale da riservare alle spese impianto e di ampliamento, proprio dall’esame della prescrizione normativa di cui all’art 108, comma 1° Tuir, del tutto priva di autonome specifiche misure determinative della quota periodale di spesa, in raccordo sia con il principio della derivazione rafforzata che subordina, ex art. 83 tuir, la qualificazione, classificazione ed imputazione a periodo del componente di reddito al criterio legale di bilancio e sia con l’art. 2423bis, punto 2, c.c., per il quale testualmente: -“Si possono indicare esclusivamente gli utili realizzati alla chiusura dell’esercizio”, su cui si fonda lo storico ed invariato primato del principio della prudenza alla base delle rappresentazioni reddituali in bilancio.*

## Le misure di tutela legislativa a fronte della capitalizzazione delle spese di impianto e di ampliamento.

Proprio lo scrutinio del fondamento causale delle coercitive tutele normative disposte dall'art. 2426, 1° comma, punto 5, c.c. per l'iscrizione in bilancio delle spese di impianto ed ampliamento, consente innanzitutto di ricavare come la dialettica legislativa tra il principio della prudenza ed il principio della competenza economica, fondata sulla ragionieristica correlazione di costi-ricavi, assegni il primato al primo e non al secondo. Già sul piano testuale tale primato dispone di chiare evidenze, dal momento che mentre in ordine al principio della prudenza il legislatore usa inequivoci riferimenti scritturali con i precisi capisaldi letterali rappresentati da *“esclusivamente”* e *“realizzati”* (*Si possono indicare esclusivamente gli utili realizzati alla chiusura dell'esercizio*), con riguardo al principio della competenza economica le indicazioni legislative non si preoccupano neppure di connotare in senso autenticamente qualificatorio il principio medesimo. Infatti lo spazio legislativo ad esso dedicato, si esaurisce con la sola previsione che gli oneri ed i proventi di competenza non devono temporalmente ritenersi coincidenti con la loro manifestazione finanziaria (art 2423bis, punto 3: *“Si deve tener conto degli oneri e dei proventi di competenza, indipendentemente dalla data del loro incasso o del pagamento”*). Il motivo è storicamente noto, e consiste nel fatto che al legislatore non interessa una tecnica redazionale del bilancio idonea a rappresentare in versione tipicamente aziendalistica (funzionale cioè a dimostrare l'autentica dinamica dei profitti e dell'implementazione del valore economico dell'azienda) la situazione patrimoniale,

economico e finanziaria dell'impresa, ma, piuttosto, un quadro contabile che rappresenti la dinamica dei diritti e delle obbligazioni in modo coerente con le aspettative di autentica solvenza che i terzi interlocutori raccordano all'imprenditore nelle loro varie interazioni di mercato. Un conto, quindi, è che il nesso causale costo-ricavo si fondi su obbligazioni e diritti già pienamente maturati sul piano dei relativi titoli giuridici o che una posta patrimoniale disponga di un intrinseco valore di scambio suscettibile di una concreta valutazione economica monetizzabile attraverso atti di mercato (come ad esempio un'immobilizzazione materiale (un immobile) od anche un'immobilizzazione immateriale supportata da precise tutele legislative (ad es. un brevetto industriale) ) ed altro è una spesa d'impianto, di start up o di ampliamento mancante di qualsiasi autentico contenuto patrimoniale volturabile in valore di scambio nel mercato e, quindi, di una concreta prospettiva di solvenza verso i terzi. In ordine alla patrimonializzazione di tali poste l'implementazione dei livelli legislativi di guardia e di cautela adottate dal legislatore appare assolutamente inconfutabile.

Il punto 5, del comma 1, dell'art. 2426 c.c. dispone testualmente: *“i costi d'impianto e di ampliamento e i costi aventi utilità pluriennale possono ( e, quindi, non “devono) essere iscritti nell'attivo con il consenso, ove esistente, del collegio sindacale. I costi d'impianto e di ampliamento devono essere ammortizzati entro un periodo non superiore a cinque anni. Fino a che l'ammortamento dei costi d'impianto, d'ampliamento e di sviluppo non è completato possono essere distribuiti dividendi solo se residuano riserve sufficienti a coprire l'ammontare dei costi non ammortizzati”*.

La capitalizzazione delle spese d'impianto/ampliamento è, quindi, legislativamente condizionata:

-dal consenso (se esistente) del collegio sindacale, a cui viene demandata in esclusiva (e non più, quindi, in condivisione, come previsto nell'originaria versione legislativa, con l'organo amministrativo) la stima delle concrete sinergie di funzioni che la spesa patrimonializzata è capace di riversare negli esercizi successivi, con il supporto di ragionevoli piani industriali idonei ad assecondare la concreta probabilità di perseguimento di aspettative di reddito in grado di autoremunerare la spesa d'impianto/ampliamento.

-dalla durata di un ammortamento che non deve mai superare un segmento di tempo fissato in 5 anni (il parametro temporale è legislativamente identificato in anni e non in esercizi sociali, per cui se l'esercizio statutario dovesse sopravanzare la durata di un anno, l'ammortamento dovrà necessariamente raccordarsi con un numero di esercizi sociali inferiore a 5, in modo che risultino temporalmente perequati a 5 anni).

Proprio tale inderogabile raccordo temporale dimostra la piena inconciliabilità del limite legislativo in scrutinio con il principio della competenza economica, aziendalisticamente intesa come nesso causale di stretta correlazione dei costi con i corrispondenti ricavi, dal momento che, anche qualora una spesa d'impianto/ampliamento venisse stimata idonea a procurare sinergie utili con un più ampio orizzonte temporale di operatività dell'impresa, essa rimarrebbe comunque incapsulata nella latitudine temporale massima di 5 anni. Non può, quindi, non rendersi evidente come la causa giustificativa di tale interdizione temporale, del tutto incompatibile con la competenza economica, derivi

dall'insidiosa assenza di autentica consistenza patrimoniale di tale tipologia di spese, solo rappresentative di un auspicato reddito atteso, ma prive di qualsiasi valore economico di scambio realizzabile nel mercato.

-dall'obbligo, per tutta la durata d'iscrizione in bilancio della spesa d'impianto/ampliamento di preservare nel patrimonio netto riserve indisponibili a tutela della mancanza di concreti significati patrimoniali della medesima e dall'interdizione legislativa, qualora non vi siano riserve capienti da vincolare per tale scopo di tutela, della decisione, altrimenti potestativa, dei soci di distribuire gli utili degli esercizi successivi, con un'interferenza persino prorompente nell'essenza causale dello stesso contratto di società (giuridicamente strutturato per l'esercizio di un'attività economica allo scopo di conseguire utili da destinare a remunerazione del capitale investito).

Se si procede a sommare tutti i condizionamenti e le tutele legislative sopra inventariate a salvaguardia della capitalizzazione delle spese d'impianto e di ampliamento, non può non apparire evidente la sola tolleranza del legislatore verso la capitalizzazione di tali poste contabili. Lo scopo è solo quello di evitare un unitario impatto a conto economico con possibili lesioni della stessa soglia legale del capitale sociale. Non può, però, certo rendersi derivabile la convinzione che per il legislatore tale soluzione contabile rappresenti la sua opzione privilegiata. Quali altri vincoli il legislatore avrebbe dovuto prescrivere, oltre a quelli enunciati nell'art. 2426, comma 1, punto 5, e sopra esposti, per fare intendere che l'opzione contabile da privilegiare è quella della diretta imputazione a conto economico dei costi d'impianto/ampliamento e, qualora si proceda alla loro capitalizzazione, l'opzione raccordata

con il loro stralcio contabile più rapido possibile (nel minor numero di esercizi sociali)?

Un legislatore che per consentire la capitalizzazione di tali costi in bilancio arriva persino ad interagire con gli stessi motivi causali del contratto societario ostruendo la distribuzione dei dividendi, non è certo un legislatore che si preoccupa di sollecitare l'iscrizione nell'attivo del bilancio per favorire il raccordo causale costi-ricavi connesso alla competenza economica. E' solo un legislatore disposto a tollerare un'iscrizione provvisoria dei costi d'impianto e di ampliamento, con la previsione di una loro permanenza temporale in bilancio mai sopravanzabile i 5 anni, allo scopo, previo in ogni caso l'accertamento di una loro prospettiva di autoremunerazione, di evitare insidie d'impatto con le prescrizioni relative alla soglia legale del capitale sociale. Proprio dalla scrittura normativa raccordata con tale segmento temporale, la Corte di Cassazione, con la sentenza 11 gennaio 2006, n. 377 ha indicato il preciso principio di diritto (condiviso dalla letteratura contabile accademica) che il termine quinquennale previsto per i costi d'impianto e di ampliamento rappresenta solo il periodo massimo di ammortamento, mentre il silenzio legislativo in ordine al periodo minimo rende evidente la facoltà della società di estinguere (contabilmente) i costi stessi in un periodo più breve ovvero anche in un solo anno.

### La natura dei costi d'impianto e di ampliamento e la loro conciliabilità con il principio della prudenza.

I costi d'impianto e di ampliamento sono contenitori patrimonialmente vuoti di contenuto, con la sola prospettiva di disporre di un'autoremunerazione dagli utili futuri, la cui alea di sopravvenienza è fisiologicamente insita nello stesso rischio d'impresa. Se si raccorda tale loro aleatoria significatività patrimoniale con la rigidità della prescrizione civilistica dell'art 2423bis, punto 2 c.c. " Si possono indicare (in bilancio) esclusivamente gli utili realizzati alla chiusura dell'esercizio ), non può non apparire chiaro, sul piano della corretta esegesi (proprio come prospettata dalla citata sentenza del Giudice di Cassazione), che la loro capitalizzazione non è affatto legislativamente coordinata con la precisa correlazione costi-ricavi della competenza economica, costituendo essa piuttosto una facoltà, legislativamente circostanziata dalle numerose tutele sopra scansionate, da connettere all'esigenza di non rendere necessaria un'immediata ricapitalizzazione del capitale sociale che rischia di abbassarsi sotto la soglia legale o, comunque, per non allertare le norme relative alla riduzione del capitale sociale, a fronte di costi che comunque devono poter prospettare delle sinergie di funzioni anche per gli esercizi successivi.

Proprio con riferimento ai costi d'impianto/ampliamento, il principio Contabile OIC n. 24 testualmente recita:-  
*“L’ammortamento dei costi di impianto e di ampliamento deve esaurirsi in un periodo non superiore a 5 anni. Questa limitazione temporale massima, puramente convenzionale (e, quindi, in alcun modo, a detta valutativa dello stesso OIC, correlabile all’autentica sinergia causale costi-ricavi) si giustifica in base al più generale principio della prudenza, in particolare per la tipologia dei costi in questione, la cui valutazione si presenta particolarmente incerta ed il cui contenuto non ha alcun valore di mercato autonomo”.*

Manifesta, quindi, appare essere la piena aderenza argomentativa del passo del principio contabile n° 24, come rappresentato dall'OIC, ai motivi sopra esposti in ordine allo scrutinio del significato di garanzia patrimoniale raccordabile alle spese di impianto/ampliamento. L'OIC, infatti, sottolinea la natura meramente convenzionale del segmento di tempo non superiore a 5 anni e, quindi, la mancanza di ogni connessione con una stima temporale di autentica verifica con il periodo di sinergia reddituale con gli esercizi successivi delle spese di impianto/ampliamento.

### **Le circolari di prassi dell'Amministrazione Finanziaria e la portata prescrittiva dell'art. 108, comma 1° Tuir.**

La stessa Amministrazione finanziaria con le circolari di prassi n°73/E del 27 maggio 1994, punto 3.3.6 e 108/E del 3 maggio 1996, punto 6.4.1, ha ritenuto che l'art. 108, TUIR non disciplini alcun specifico criterio di deducibilità fiscale delle spese relative a più esercizi, per cui il relativo diritto di deduzione deve essere fatto direttamente derivare dallo scrutinio delle

corrispondenti regole di legalità civilistica del bilancio.

Dalla scrittura normativa dell'art. 108, comma 1° Tuir che testualmente espone:-“Le spese relative a più esercizi sono deducibili nei limiti della quota imputabile a ciascun esercizio “ deriva agevolmente come esso non disponga di alcuna autosufficienza regolamentare, dal momento che l'inciso “nei limiti della quota imputabile a ciascuno esercizio” omette l'indicazione di precisi criteri di determinazione periodale del costo. La contrapposizione letterale dell'art. 108, comma 1° Tuir con il criterio legislativamente indicato per la svalutazione annuale, fiscalmente ammessa, dei crediti (art. 106, 1° comma Tuir:”Le svalutazioni dei crediti .....sono deducibili in ciascun esercizio nei limiti dello 0,50% del valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi. La svalutazione non è più ammessa quando l'ammontare complessivo delle svalutazioni e degli accantonamenti ha raggiunto il 5% del valore nominale o di acquisizione dei crediti) è significativa dell'assenza di una specifica disciplina fiscale che, in regime di indipendenza dalle risultanze del bilancio disponga in ordine alla distribuzione annuale delle spese ad utilità pluriennale. Il distacco legislativo della norma fiscale dal criterio legale cui si uniforma il bilancio, viene legislativamente rappresentato con la previsione di parametri forfettari utili a coordinare il calcolo determinativo del contribuente (imprenditore) in modo oggettivo, allo scopo di interdire condotte valutative di tipo soggettivo, potenzialmente sfruttabili in forme di perequazione fiscale e di dinamiche liquidatorie vantaggiose.

“Nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio” manca in modo manifesto della

predetta ordinaria prerogativa fiscale, e tale mancata caratterizzazione strutturale della norma è alla base della diversa opzione fiscale di non voler disciplinare in modo autonomo l'imputazione temporale di tale tipologia di spese (nel cui novero partecipano le spese d'impianto e di ampliamento).

Anche l'interazione dell'art 108, 1° comma con l'art. 83 Tuir (la cd "norma ponte") consente di supportare le predette conclusioni. Come noto l'art. 83 coordina la coesione delle risultanze bilancistiche con l'applicazione degli specifici criteri fiscali previsti nella determinazione del reddito d'impresa. Nel perseguire tale collegamento testualmente recita: - "Per i soggetti che redigono il bilancio in conformità alle disposizioni del codice civile valgono, anche in deroga alle disposizioni dei successivi articoli della presente sezione, i criteri di qualificazione, imputazione a periodo e classificazione in bilancio previsti dai rispettivi principi contabili".

Pur non comprendendo il primato delle regole legali alla base del bilancio i criteri di valutazione delle poste contabili e pur includendo ordinariamente la determinazione di una quota di ammortamento anche una componente valutativa, nel caso delle spese di impianto e ampliamento il fattore distributivo del costo coerente con il regolamento normativo dell'esaminato art 2426, c.c. punto 5, c.c., esclude in modo tranciante ogni rilievo valutativo, arrestando il relativo piano disciplinare alla sola componente temporale dell'imputazione.

Sintomatico in tal senso è il confronto con il punto 2 dell'art. 2426 c.c. che, in ordine alle immobilizzazioni materiali e immateriali testualmente dispone: "Il costo delle immobilizzazioni materiali e immateriali la cui

utilizzo è limitata nel tempo deve essere sistematicamente ammortizzato in relazione alla loro residua possibilità di utilizzazione". In altri termini, mentre in ordine alle immobilizzazioni in genere la norma raccorda l'ammortamento con le prerogative della sistematicità e con lo scrutinio relativo alle residue sinergie ancora utili per i successivi processi produttivi (da cui deriva l'inclusione nell'individuazione del processo temporale di ammortamento anche della predetta componente valutativa), nel caso delle spese di impianto e di ampliamento il punto 5 dell'art. 2426, dispone, come già sopra rappresentato, solo in ordine ad un ammortamento che non può mai superare la barriera temporale dei 5 anni. Nel punto 5, quindi, non solo l'ammortamento non viene legislativamente stigmatizzato con la prerogativa della sistematicità, ma neppure viene in alcun modo coordinato con una residua sinergia di funzioni ancora esprimibile negli esercizi successivi. Manca, quindi, del tutto ogni connessione con la componente valutativa del costo, esaurendosi il significato di ammortamento nell'ambito del punto 5, art 2426 c.c., in un generico, facoltativo e legislativamente non privilegiato criterio di distribuzione del costo, senza la previsione di alcun regolamento disciplinare in ordine al suo quantum periodale e solo incapsulato in una distanza temporale mai sopravanzabile di 5 anni (e, quindi, imputabile anche in solo periodo d'imposta).

Trattandosi unicamente di un raccordo temporale con l'imputazione a periodo, il citato art. 83 Tuir nell'imporre in ogni caso la subordinazione delle regole fiscali alla risultanza di bilancio, anche qualora si intendesse che "nei limiti della quota imputabile a ciascun esercizio"

(nonostante la sua evidente agnosticità di prescrizione, come sopra chiarita) costituisse un criterio fiscale specialistico e autonomo di imputazione del costo (come, a parere di chi scrive, erroneamente ritenuto dalla Cassazione nella recente sentenza n. 31611/2022) , esso deve comunque assoggettarsi alla potestà dispositiva dell'art.83, che in ordine all'imputazione periodale assume il criterio legale di bilancio a regola di vincolante coordinamento nella determinazione del reddito d'impresa.

### Conclusioni

In conclusione si ritiene che debbano essere ritenute sicuramente più corrette le indicazioni

nomofilattiche della Corte di Cassazione che con la sentenza 11 gennaio 2006, n. 377 aveva indicato il preciso principio di diritto secondo cui il termine quinquennale previsto per i costi d'impianto e di ampliamento rappresenta solo il periodo massimo di ammortamento, mentre il silenzio legislativo in ordine al periodo minimo rende evidente la facoltà della società di estinguere (contabilmente) i costi stessi in un periodo più breve, assumendo come legittima anche l'imputazione temporale in un solo periodo d'imposta delle spese d'impianto/ammortamento.

## ULTERIORI RIFLESSIONI SUL VALORE INDIZIARIO DELLA PRESUNZIONE RELATIVA ALLA DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI EXTRACONTABILI ALLA LUCE DEL NUOVO ART.7, COMMA 5BIS DEL D.LGS 546/1992

di *Luciano Sorgato e Mattia Gigliotti*

Allo scopo di verificare l'autentica coerenza indiziaria di tale presunzione con la dinamica processuale della dialettica probatoria Finanza – Contribuente appare utile dipartire dal confronto delle versioni letterali delle due norme: l'art. 2697 c.c. e il nuovo l'art. 7, comma 5bis del D.Lgs 546/1992 che disciplinano l'onere processuale della prova:

-Art. 2697 c.c : *“Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”*.

-Art. 7, comma 5bis, D.Lgs 546/1992: *“L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto*

*impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare in modo circostanziato e puntuale le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni”*.

Dal confronto delle due norme appare la coincidenza dei fondamenti causali della prova, diversi solo nella rappresentazione letterale, ma non certo nei loro paradigmi di principio.

Il nuovo comma 5bis prospetta solo un inventario più analitico delle attitudini della prova, prima letteralmente comprese nel sintetico riferimento al fondamento costitutivo del diritto che nel processo si vuole far valere. Il *quid novi* che si rende intravedibile nella novella

disciplinare della prova è solo rappresentato dall'esigenza avvertita dal legislatore di esternare con chiarezza le prerogative della prova, allo scopo di eliminare ogni possibile forma di privilegio probatorio a vantaggio della Finanza che, si sottolinea, è la parte attrice in senso sostanziale nel processo tributario.

Provare i fatti alla base del fondamento costitutivo di un diritto è sinonimo di una *vis dimostrativa* del tutto ricalcante le attitudini ora disaggregate della “fondatezza”, “non contraddittorietà” e “autosufficienza” della prova. Se, quindi, il legislatore ha ritenuto, a parità degli elementi di principio alla base del governo della prova, di ricorrere alla precisazione che qualora la prova non sia sufficiente a dimostrare in modo circostanziato e puntuale le ragioni oggettive su cui si fonda la pretesa erariale, l'atto impositivo dev'essere annullato, il motivo appare essere solo quello di voler conferire una conformazione autenticamente imparziale alla contrapposizione processuale Finanza – Contribuente. Il motivo fondante la diversa struttura letterale della norma non può non essere intravisto proprio nello scopo di interdire franchigie probatorie a vantaggio della Finanza ed inversioni di oneri di prova a carico del contribuente che, sebbene già ripudiate dalla precedente versione letterale dell'art. 2697 c.c., hanno potuto prevalere a causa del sintetico linguaggio giuridico usato in tale ultima norma. Trattasi di una disposizione che seppure connotabile come processuale, appare persino prospettare più coesione con i principi dello Statuto del Contribuente.

In base al nuovo assetto legale della dialettica probatoria nel processo tributario l'atto impositivo dev'essere annullato se la prova della

sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare in modo circostanziato e puntuale le ragioni oggettive su cui si fonda la pretesa impositiva. In particolare in tale sede s'intende sottolineare l'esautoramento di ogni valore indiziario della prova se il suo scrutinio evidenzia una contraddizione endogena delle sue ordinarie prerogative. La prova deduttiva deve fondarsi su una criticità inferenziale tra il fatto noto ed il fatto indotto capace di rendere percepibile una verità processuale supportata da assoluta ragionevolezza, non ostruita da prospettive valutative divergenti e soprattutto non ostruita da contrarietà che partecipano persino della natura delle cose. E' evidente che in tali ultimi casi la presunzione semplice non riesce a esternarsi nella sua struttura ternaria di gravità, precisione e concordanza, che fondono i loro paradigmi su una significatività logica di immediata comprensione e di non confutazione.

Sulla base di tali caratteristiche di *vis dimostrativa* della presunzione si può procedere a verificare:

- 1) se la distribuzione degli utili extracontabili ai soci delle cd. “società a ristretta base sociale” può essere sostenuta nel caso di riprese fiscali causalmente connesse a componenti negativi non conformi ai principi generali legiferati a governo del reddito d'impresa (asserita mancanza di inerenza, errore di competenza e di imputazione a periodo):
- 2) se la distribuzione degli utili extracontabili ai soci delle cd. “società a ristretta base sociale” può essere sostenuta nel caso di risultati di esercizio in perdita (risultati in perdita che

rimangono tali anche se saldati algebricamente con gli asseriti ricavi evasi).

A scopo d'indagine si deve preliminarmente considerare come in Dottrina (1) si sia sottolineata l'importanza di almeno due preliminari aspetti nell'indagine concernente la presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società a ristretta base sociale e/o a base familiare: il primo aspetto concerne la natura della presunzione, il secondo la sua attuale estensione. In ordine alla natura si tratta pacificamente di una cd. **presunzione giurisprudenziale**, atteso che essa deriva solo da un orientamento espresso dalla Suprema Corte, sprovvisto di un qualsiasi supporto normativo. Anzi, per la citata Dottrina se ci si dovesse attenere al dato normativo, tale presunzione non dovrebbe incontrare alcun consenso nel nostro ordinamento, in quanto l'automatica imputazione dell'utile sociale al socio è propria solo dell'istituto della cd "tassazione per trasparenza" che non riguarda le società di capitali, salvo, possedendone i requisiti, non abbiano manifestato la specifica opzione di legge. Quanto poi al perimetro di estensione, si deve considerare come, sempre in sede giurisprudenziale, la sua latitudine sia stata ampliata sino a riguardare anche le fattispecie di indeducibilità di componenti negativi di reddito per contrarietà a principi generali del reddito d'impresa e a risultati di bilancio in perdita.

Proprio alla luce di tali considerazioni dottrinali appare necessario far dipartire la disamina dalla proposizione letterale delle norme di riferimento:

-Art. 44, 1° comma, lett. e, Tuir: -"Sono redditi di capitale gli utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio delle società ed enti soggetti all' Ires";

-art. 45,1° comma Tuir: -"Il reddito di capitale è costituito dall'ammontare degli interessi, utili o altri proventi percepiti nel periodo d'imposta". Dalla combinazione delle due norme deriva agevolmente che la costituzionale riserva di legge (art. 23 Costituzione) supporta la rilevanza imponibile della distribuzione di di utili (nel loro autentico paradigma civilistico di utili risultanti dal bilancio (art. 2433 c.c.)) percepiti nel periodo d'imposta (nel senso di autentici flussi monetizzati e divenuti partecipi del compendio patrimoniale personale dei soci).

Nel caso, quindi, si tratti di riprese fiscali connesse ad una ritenuta mancanza di inerenza, non rispondendo la spesa sostenuta a sinergie utili all'operatività d'impresa, ma comunque effettivamente sostenuta e monetizzata a favore di fornitori terzi, come può apparire possibile inferire da tale ripresa fiscale l'automatica presunzione della distribuzione extracontabile ai soci a fronte della imprescindibile riserva di legge, come declinata dall'art 23 della Costituzione?

Ora e molto elementarmente se il sintagma "percepiti" non ammette equivoci né sul piano semantico, né sul piano delle dinamiche giuridiche che lo connotano (anche se astrattamente si intende ritenerle inclusive del cd incasso giuridico), se il flusso di denaro è stato monetizzato a terzi, allora prospetta contrarietà persino a fondamenti naturali la presunzione che si tratti di utile percepito extracontabilmente dai soci. Se, quindi, la prova a supporto della pretesa impositiva non deve rivelarsi contraddittoria e, quindi, incongruente nell'inferenza deduttiva tra il fatto noto ed il fatto indotto (altrimenti l'atto impositivo dev'essere annullato), come appare recuperabile tale imprescindibile prerogativa della prova nel caso di monetizzazione della

spesa a favore di terzi, dal momento che in natura e non sulla base di sofisticate teorie esegetiche di diritto, non è possibile la duplicazione del medesimo flusso di denaro?

La Corte di Cassazione ha nel tempo legittimato una sorta di trasparenza praticamente totalizzante anche nei confronti delle società di capitali (nonostante essa sia prevista, come già sopra rappresentato, unicamente nei confronti delle società di persone), infrangendo però in tal modo la costituzionale riserva di legge, con deplorable surroga di competenze di esclusivo rango legislativo.

Nel caso poi di riprese fiscali di quote di ammortamento (oggetto di scrutinio anche nella specifica norma di comportamento contabile dell'Associazione nazionale dei Dottori commercialisti) ritenute connesse a cespiti con funzioni non sinergiche all'operatività d'impresa o persino ritenuti inesistenti, la volturazione della quota di ammortamento periodale in una distribuzione extracontabile di utili non presta alcuna aderenza all'indeclinabile necessità fiscale di incentrare sul principio di cassa la rilevanza temporale del dividendo ritenuto percepito in evasione. La quota di ammortamento, infatti, rappresenta unicamente una metodologia ragionieristica di distribuzione di un costo del tutto estranea a qualsiasi contestuale vicenda finanziaria (se non per la quota di ammortamento dedotta nello stesso esercizio dell'investimento).

Ora, quindi, se la prova a carico della Finanza deve connaturarsi come sprovvista di incongruenza nel legame tra fatto noto e fatto indotto, come può apparire in natura possibile raccordare la percezione di un dividendo in nero alla ripresa fiscale di una quota di ammortamento che risponde solo ad una

metodologia contabile necessaria a generare la correlazione periodale costi-ricavi?

Tale imputazione è possibile solo se si raccorda la presunzione alla trasparenza totalizzante delle società di persone, sconfinando nelle vietate competenze del legislatore.

Le sole riprese fiscali che possono rientrare nel governo della presunzione in scrutinio (ferma rimanendo comunque la mancanza dell'autosufficienza della prova già indagata nel contributo pubblicato nel n° 3 di Fiscal Dottrina del mese di dicembre (2)) possono essere solo i componenti positivi evasi ed i costi oggettivamente inesistenti, perché solo da tali due fattispecie possono derivare flussi di finanza potenzialmente affluibili nelle sfere personali dei soci. Altri tipi di riprese fiscali sono ostruite da una condizione di contrarietà persino rilevabile in natura e con la novella sulla prova nel processo tributario e l'esplicitazione legislativa delle sue prerogative non potranno che determinare il pronto e pieno annullamento degli atti impositivi.

### La fattispecie dei ricavi evasi e di perdite di bilancio

Nel caso di ricavi evasi che, anche se saldati algebricamente con la perdita di esercizio, non ne determinano la volturazione in utile, nonostante la Cassazione insista a connotarli come dividendi percepiti in evasione dai soci, non possono non considerarsi a tale specifico proposito sia le regole ragionieristiche che presidiano l'identità dell'utile di esercizio rappresentato in bilancio e sia i rigidi binari di legge alla base della legittima distribuzione degli utili, dal momento che senza l'osservanza ed il supporto delle precise prescrizioni civilistiche dettate dell'art. 2433 c.c.), la percezione di tali

utili non viene a vertere in una condizione di legale definitività, se non persino di esistenza giuridica.

Si tratta altresì di accertare se gli altalenanti orientamenti giurisprudenziale della Corte di Cassazione, relativamente alle dinamiche rituali prescritte dal codice civile in ordine ai rapporti inter societari, non evidenzia quella contraddittorietà che ora l'art.7, comma 5bis, D,Lgs 546/1992, stigmatizza come attitudine negativa della prova, privandola di *vis dimostrativa*.

In ordine al primo punto si deve insistere a sottolineare che non qualsiasi somma distribuita ai soci si viene a configurare come utile di esercizio, dal momento che, e già per mere regole ragionieristiche di base, l'utile di esercizio è solo quello che deriva dalla legalità redazionale del bilancio che con il governo dei principi contabili documenta un accrescimento di ricchezza conseguito dalla società. Si pone, quindi, la rilevante questione della costituzionale riserva di legge, per la quale qualsiasi prestazione patrimoniale necessita del supporto legale di una prescrizione di legge di rango primario. In altri termini, la pretesa impositiva connessa alla fuoriuscita di somme estranee rispetto al novero delle fattispecie costituenti legislativamente "redditi di capitale", farebbe assurgere a rilevanza imponibile somme che, secondo la disciplina legale del bilancio, riescono solo a rappresentarsi come generiche fuoriuscite di denaro dalla società.

Anche il tentativo di ricondurle all'art. 47, comma 7° Tuir (3) (peraltro letteralmente circoscritto ai soli casi di recesso, esclusione, riscatto, riduzione di capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale della società)

non appare perseguibile, dal momento che essendo l'articolo specificamente rubricato "Utili da partecipazione", esso funge da norma di attuazione dell'art. 44,1° comma lett. e), correlandosi a tale specificata fattispecie imponibile con norme di prescrizione relative alla eventuale determinazione della base imponibile, senza, però, disporre dell'investitura legislativa di poter in autonomia assumere a tassazione somme non connotabili civilisticamente (nell'accezione ragionieristica sopra esposta) come "utili di partecipazione".

Non solo, quindi, non trattasi pacificamente di fattispecie qualificabile come "utili derivanti dalla partecipazione al capitale o patrimonio di società ed enti soggetti ad Ires", ma in aggiunta alla mancanza di copertura costituzionale in ordine all'indicata riserva di legge, trattasi anche di somme che vertendo in una condizione di contrarietà alle prescrizioni di cui all'art 2433 c.c., non sono supportate dai presupposti della certezza ed oggettiva determinazione che, seppure dal lato dei componenti negativi (come nel caso del compenso agli amministratori) per la Corte di Cassazione si si rendono assolutamente imprescindibili per il diritto di deduzione fiscale.

L'art. 2433 c.c. testualmente dispone:

-comma 1: "La deliberazione sulla distribuzione degli utili è adottata dall'assemblea che approva il bilancio..";

-comma 2:" Non possono essere pagati (distribuiti) dividendi se non per utili realmente conseguiti e risultanti dal bilancio regolarmente approvato";

-comma 3°:"Se si verifica una perdita del capitale sociale non può farsi luogo a riparto di utili sino a quando il capitale non sia reintegrato o ridotto".

Trattasi, quindi, di somme che potrebbero essere oggetto di pretesa restitutoria dalla società, e, quindi, carenti, proprio di quella condizione di stabilità che è alla base della rigidità disciplinare perseguita dalla Corte di Cassazione in ordine ai compensi corrisposti senza delibera agli amministratori. A tale specifico proposito si deve sottolineare come il doppio presupposto della certezza e della oggettiva determinazione deve essere inteso in senso necessariamente bidirezionale (sia, quindi, in ordine ai componenti negativi di reddito e sia in ordine ai componenti positivi di reddito), dal momento che entrambi i componenti reddituali prospettano le medesime prerogative di raccordo con i principi generali del reddito d'impresa (art. 109 TUIR).

Non può, quindi, non apparire evidente che se in ordine alla deducibilità dei compensi accordati agli amministratori, la Corte di Cassazione (Cassazione civ. sentenza n. 21953 del 28/10/2015) ritiene che la mancata osservanza del rituale rigore deliberativo del compenso (non surrogabile da una mera rappresentazione del medesimo nel bilancio di esercizio anche se regolarmente approvato) determina una condizione di giuridica relatività del medesimo, potendo l'emolumento essere oggetto di una legittima pretesa restitutoria da parte della società, anche nel caso di ricavi in evasione che, se saldati algebricamente non volturano la perdita di esercizio in utile, la somma distribuita ai soci patisce la medesima condizione di precarietà e la medesima carenza dei generali presupposti del reddito d'impresa.

Viene cioè a configurarsi la medesima condizione di menomazione fiscale dei presupposti generali del reddito d'impresa che

non assumono a rilevanza (proprio per la necessità di non generare discriminante incoerenza impositiva) il segno (negativo o positivo) del componente reddituale. Di particolare significatività è l'ordinanza n. 5763/2021 per la quale "il compenso pagato senza una delibera preventiva che ne abbia approvato l'ammontare non può in alcun modo ricondursi all'assemblea il che, sotto il profilo tributario, si riverbera sull'indeducibilità del costo per difetto dei requisiti di certezza e determinabilità di cui all'art. 109, Tuir".

A maggior ragione in ordine alla distribuzione di somme che non partecipano né della rappresentazione ragionieristica di utile in bilancio e tanto meno della natura economicistica di utile, da cui, quindi, deriva sin dal momento della loro distribuzione un pieno diritto restitutorio perseguibile dalla società, è rinvenibile il difetto della certezza e della oggettiva determinazione di un "utile percepito" che, peraltro, ai sensi dell'indicato perentorio art. 2433 c.c. dovrebbe altresì risultare da un bilancio regolarmente approvato.

Ora e tornando ai paradigmi di principio della prova e alle sue prerogative come specificamente disaggregate dal nuovo comma 5bis dell'art. 7, D.Lgs 546/1992 che obbligano il giudice tributario a fondare la decisione sugli elementi di prova emergenti nel giudizio e ad annullare l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria, non può non far apparire persino epidermica l'incongruenza che deriva dall'indeducibilità del compenso dell'amministratore per il mancato supporto del relativo rituale deliberativo e la tassazione alla stregua di utili percepiti, di

somme che non solo non solo identificative di un utile risultante in un bilancio regolarmente approvato, ma che neppure nella sostanza sono conformabili come utili.

Il rigoroso condizionamento delle regole codicistiche solo dal lato dei costi e non sul versante dei componenti positivi di reddito, si riverbera sulla logicità intrinseca della prova che viene utilizzata in modo diverso a seconda di quale forma di supporto ha bisogno la ragione erariale. Ora, però, con l'esplicitata identità della prova che non può più contare su antitetiche *vis dimostrative*, tale diverso uso dei medesimi presupposti su cui viene fatta fondare la prova

(la certezza e l'oggettiva determinazione del componente reddituale), non appare più lecito e non può, quindi, più fondare in modo diverso e contraddittorio la legittimità della pretesa impositiva.

- (1) Perrone: *“Perché non convince la presunzione di distribuzione di utili “occulti” nelle società a ristretta base proprietaria” in Riv di Dir Trib. n.5/2014”.*
- (2)
- (3) Art. 47, comma 7° Tuir: *“Le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, esclusione, riscatto, riduzione di capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale della società costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto delle quote annullate”.*

## I FINANZIAMENTI DEI SOCI ALLA SOCIETA'

*Nel presente contributo sono esaminati gli aspetti civilistici dei finanziamenti dei soci in favore della società, sia rispetto all'erogazione che alla loro eventuale rinuncia.*

*Un prossimo lavoro avrà ad oggetto le problematiche fiscali.*

*di Giovanni Riccio*

### Le disposizioni codicistiche e l'inquadramento negoziale

Il finanziamento dei soci in favore della società è disciplinato in riferimento alle società a responsabilità limitata dall'articolo 2467 del codice civile, a mente del quale

*“Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.*

*Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”.*

L'articolo 2497-*quinquies* c.c. richiama la disposizione di cui al 2467 c.c. per i finanziamenti effettuati in favore della società da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti.

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), inoltre, all'articolo 164, comma 2, prescrive che “sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'articolo 2467, secondo comma, codice civile”.

Il comma successivo sancisce che la precedente disposizione “si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento

nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti”.

L'obiettivo di tali finanziamenti è quello di dotare le società, sovente rappresentate da società di capitali sottocapitalizzate a ristretta base partecipativa e/o a carattere familiare, delle risorse necessarie allo svolgimento della loro attività, prescindendo dalla configurazione di apporti patrimoniali di qualsiasi tipo.

Il Legislatore non ha fornito una definizione della fattispecie in esame, si è occupato esclusivamente di precisare che in alcuni casi il rimborso del finanziamento dei soci è postergato rispetto al pagamento in favore degli altri creditori sociali. Ciò avviene nel caso in cui i finanziamenti siano erogati alla società in una situazione in cui *“risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”*.

Sono compresi nel perimetro dell'articolo 2467 c.c. i finanziamenti effettuati da soggetti che rivestono lo *status* di socio al momento della sua erogazione. Risultano, quindi, esclusi quelli erogati da chi assume tale qualifica in epoca successiva. Analogamente, è irrilevante la perdita di tale *status* successivamente all'erogazione<sup>1</sup>.

Prima di esaminare le questioni connesse alla postergazione, è opportuno rappresentare l'inquadramento negoziale dell'operazione.

Lo schema contrattuale al quale si riconduce il finanziamento del socio in favore della società è tipicamente quello del mutuo. L'operazione si presume fruttifera di interessi, tuttavia può esservi la previsione dell'infruttuosità del finanziamento, in tali circostanze si parla di mutui a tasso zero<sup>2</sup>.

Si tratta di una presunzione relativa che può essere superata dalla documentazione a supporto dell'operazione, nonché dalla descrizione che emerge dalle scritture contabili e da quanto riportato nel bilancio.

L'operazione si sostanzia in una dazione di denaro di uno, alcuni, ovvero tutti i soci in favore della società, che non necessariamente deve avvenire in proporzione alle quote di partecipazione al capitale sociale.

Non essendo apporti di natura patrimoniale, il socio mutuante ha diritto alla restituzione nel termine pattiziamente stabilito con la società mutuataria (fatte salve le ipotesi di postergazione individuate dal codice).

Nell'ipotesi in cui non sia stato fissato un termine per la restituzione, ciò deve avvenire a seguito della richiesta del socio in tal senso

<sup>1</sup> Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di imprese, sentenza n. 1465, 14/02/2020.

<sup>2</sup> Secondo la previsione dell'articolo 1815 c.c., in assenza di diverso accordo convenuto tra le parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Fiscalmente, in tema di redditi di capitale, l'articolo 45, comma 2, del TUIR, prescrive che *“per i capitali dati a mutuo gli interessi, salvo prova contraria, si presumono percepiti alle scadenze e nella misura pattuite per iscritto. Se le scadenze non sono stabilite per iscritto gli interessi si*

*presumono percepiti nell'ammontare maturato nel periodo di imposta. Se la misura non è determinata per iscritto gli interessi si computano al saggio legale”*. Il successivo articolo 46 sancisce che *“le somme versate alle società commerciali e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera b), dai loro soci o partecipanti si considerano date a mutuo se dai bilanci o dai rendiconti di tali soggetti non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo”*.

formulata; potendosi applicare anche la disposizione dell'articolo 1817 c.c.

I finanziamenti dei soci, considerato che non rappresentano capitale di rischio per il versante, devono essere distinti dagli apporti ulteriori di patrimonio cd. fuori capitale, quali quelli puntualmente individuati dall'OIC 28:

- versamenti in conto aumento di capitale;
- versamenti in conto futuro aumento di capitale;
- versamenti in conto capitale;
- versamenti a copertura perdite.

È opportuno precisare che il socio non è assolutamente obbligato ad effettuare tali finanziamenti, nemmeno in caso di delibera assembleare in tal senso<sup>3</sup>.

Un recente arresto giurisprudenziale di merito ha stabilito che l'impegno dei soci a versare dei finanziamenti costituisce una mera promessa di mutuo ai sensi dell'articolo 1822 c.c., pertanto, secondo la prevalente giurisprudenza, non è esperibile l'azione di esecuzione forzata ex articolo 2932 c.c. e non costituisce un titolo per il promissario mutuatario (la società) per richiedere la condanna del promittente (il socio) al versamento della somma promessa<sup>4</sup>.

Al fine della corretta qualificazione del versamento effettuato dal socio quale finanziamento è determinante la

documentazione a supporto dell'accordo negoziale tra le part.

Detto accordo può manifestarsi in diverse forme, a ciascuna delle quali, come vedremo in una prossima pubblicazione, consegue un diverso trattamento ai fini dell'imposta di registro:

- a mezzo intese verbali;
- tramite scrittura privata;
- mediante scambio di corrispondenza;
- un verbale assembleare.

Nel caso in cui sorgano contestazioni circa la reale natura della dazione erogata dal socio alla società, la questione è devoluta al giudice di merito. In proposito va precisato che la rappresentazione contabile non è considerata di per sé idonea a determinare la natura finanziaria del rapporto in esame<sup>5</sup>.

La Cassazione è stata sovente investita della questione che generalmente sorge nell'ipotesi in cui il socio agisca per la restituzione di una somma che ritiene abbia erogato a titolo di prestito e la società chiamata in giudizio, invece, sostiene la natura patrimoniale dell'erogazione contestata<sup>6</sup>.

Con l'ordinanza n. 4261 del 19 febbraio 2020, la Suprema Corte ha precisato che *“per stabilire, poi, se un determinato versamento tragga origine da un mutuo o se invece sia stato effettuato quale apporto del socio al patrimonio della società o, meglio, se il versamento del socio*

<sup>3</sup> Tribunale Milano, sentenza n. 6861, 01/06/2016.

<sup>4</sup> Appello Napoli, sentenza n. 3548, 19/10/2020.

<sup>5</sup> Cassazione Civile, Sezione I, sentenza n. 2758, 23/02/2012: *“la prova che il versamento operato dal socio sia stato eseguito per un titolo che giustifichi la pretesa di restituzione - prova della quale è onerato il medesimo socio - dev'essere tratta non tanto dalla denominazione con la quale il versamento è registrato*

*nelle scritture contabili della società, quanto soprattutto dal modo in cui concretamente è stato attuato il rapporto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi”.*

<sup>6</sup> La prova della sussistenza dell'ipotesi della restituzione, *rectius* che le erogazioni siano da qualificarsi quali finanziamenti, incombe sul socio (v. Cassazione Civile, Sezione I, sentenza n. 2314, 19/02/1996).

*alla società possa ritenersi effettuato per un titolo che ne giustifichi la restituzione al di fuori dell'ipotesi di liquidazione, occorre accertare quale sia stata la reale intenzione dei soggetti tra i quali il rapporto si è instaurato, verificando, secondo le regole interpretative della volontà negoziale, se tra socio e società sia intercorso un rapporto di finanziamento inquadrabile nello schema del mutuo o se sia intervenuto un contratto atipico di conferimento di capitale diretto unicamente ad incrementare il patrimonio sociale”.*

Con il citato arresto giurisprudenziale i Giudici di legittimità hanno precisato che le annotazioni sul libro giornale non sono di per sé sufficienti alla qualificazione della dazione del socio quale finanziamento e che, a tal fine, vanno indagati anche ulteriori elementi di valutazione.

### La delibera del C.I.C.R.

Prima di proseguire con la disamina dell'argomento in rassegna appare necessario precisare che per le società la raccolta di finanziamenti dai propri soci non è libera.

È necessario il rispetto di precise regole affinché la ricezione di tali risorse non configuri in capo alla società mutuataria l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico che, ex articolo 11, comma 2 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) è riservata alle banche.

Affinché le società possano ottenere i finanziamenti dai propri soci è necessario che rispettino quanto sancito dalla delibera C.I.C.R. 19 luglio 2005, n. 1058, emanata in attuazione dell'articolo 11 del T.U.B.

In particolare, l'articolo 6 della citata disposizione del Comitato reca i requisiti per la raccolta di risparmio presso i soci:

- la previsione statutaria di tale possibilità;
- il socio finanziatore deve avere una partecipazione al capitale sociale come risulta dall'ultimo bilancio approvato almeno pari al 2% (condizione non richiesta per le società di persone);
- iscrizione nel libro soci da almeno tre mesi (condizione non richiesta per le società di persone).

A proposito di tale ultima condizione è stato giustamente osservato che si tratterebbe di una enorme penalizzazione per le società neocostituite, le quali maggiormente avrebbero bisogno delle risorse finanziarie dei soci, stante, sovente, la difficoltà delle *newco* ad approcciarsi al credito bancario nella fase di avvio dell'attività.

È emersa, quindi, una interpretazione di ragionevolezza del requisito. Il requisito della partecipazione almeno da tre mesi, infatti, si ritiene, infatti, applicabile solo al caso di ingresso di nuovi soci.

L'articolo 8 della citata delibera reca una indicazione per i gruppi di società secondo la quale le società possono raccogliere risparmio, con modalità diverse dall'emissione di strumenti finanziari, presso società controllanti, controllate o collegate ex art 2359 c.c. e presso società consorelle.

La dottrina assolutamente prevalente ha sottolineato come, anche qualora dovessero mancare uno o più dei tre requisiti sopra evidenziati, difficilmente il finanziamento soci può essere qualificabile in termini di illecita raccolta del risparmio tra il pubblico nel caso in cui, ad esempio, si tratti di una società a ristretta base azionaria, ovvero qualora la società ottenga il finanziamento sulla base di trattative personalizzate e occasionali con singoli soci, non caratterizzate dal requisito della ripetitività, periodicità e standardizzazione<sup>7</sup>.

### La postergazione

La finalità della postergazione contenuta nella norma di riferimento è illustrata dalla Suprema Corte. Con essa il Legislatore ha voluto perseguire l'intento *“di contrastare la non infrequente sottocapitalizzazione delle società, quale tecnica di traslazione sui creditori e sui terzi del rischio da continuazione dell'attività in regime di crisi, con eventuale profitto dei soci ed aggravamento del dissesto a scapito dei creditori: fenomeno determinato dalla convenienza dei soci a ridurre l'esposizione al rischio d'impresa, apportando nuove risorse a disposizione dell'ente collettivo nella forma del finanziamento, anziché in quella appropriata del conferimento”*<sup>8</sup>.

Invero, l'impianto normativo codicistico prevede disposizioni che fissano una soglia minima del capitale sociale e la sua integrità, a prescindere dalla dimensione economica della

società, pertanto, lo stesso può rivelarsi in concreto esiguo rispetto al reale rischio di impresa; quindi, sotto dimensionato rispetto alle reali esigenze di tutela dei creditori esterni<sup>9</sup>.

La norma di riferimento individua due condizioni alternative per configurare il presupposto della postergazione:

1. l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto;
2. la sussistenza di una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Nell'ipotesi in cui non ricorra la situazione descritta dall'articolo 2467, il finanziamento del socio esula dal perimetro di tale articolo, non essendo, quindi, soggetto alla postergazione<sup>10</sup>.

L'indagine circa il verificarsi di queste due 'clausole generali' non è affatto agevole, anzi.

Preliminarmente, va precisato che secondo il dettato normativo la valutazione va condotta tenendo conto del tipo di attività esercitato dalla società.

Il primo presupposto (l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto) è individuabile nell'indice di bilancio rappresentato dal rapporto di indebitamento (totale fonti di finanziamento / mezzi propri)<sup>11</sup>. La norma, tuttavia, non reca una quantificazione

<sup>7</sup> A. Busani, *“Soci meno vincolati nei finanziamenti”*, *Il Sole 24 Ore*, 30/08/2005, p. 30.

<sup>8</sup> Cassazione Civile, Sezione I, sentenza n. 12994, 15/05/2019; nonché in senso conforme n. 14056, 07/07/2015, e n. 10509, 10/05/2016.

<sup>9</sup> Si pensi all'articolo 2327 c.c. che fissa ad euro 50.000 il capitale sociale minimo delle spa ed agli articoli 2446 e 2447 in tema di tutela della sua integrità. Per le srl,

addirittura, secondo la previsione dell'articolo 2463, comma 4, il capitale minimo può essere pari ad un euro.

<sup>10</sup> G. Balp, *“Commentario alla riforma delle società. Società a responsabilità limitata”* (a cura di Luigi A. Bianchi), Milano, Egea – Giuffrè, 2008.

<sup>11</sup> Fondazione Nazionale Commercialisti, M. Gallucci, *“La postergazione dei finanziamenti dei soci di s.r.l. e di s.p.a. “chiuse”*”, 15 ottobre 2015.

dell'indice da utilizzare per valutare la sussistenza dei presupposti della postergazione.

La dottrina<sup>12</sup> a tal fine ritiene di fare riferimento a due previsioni del codice civile.

Si tratta dell'articolo 2412 c.c. che fissa i limiti all'emissione di obbligazioni delle società per azioni, a mente del quale la società può emettere obbligazioni per una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. La conseguenza, avendo riguardo all'articolo 2467 c.c., è che se dalla situazione patrimoniale emerge che l'indebitamento supera il doppio del patrimonio netto, si configura un'ipotesi di squilibrio.

L'altro parametro è individuabile nel disposto dell'articolo 2545-*quinquies* c.c. dettato in tema di diritto agli utili e alle riserve dei soci cooperatori. La norma afferma che possono essere distribuiti dividendi, acquistate proprie quote o azioni, ovvero assegnate ai soci le riserve divisibili se il rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento della società è superiore ad un quarto. Ne consegue che, salva la necessità di procedere comunque ad una valutazione caso per caso, la situazione di notevole "squilibrio" di cui all'articolo 2467 c.c. ricorrerebbe, almeno in linea di principio, in presenza di un indebitamento della società pari o superiore al quadruplo del patrimonio netto.

Secondo le indicazioni di Borsa Italiana, tale indice rappresenta la garanzia offerta dai mezzi

propri in caso di liquidazione. Esso rappresenta un segnale positivo quando assume valori bassi, e ancor di più quando non è possibile calcolarlo, in quanto la posizione finanziaria netta è positiva<sup>13</sup>.

Si possono riconoscere dei valori standard che misurano il livello di pericolo per un'azienda e sono:

- risultato < 0,50 l'azienda si trova in una situazione positiva;
- 0,50 < risultato < 1 situazione da tenere sotto controllo;
- risultato > 1 situazione molto negativa.

La seconda clausola generale (la ragionevolezza del finanziamento in luogo del conferimento) è orientata al confronto con una situazione *standard*, meglio ancora una *best practice*, in base alla quale, in luogo dell'erogazione di un finanziamento, sarebbe stato ragionevole un conferimento.

A tal fine è stato osservato<sup>14</sup> che eventuali caratteristiche del prestito anomale rispetto alle normali condizioni di mercato depongono in senso sfavorevole. Si pensi, ad esempio, alla durata insolitamente lunga, all'assenza (o all'esiguità) della remunerazione, nonché all'assenza di forme di garanzia.

Viceversa, depongono a favore della ragionevolezza anche di un finanziamento, l'esistenza di garanzie, l'esistenza di linee di credito non utilizzate dalla società, la contemporanea e coordinata presenza di prestiti anche da parte di terzi non soci.

<sup>12</sup> G. Balp, cit.; Fondazione Nazionale Commercialisti, cit.  
<sup>13</sup> Secondo Borsa Italiana l'indice può essere definito anche dal rapporto tra indebitamento finanziario netto e patrimonio netto. L'indebitamento finanziario netto è

dato dalla differenza tra il totale dei debiti finanziari onerosi e la liquidità (cassa e banche).

<sup>14</sup> G. Balp, cit.

Di particolare delicatezza e rilevanza è il momento di verifica dei presupposti per la postergazione.

Dal dettato normativo non appare chiaro se la sussistenza delle condizioni previste vada verificata all'epoca della concessione del finanziamento, ovvero in occasione della restituzione dello stesso.

Un orientamento minoritario della giurisprudenza di merito ritiene che tale indagine vada condotta esclusivamente al momento dell'erogazione del finanziamento. Ne consegue che, qualora in tale istante non sussistevano le condizioni richieste dall'articolo 2467 c.c., l'organo amministrativo non potrà esimersi dalla restituzione anche se la situazione finanziaria della società dovesse essere peggiorata<sup>15</sup>.

La prevalente interpretazione giurisprudenziale di merito, suffragata da quella di legittimità, invece, ritiene che la presenza dei presupposti della postergazione vada verificata sia al momento della concessione del finanziamento, che al momento della richiesta di rimborso<sup>16</sup>.

La Suprema Corte ha sentenziato che *"quando, invero, sia stato superato lo squilibrio patrimoniale (...) il credito del socio ritorna ordinariamente esigibile, sebbene non fossero stati a quel momento adempiuti tutti gli altri*

*debiti sociali: potendosi allora ritenere realizzata una situazione di soddisfazione, sia pure astratta, dei creditori esterni e dunque esistente uno status di regolare esigibilità"*<sup>17</sup>.

Il riscontro dei presupposti è rimesso agli amministratori, che, ex art. 2086, comma 2 c.c., hanno tra i principali compiti proprio quello di predisporre un assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società idoneo a rilevare la situazione di crisi, nonché quello di adottare tempestivamente uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il suo superamento. L'organo amministrativo, pertanto, risponde dei danni causati dal rimborso improprio dei finanziamenti soci. Se previsto, ne risponde anche il collegio sindacale.

### L'applicabilità della postergazione alle società per azioni

La questione dell'applicabilità o meno dell'articolo 2467 c.c., che è rubricato nella sezione dedicata alle società a responsabilità limitata, anche alle società per azioni, è oggetto di tre diversi orientamenti dottrinari.

Uno, minoritario, ritiene che si tratti di una norma di natura speciale destinata ad esplicare la propria efficacia solo per le srl e, stante la sua particolarità, non suscettibile di estensione alle spa<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> In tal senso Tribunale Bologna sentenza n. 1692, 24/11/2020, Tribunale Palermo sentenza n. 2047, 18/04/2019, Tribunale Roma, Sezione Specializzata Imprese, 6.2.2017 e Tribunale Milano 24/04/2007.

<sup>16</sup> In tal senso Tribunale Milano sentenza n. 7755, 28/09/2021; Tribunale Catania sentenza n. 1285, 10/04/2020; Tribunale Catania sentenza n. 478, 05/02/2020; Tribunale Venezia sentenza n. 1603, 28/08/2018; Tribunale Modena 22/02/2018;

Tribunale Milano sentenze n. 11934, 26/10/2015, n. 9104, 28/07/2015; 14/03/2014; 10/01/2011 e 11/11/2010.

<sup>17</sup> Cassazione Civile, Sezione I, sentenza n. 12994, 15/05/2019; nonché ordinanza n. 21422, 06/07/2022.

<sup>18</sup> Tra gli altri, A. Postigione, *"La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.: dubbi interpretativi e limiti applicativi"*, Le Società n. 8/2007.

Un secondo filone interpretativo ritiene che l'articolo in esame detti un principio di carattere generale finalizzato anche a contrastare la cronica sottocapitalizzazione delle pmi italiane, con conseguente applicazione *tout court* anche alle società per azioni<sup>19</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene che la disposizione prevista per le srl possa applicarsi per interpretazione analogica alle spa nei casi in cui queste ultime siano assimilabili alle prime stante l'esistenza di una ristretta compagine azionaria ed il coinvolgimento diretto dei soci nella gestione dell'impresa, situazione in cui, in buona sostanza, gli azionisti non appaiono quali meri investitori. Questa ultima posizione è quella prevalente tra la giurisprudenza di merito.

L'orientamento della Suprema Corte va consolidandosi nella stessa direzione. La Cassazione, infatti, ha stabilito che *“l'interpretazione estensiva (o anche analogica) della disposizione postuli la verifica di somiglianza della condizione concreta afferente. Tale condizione, che certo può esser dedotta su base presuntiva in ragione delle ridotte dimensioni della società, si sostanzia in ultima analisi nell'essere i soci finanziatori della s.p.a. in posizione concreta simile a quelle dei soci finanziatori della s.r.l. L'identità di posizione può pacificamente affermarsi tutte le volte che l'organizzazione della società finanziata consenta al socio di ottenere informazioni paragonabili a quelle di cui potrebbe disporre il socio di una s.r.l. ai sensi dell'art. 2476 cod. civ.; e dunque di*

*informazioni idonee a far apprezzare l'esistenza (art. 2467, secondo comma) dell'eccessivo squilibrio dell'indebitamento della società rispetto al patrimonio netto ovvero la situazione finanziaria tale da rendere ragionevole il ricorso al conferimento, in ragione delle quali è posta, per i finanziamenti dei soci, la regola di postergazione. In questa prospettiva la condizione del socio che sia anche amministratore della società finanziata può essere considerata alla stregua di elemento fondante una presunzione assoluta di conoscenza della situazione finanziaria”*<sup>20</sup>.

#### La deroga alla postergazione prevista dall'articolo 8 del D.L. 8 aprile 2020 n. 23

L'articolo 8 del D.L. 23/2020 (cd. decreto *liquidità*), emanato dal Legislatore nell'ampio perimetro della legislazione emergenziale per fronteggiare i negativi effetti per le imprese conseguenti alla deflagrazione della pandemia da Covid-19, sancisce che *“ai finanziamenti effettuati a favore delle società dal [9 aprile 2020]<sup>21</sup> e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile”*.

Preliminarmente va precisato che la norma non pone alcun requisito di causalità tra il finanziamento ed i negativi effetti conseguenti alla pandemia, pertanto *“la sospensione della regola della postergazione opera per tutti i prestiti effettuati nel periodo di riferimento, a prescindere da ogni accertamento sulla sussistenza di una effettiva situazione di*

<sup>19</sup> Tra gli altri, V. Salafia, *“I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata”*, Le Società n. 9/2005, nonché *“Finanziamenti dei soci alle società di capitali”*, Le Società n. 12/2020.

<sup>20</sup> Cassazione Civile, Sezione I, sentenza, n. 16291, 20/06/2018; nonché sentenza n. 14056, 07/07/2015.

<sup>21</sup> Data di entrata in vigore del decreto *liquidità*.

*squilibrio e a prescindere dal fatto che tale condizione sia conseguenza della pandemia e il finanziamento sia stato attuato al fine di porvi rimedio*<sup>22</sup>.

Ne consegue che nella finestra temporale introdotta dalla norma citata (dal 9 aprile al 31 dicembre 2020), i finanziamenti effettuati dai soci alla società, non sono soggetti al regime della postergazione a prescindere dalla sussistenza delle condizioni ordinariamente previste dall'articolo 2467 c.c.

L'intenzione della norma è stata quella di non disincentivare, anzi di favorire, i finanziamenti dei soci in un periodo verosimilmente delicato della vita delle società.

Una questione che si pone è cosa intendere per finanziamenti effettuati nel periodo di deroga alla postergazione. Vale a dire se debba intendersi per effettuazione il momento in cui si perfeziona l'accordo, ovvero l'effettiva erogazione del finanziamento<sup>23</sup>.

L'interpretazione più ragionevole non può che essere quella di intendere rilevante la fase dell'erogazione del finanziamento.

Rispetto al momento della restituzione dei finanziamenti erogati nel periodo di moratoria della postergazione, il dato letterale dell'articolo 8 del decreto *liquidità* non dà adito a dubbi interpretativi. La restituzione in deroga all'articolo 2467 può avvenire anche successivamente al 31 dicembre 2020. In tale circostanza la sussistenza di una situazione di

squilibrio in occasione della restituzione non assume rilevanza ai fini della postergazione<sup>24</sup>

### La rinuncia ai finanziamenti

Giuridicamente la rinuncia è riconducibile all'istituto della remissione del debito di cui all'articolo 1236 c.c. E', pertanto, un atto

- unilaterale, in forza del quale il creditore (in questo caso il socio) rinuncia (parzialmente o totalmente) al proprio credito;
- recettizio, che diviene efficace quando è comunicata al debitore.

Il principio contabile OIC 28 Patrimonio netto, al prg. 36, stabilisce che *“la rinuncia del credito da parte del socio - se dalle evidenze disponibili è desumibile che la natura della transazione è il rafforzamento patrimoniale della società - è trattata contabilmente alla stregua di un apporto di patrimonio a prescindere dalla natura originaria del credito. Pertanto, in tal caso la rinuncia del socio al suo diritto di credito trasforma il valore contabile del debito della società in una posta di patrimonio netto”*.

In tali casi, in buona sostanza, si ha la conversione del debito in una posta del patrimonio netto della società.

E' stato osservato che *“la rinuncia al credito rappresenta, infatti, una modalità tecnico-giuridica con la quale il socio effettua un apporto al fine di incrementare il patrimonio sociale della società senza, tuttavia, incidere sul*

<sup>22</sup> Assonime, circolare n. 16, 28/07/2020, *“Le regole societarie per salvaguardare la continuità operativa delle imprese nei decreti Liquidità e Rilancio”*.

<sup>23</sup> M. Ventoruzzo, *“Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19”*, Le Società n. 5/2020.

<sup>24</sup> M. Ventoruzzo, cit.

capitale nominale (salvo, ovviamente, un successivo aumento di capitale); attraverso tale atto dispositivo di un proprio diritto, pertanto, il socio esce dal rapporto di finanziamento per tornare nel rapporto partecipativo e ciò come se ab origine avesse effettuato un versamento fuori capitale, rectius un versamento in conto capitale”<sup>25</sup>.

La riserva generata dalla rinuncia ha natura di riserva di capitale in quanto consegue ad apporti di denaro dei soci; quindi, non può rappresentare una riserva di utili.

È opportuno segnalare che, stante la rinuncia, il credito del socio viene acquisito indistintamente al patrimonio nella società, vale a dire che ne beneficiano in termini di accrescimento patrimoniale anche gli altri soci.

In proposito la dottrina notarile ha osservato che “i versamenti effettuati dai soci a favore della società senza alcun diritto di rimborso, denominati nella prassi “versamenti in conto capitale”, sono definitivamente acquisiti a patrimonio sociale fin dal momento della loro esecuzione ed integrano una riserva disponibile. Da tale momento cessa ogni rapporto/collegamento tra il socio versante e la somma versata.

Le riserve costituite con detti versamenti possono essere liberamente utilizzate sia per ripianare le perdite che per aumentare gratuitamente il capitale sociale, mentre in nessun caso possono essere utilizzate per liberare aumenti di capitale a pagamento.

L’aumento gratuito di capitale mediante l’utilizzo delle riserve costituite con i ‘versamenti in conto capitale’, secondo il principio di legge, dovrà essere attribuito a tutti i soci in proporzione alle partecipazioni da ciascuno detenute, prescindendo dalla circostanza che i versamenti utilizzati siano stati effettuati solo da alcuni soci, ovvero siano stati effettuati dai soci in misura non proporzionale rispetto alle loro partecipazioni”<sup>26</sup>.

Invero, con il consenso unanime dei soci è possibile attribuirli ai soci che hanno effettuato la rinuncia<sup>27</sup>.

In pratica con la rinuncia i finanziamenti cessano di essere targati, vale a dire intestati al socio che li ha erogati.

Per far sì che continuino ad esserlo una ipotesi può essere rappresentata dalla loro imputazione ai ‘versamenti in conto futuro aumento di capitale sociale’, ovvero ad un aumento di capitale sociale, nonché ai ‘versamenti in conto aumento di capitale sociale’.

Ciò, naturalmente, può essere solo la conseguenza dell’assunzione di specifiche delibere in tal senso. A tal fine giova precisare che, secondo le indicazioni dell’OIC 28

- la riserva ‘versamenti in conto futuro aumento di capitale sociale’ accoglie i versamenti non restituibili effettuati dai soci in via anticipata, in vista di un futuro aumento di capitale;

<sup>25</sup> Fondazione Nazionale Commercialisti, “La rinuncia ai crediti dei soci verso la società e sua rilevanza tributaria alla luce del ‘decreto internazionalizzazione’”, Documento del 15 febbraio 2016, pag. 6. Secondo l’OIC 28 i ‘versamenti in conto capitale’ costituiscono una riserva del patrimonio netto che accoglie il valore di nuovi apporti

operati dai soci, pur in assenza dell’intendimento di procedere a futuri aumenti di capitale.

<sup>26</sup> Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Orientamento I.K.1, 9/07.

<sup>27</sup> Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Orientamento I.G.31, 9/07.

- quella costituita dai ‘versamenti in conto aumento capitale sociale’ riporta gli importi di capitale sottoscritti dai soci, in ipotesi di aumento di capitale scindibile, quando la procedura di aumento del capitale sia ancora in corso alla data di chiusura del bilancio.

Rispetto all’ipotesi della dazione in conto futuro aumento di capitale, va evidenziato che se la delibera di aumento, per qualsiasi ragione non viene eseguita nei termini previsti, la relativa riserva deve essere rimborsata. Si concretizza, infatti, il venir meno della causa che giustifica l’attribuzione in favore della società<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Cassazione Civile, Sezione I, sentenza n. 16049, 29/07/2015.

## REGIME IVA DEI BENI CEDUTI AI CLIENTI NON RESIDENTI MA SCOMPARSI DURANTE IL TRASPORTO

*Il trattamento applicabile, agli effetti dell'IVA, alle cessioni di beni destinati a cessionari di altri Stati UE o di Stati extra-UE, che in via di principio costituiscono operazioni da fatturare in regime di non imponibilità rispettivamente ai sensi dell'art. 41, comma 1, del D.L. n. 331/1993 e dell'art. 8, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972, deve essere opportunamente analizzato nel caso in cui i beni oggetto di cessione siano sottratti o, comunque, perduti dopo che l'operazione si è manifestata ai fini dell'imposta.*

*Le indicazioni offerte sul punto dalla prassi amministrativa e della giurisprudenza non sono univoche, con discutibili differenze a seconda della destinazione, comunitaria ed extracomunitaria, dei beni.*

*di Marco Peirolo*

### **Furto di beni durante il trasporto a destinazione di altro Stato UE**

La normativa IVA, sia italiana che comunitaria, non disciplina espressamente l'ipotesi in cui i beni oggetto di scambio intracomunitario siano oggetto di furto durante il trasporto/spedizione a destinazione dello Stato membro del cessionario.

La prassi amministrativa ha fornito alcune indicazioni al riguardo, che sono però riferite alle regole che disciplinano, sul piano

temporale, le cessioni intracomunitarie fino al 31 dicembre 2012, vale a dire prima delle modifiche introdotte, con effetto dal 1° gennaio 2013, dall'art. 1, comma 326, lett. b), della L. n. 228/2012 (Legge di Stabilità 2013).

Pertanto, auspicando che l'Amministrazione finanziaria rivisiti al più presto i chiarimenti già resi in proposito alla luce del riformulato art. 39 del D.L. n. 331/1993, appare necessario individuare quale sia il trattamento applicabile, ai fini dell'IVA, in caso di scomparsa dei beni

oggetto di cessione intracomunitaria a decorrere dal 1° gennaio 2013.

### Disciplina in vigore fino al 31 dicembre 2012

In via preliminare, è opportuno ricordare che, nella disciplina in vigore fino al 31 dicembre 2012, il momento di effettuazione delle cessioni intracomunitarie non risultava specificamente regolato dalla normativa in materia di scambi intracomunitari di beni, sicché – in forza del rinvio generale alle disposizioni del D.P.R. n. 633/1972 contenuto nell'art. 56 del D.L. n. 331/1993 – trovava applicazione l'art. 6 del citato D.P.R. n. 633/1972.

Infatti, l'art. 39 del D.L. n. 331/1993 si limitava a disciplinare il momento di effettuazione degli acquisti intracomunitari, con la conseguenza che – in base alle disposizioni dell'art. 6, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972 – le cessioni aventi per oggetto beni mobili si consideravano effettuate, salvo apposite deroghe, nel momento della consegna o spedizione.

In relazione a tale disposizione, la prassi amministrativa ha chiarito che la scomparsa dei beni durante il trasporto/spedizione dall'Italia allo Stato membro di destinazione può dare

luogo ad un diverso trattamento impositivo a seconda che il furto avvenga durante il trasporto/spedizione effettuato con mezzi propri del venditore, oppure durante il trasporto/spedizione effettuato con mezzi propri dell'acquirente o tramite un vettore su incarico di uno dei due operatori<sup>1</sup>.

Nella prima ipotesi (trasporto con mezzi del cedente), l'Amministrazione finanziaria distingue a seconda che i beni siano scomparsi in Italia o in altro Stato membro.

Nel primo caso, la cessione non risulta perfezionata e, quindi, non sorge il presupposto impositivo, ricadendo sul cedente l'onere di provare la perdita del bene secondo la procedura prevista dal D.P.R. n. 441/1997<sup>2</sup>, che ha sostituito l'art. 53 del D.P.R. n. 633/1972<sup>3</sup>.

Si tratta di un'indicazione che non appare condivisibile, in quanto, stando al tenore dell'art. 6, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972, come interpretato alla luce dell'art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE, il momento di effettuazione della cessione intracomunitaria si è regolarmente manifestato, avendo avuto inizio il trasporto/spedizione dei beni<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. C.M. 23 febbraio 1994, n. 13-VII-15-464 (§ B.3.2).

<sup>2</sup> In particolare, fermo restando che l'art. 1, comma 2, lett. a), del D.P.R. n. 441/1995 stabilisce che la presunzione di cessione non opera se è dimostrato che i beni "sono stati impiegati per la produzione, perduti o distrutti", il successivo art. 2, comma 3, dello stesso D.P.R. n. 441/1997 dispone che "la perdita dei beni dovuta ad eventi fortuiti, accidentali o comunque indipendenti dalla volontà del soggetto è provata da idonea documentazione fornita da un organo della pubblica amministrazione o, in mancanza, da dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, resa entro trenta giorni dal verificarsi dell'evento o dalla data in cui se ne ha conoscenza, dalle quali risulti il valore complessivo dei beni perduti, salvo l'obbligo di fornire, a richiesta dell'Amministrazione finanziaria, i criteri e gli elementi in base ai quali detto valore è stato determinato".

<sup>3</sup> A sostegno di questa indicazione, viene richiamata la C.M. 10 ottobre 1979, n. 31, secondo cui il furto di beni rientra nel concetto di "perdita" di cui al primo comma dell'art. 53 del D.P.R. n. 633/1972 e, come

tale, è idoneo ad escludere la presunzione di cessione. In particolare, specifica l'Amministrazione, "in materia di IVA, il presupposto impositivo è collegato alla cessione di beni o alla prestazione di servizi, effettuate nell'esercizio di imprese, arti o professioni, e, cioè, in definitiva, all'esistenza di rapporti di carattere contrattuale o di atti unilaterali volontari, anche se presunti tali, per effetto del richiamato art. 53. Tanto premesso in tesi generale, si osserva inoltre che l'espressione «perduti o distrutti» usata dal legislatore nel citato art. 53, va intesa nel senso di evento idoneo ad escludere la presunzione di cessione del bene, per cui il furto di merce, impedendo il sorgere del presupposto impositivo, rientra in tale previsione. E appena il caso di aggiungere che è necessario acquisire, nei singoli casi concreti, quale elemento probante una certificazione della competente autorità".

<sup>4</sup> L'art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE, infatti, stabilisce che "si considera come luogo della cessione, se il bene è spedito o trasportato dal fornitore, dall'acquirente o da un terzo, il luogo dove il bene si trova al momento iniziale della spedizione o del trasporto a destinazione dell'acquirente".

Se, quindi, il momento di effettuazione risulta integrato con l'inizio del trasporto/spedizione, la perdita dei beni in un momento successivo, quand'anche si verifichi in territorio italiano, non è più idonea ad impedire l'insorgenza del momento impositivo, fermo restando che – mancando la prova dell'avvenuto trasporto/spedizione dei beni in altro Stato membro – la cessione deve essere assoggettata ad imposta.

Sembrerebbe che l'Amministrazione finanziaria abbia inteso leggere l'art. 6, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972 in senso divergente da quanto emerge dal corrispondente art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE, vale a dire dando rilevanza, ai fini dell'individuazione del momento di effettuazione della cessione intracomunitaria, non già al momento di inizio del trasporto/spedizione – come richiesto dalla norma comunitaria – ma a quello dell'avvenuto trasporto/spedizione al di fuori dell'Italia. Nel pensiero dell'Amministrazione, mancando l'invio dei beni nello Stato membro di destinazione, l'operazione non si considera effettuata *tout court e né*, del resto, può trovare applicazione la presunzione di cessione, in quanto i beni ceduti sono stati perduti.

Se, invece, i beni sono scomparsi in altro Stato membro, l'Amministrazione finanziaria considera che la cessione sia perfezionata e, alla luce dell'avvenuto trasporto/spedizione dei beni in altro Stato membro, l'operazione assume carattere intracomunitario e deve essere, pertanto, fatturata con il titolo di non imponibilità.

Tale indicazione appare corretta, in quanto coerente alle osservazioni che precedono, dovendosi ritenere che la cessione intracomunitaria risulti regolarmente effettuata, risultando soddisfatti i relativi presupposti,

compreso quello del trasporto/spedizione dei beni in altro Stato membro.

Nell'ulteriore ipotesi contemplata dall'Amministrazione finanziaria (trasporto con mezzi del cessionario o tramite un vettore incaricato da uno degli operatori), l'operazione, a prescindere dallo Stato membro nel quale i beni sono scomparsi (Italia o altro Stato membro), si considera in ogni caso avvenuta, in quanto si è verificato in capo al cessionario il trasferimento del potere di disporre dei beni.

Tuttavia, se i beni sono scomparsi in Italia, la cessione si qualifica come "interna", non risultando soddisfatto il requisito dell'effettivo trasporto/spedizione dei beni in altro Stato membro e, quindi, il cedente deve emettere la fattura con addebito dell'IVA; se, invece, i beni sono scomparsi in altro Stato membro, la cessione assume natura intracomunitaria in considerazione del fatto che i beni sono comunque usciti dal territorio nazionale, con la conseguenza che il cedente è tenuto ad emettere la fattura in regime di non imponibilità.

Anche tali indicazioni appaiono opinabili alla luce dell'art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE, che dà rilevanza, ai fini dell'effettuazione della cessione, al momento di inizio del trasporto/spedizione, indipendentemente dal soggetto che organizza il trasporto/spedizione (cedente o cessionario), con o senza mezzi propri.

Pertanto, in sintesi, è dato ritenere che, nella normativa in vigore fino al 31 dicembre 2012, se il furto si manifesta in Italia dopo l'inizio del trasporto/spedizione dei beni a destinazione del cessionario comunitario, il momento di effettuazione della cessione si considera integrato, ma l'operazione non assume carattere intracomunitario, ma interno e, quindi, deve essere assoggettata a IVA.

Di contro, se i beni sono perduti dopo l'uscita dal territorio italiano, la cessione è intracomunitaria e deve essere fatturata con il titolo di non imponibilità IVA di cui all'art. 41, comma 1, lett. a), del D.L. n. 331/1993.

Le indicazioni offerte dalla prassi amministrativa, per quanto discutibili in rapporto alla normativa comunitaria, sono state confermate dalla giurisprudenza di legittimità, intervenuta – più nello specifico – per dirimere la controversia sorta in merito alla possibilità, per il cessionario comunitario, di chiedere il rimborso dell'IVA assolta sui beni acquistati in Italia con clausola EXW (*Ex Works*)<sup>5</sup>.

La Suprema Corte ha, anzitutto, rilevato che la società tedesca, durante il trasporto dei beni in Germania a propria cura e spese, è stata derubata, sicché l'operazione, originariamente fatturata come intracomunitaria, è stata correttamente riqualficata alla stregua di una cessione interna soggetta a IVA.

Riguardo al rimborso dell'imposta, chiesto in base alla procedura di cui all'art. 38-ter del D.P.R. n. 633/1972 (ora a art. 38-bis2 del D.P.R. n. 633/1972), i giudici di vertice hanno confermato la decisione d'appello, affermando che – al ricorrere dei requisiti previsti da tale disposizione – il soggetto non residente ha diritto di chiedere la restituzione dell'IVA pagata sull'acquisto di beni effettuato nel territorio dello Stato.

### Disciplina in vigore dal 1° gennaio 2013

Come anticipato, l'art. 1, comma 326, lett. b), della L. n. 228/2012 ha colmato la lacuna precedentemente esistente all'interno della normativa in materia di scambi intracomunitari di beni, sostituendo, con effetto dal 1° gennaio

2013, l'art. 39 del D.L. n. 331/1993, che in precedenza regolava, sotto il profilo temporale, il momento di effettuazione dei soli acquisti intracomunitari, senza nulla disporre in merito al momento di effettuazione delle cessioni intracomunitarie.

Il legislatore italiano, sulla scorta delle disposizioni della Direttiva n. 2006/112/CE, ha inteso uniformare il momento in cui l'operazione, economicamente unica, dà luogo, dal punto di vista dell'IVA, ad una cessione intracomunitaria nello Stato membro di partenza e, corrispondentemente, ad un acquisto intracomunitario nello Stato membro di arrivo dei beni.

A tal fine, è stato previsto, al primo comma del citato art. 39 del D.L. n. 331/1993, che *“le cessioni intracomunitarie e gli acquisti intracomunitari di beni si considerano effettuati all'atto dell'inizio del trasporto o della spedizione al cessionario o a terzi per suo conto, rispettivamente dal territorio dello Stato o dal territorio dello Stato membro di provenienza”*.

La novità è relativa non tanto al lato attivo dell'operazione, posto che – come sopra rilevato – già dall'art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE si desumeva agevolmente che il momento di effettuazione delle cessioni intracomunitarie è rappresentato dall'inizio del trasporto/spedizione dei beni a destinazione del cessionario, quanto al lato passivo. A quest'ultimo riguardo, infatti, il previgente art. 39, comma 1, del D.L. n. 331/1993 stabiliva che *“gli acquisti intracomunitari di beni si considerano effettuati nel momento della consegna nel territorio dello Stato al cessionario o a terzi per suo conto ovvero, in caso di trasporto con mezzi del cessionario, nel*

<sup>5</sup> Cfr. Cass., 17 febbraio 2016, n. 3091.

*momento di arrivo nel luogo di destinazione nel territorio stesso”.*

Infatti, a seguito dell'intervenuta modifica normativa, l'acquisto intracomunitario si considera effettuato non più nel momento della consegna o di arrivo in Italia dei beni di provenienza intracomunitaria, bensì nel momento in cui i beni sono partiti dallo Stato membro del cedente a destinazione del territorio italiano, uniformando in tal modo il momento di effettuazione dell'operazione intracomunitaria, sia dal lato del cedente che da quello del cessionario.

Pertanto, pare evidente come le considerazioni precedentemente svolte in merito alla discutibilità delle indicazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria rispetto alla previgente disciplina esplichino pienamente effetto anche a seguito dell'avvenuta riformulazione dell'art. 39 del D.L. n. 331/1993.

Dato, infatti, che l'art. 6, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972 deve essere interpretato alla luce dell'art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE, dando quindi rilevanza al momento di inizio del trasporto/spedizione dei beni, è possibile ritenere che il novellato art. 39 del D.L. n. 331/1993 non incida sul descritto trattamento impositivo della perdita dei beni durante il trasporto/spedizione verso lo Stato membro di destinazione, in quanto il momento di inizio del trasporto/spedizione assume rilevanza – a prescindere dall'operatore che lo effettua – nel solo caso in cui i beni siano scomparsi in altro Stato membro; solo in questa ipotesi, infatti, l'uscita materiale dei beni dall'Italia implica che la cessione abbia natura intracomunitaria.

In sostanza, anche dal 1° gennaio 2013, se i beni scompaiono in altro Stato membro, la cessione beneficia del regime di non imponibilità a

prescindere dal fatto che il trasporto/spedizione sia effettuato con mezzi propri del venditore, ovvero con mezzi del cessionario o tramite un vettore incaricato da uno degli operatori. Per contro, se il furto dei beni avviene in Italia, dopo l'inizio del trasporto/spedizione, la cessione è interna al territorio dello Stato ed è soggetta a IVA.

Da ultimo, è il caso di osservare che una specifica disciplina è stata introdotta dall'art. 41-bis del D.L. n. 331/1993, inserito dall'art. 1, comma 1, lett. c), del DLgs. n. 192/2021 in recepimento dell'art. 17-bis della Direttiva n. 2006/112/CE, nel caso in cui i beni oggetto di movimentazione intracomunitaria nell'ambito del regime di “*call-off stock*”, cioè senza il contestuale passaggio di proprietà in capo al destinatario, siano andati distrutti, rubati o perduti.

In questa evenienza, l'art. 41-bis, comma 3, lett. e), del D.L. n. 331/1993 stabilisce la decadenza degli effetti del regime del “*call-off stock*”, a decorrere dal “*giorno in cui i beni sono stati effettivamente distrutti, rubati o perduti oppure ne è accertata la distruzione, il furto o la perdita se, entro dodici mesi dall'arrivo nel territorio dello Stato membro, i beni sono stati oggetto di distruzione, furto o perdita*”.

Dalle Note esplicative della Commissione europea, pubblicate nel mese di dicembre 2019, si desume che la riqualificazione della movimentazione intracomunitaria in un trasferimento per esigenze della propria impresa, equiparato ad una operazione intracomunitaria non imponibile ex art. 41, comma 2, lett. c), del D.L. n. 331/1993 e ad un acquisto intracomunitario imponibile nello Stato membro di destinazione, ex art. 21 della Direttiva n. 2006/112/CE, opera limitatamente ai beni distrutti, rubati o perduti e non anche per quelli già oggetto di cessione, per i quali

l'avvenuto effetto traslativo della proprietà attribuisce all'operazione la natura intracomunitaria "ordinaria", ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. a), del D.L. n. 331/1993.

Pare evidente, infatti, che – nell'ipotesi descritta – il regime sospensivo resti impregiudicato proprio in virtù dell'avvenuto passaggio di proprietà, avente per oggetto beni che si trovano già nello Stato membro del cessionario e che sono risultati distrutti, rubati o perduti dopo che l'effetto sospensivo è venuto meno a seguito del passaggio di proprietà che determina la realizzazione della cessione intracomunitaria.

### Furto di beni durante il trasporto a destinazione di uno Stato extra-UE

Passando ad esaminare il caso in cui la scomparsa dei beni si verifichi durante il trasporto/spedizione a destinazione del cessionario extracomunitario, non si riscontrano indicazioni di prassi, ma solo di giurisprudenza.

Con un primo arresto, la Corte di Cassazione ha preso in considerazione il caso in cui il furto abbia per oggetto i beni ceduti nell'ambito dello schema di cui all'art. 8, comma 1, lett. b), del D.P.R. n. 633/1972, che qualifica come non

imponibili IVA "le cessioni con trasporto o spedizione fuori del territorio della Comunità economica europea entro novanta giorni dalla consegna, a cura del cessionario non residente o per suo conto, ad eccezione dei beni destinati a dotazione o provvista di bordo di imbarcazioni o navi da diporto, di aeromobili da turismo o di qualsiasi altro mezzo di trasporto ad uso privato e dei beni da trasportarsi nei bagagli personali fuori del territorio della Comunità economica europea"<sup>6 7</sup>.

Ad avviso dei giudici di legittimità, l'esportazione deve considerarsi avvenuta, in quanto i beni sono stati consegnati al cessionario con il contestuale inizio del trasporto/spedizione al di fuori della UE. A questo riguardo, la circostanza che la documentazione doganale a corredo dell'esportazione sia mancante è imputabile unicamente al furto, che costituisce un'evidente causa di forza maggiore, non idonea a riqualificare l'operazione alla stregua di una cessione interna, soggetta a IVA.

A sostegno di questa conclusione, nella sentenza viene richiamata la disciplina prevista nel caso in cui i beni destinati al commercio siano smarriti o distrutti per forza maggiore, non realizzandosi

<sup>6</sup> Cfr. sent. 6 dicembre 2001, n. 15445.

<sup>7</sup> La detassazione presuppone, allo stesso tempo, (i) la consegna al cliente estero, nel territorio italiano o di altro Stato membro, dei beni oggetto di vendita, (ii) il trasporto/spedizione dei beni al di fuori della UE da parte del cliente estero che, a tal fine, deve provvedere direttamente o tramite terzi e (iii) lo stato originario dei beni oggetto di esportazione, in quanto – a differenza delle cessioni all'esportazione di cui all'art. 8, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 633/1972 – per quelle in esame non è espressamente prevista l'applicazione del regime di non imponibilità nel caso in cui i beni siano sottoposti, per conto del cessionario, ad opera del cedente stesso o di terzi, a lavorazione, trasformazione, montaggio, assiemaggio o adattamento ad altri beni (si veda la C.M. 13 febbraio 1997, n. 35/E, § 4).

In recepimento della sentenza della Corte di giustizia UE, 19 dicembre 2013, causa C-563/12, con la risoluzione n. 98 del 10 novembre 2014, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che il regime di non imponibilità proprio delle esportazioni si applica (i) sia quando il bene

sia stato esportato entro i 90 giorni, ma il cedente ne acquisisca la prova oltre il termine dei 30 giorni previsto, per eseguire la regolarizzazione, dall'art. 7, comma 1, del DLgs. n. 471/1997, (ii) sia quando il bene esca dal territorio comunitario dopo il decorso del termine di 90 giorni, purché sia acquisita la prova dell'avvenuta esportazione.

È possibile recuperare l'IVA nel frattempo versata ai sensi del citato art. 7, comma 1, del DLgs. n. 471/1997. In particolare, per quanto riguarda le modalità di recupero dell'imposta versata in sede di regolarizzazione, il contribuente può (i) emettere una nota di variazione ex art. 26, comma 2, del D.P.R. n. 633/1972, entro il termine per la presentazione della dichiarazione annuale relativa all'anno in cui è avvenuta l'esportazione, oppure (ii) presentare l'istanza di rimborso ai sensi dell'art. 30-ter, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972, entro il termine di due anni dal versamento o dal verificarsi del presupposto del rimborso.

in tale ipotesi alcuna cessione”, tenuto anche conto che l’art. 1, comma 2, lett. a), del D.P.R. n. 441/1997 esclude la presunzione di cessione per i beni che siano andati perduti.

Alla luce degli orientamenti di prassi e giurisprudenza esposti, può pertanto osservarsi che, quando i beni ceduti sono perduti dopo l’inizio del trasporto/spedizione, avvenuto nel territorio dello Stato, il regime impositivo è diverso a seconda della destinazione convenuta dalle parti.

Nello specifico, l’IVA è dovuta se il trasporto/spedizione è a destinazione di altro Stato membro, restando invece applicabile il trattamento di non imponibilità previsto per le cessioni all’esportazione in caso di destinazione extracomunitaria dei beni.

Questo differente regime impositivo non appare, tuttavia, convincente, tenuto che, a prescindere dallo Stato di destinazione dei beni, situato nella UE o al di fuori della stessa, la cessione si considera comunque effettuata agli effetti dell’IVA, ai sensi – rispettivamente – dell’art. 39, comma 1, del D.L. n. 331/1993 e dell’art. 6, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972, quest’ultimo interpretato alla luce del citato art. 32 della Direttiva n. 2006/112/CE.

Di conseguenza, in mancanza della prova dell’uscita dei beni dal territorio italiano, la cessione assume natura interna, ed è quindi imponibile, indipendentemente dalla destinazione pattuita (altro Stato UE o Stato extra-UE), non potendo certamente essere assoggettata a IVA se il cessionario è comunitario, mantenendo invece il trattamento di non imponibilità in caso di cessionario extracomunitario.

A favore di questa conclusione giova richiamare la posizione espressa dalla Corte di giustizia UE nella sentenza *British American Tobacco International e Newman Shipping & Agency Company*<sup>8</sup>.

I giudici comunitari hanno, anzitutto, affermato che *“il furto di merci non dà luogo, per definizione, ad un qualsivoglia corrispettivo finanziario a favore della persona che ne è vittima. Esso non può dunque, in quanto tale, essere considerato come una cessione di beni effettuata «a titolo oneroso» ai sensi dell’art. 2 della direttiva”* (ora art. 2, par. 1, lett. a), della Direttiva n. 2006/112/CE).

In particolare, *“il furto di merci non rientra nella nozione di «cessione di beni», come risulta dalla direttiva”,* in quanto ai sensi dell’art. 5, par. 1, della VI Direttiva CEE *“si considera «cessione di un bene» il trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario”* (ora art. 14, par. 1, della Direttiva n. 2006/112/CE).

In sostanza, *“il furto di merci fa di colui che lo commette il semplice detentore di queste. Esso non ha per effetto di autorizzare il suo autore a disporre delle merci alle stesse condizioni del loro proprietario. Il furto non può dunque essere considerato come operante un trasferimento tra la parte che ne è stata vittima e l’autore dell’infrazione, ai sensi della disposizione citata della direttiva”*.

La Corte prosegue osservando che *“l’importazione e la cessione illegali di beni quali i tabacchi lavorati di cui alla causa principale, che non sono vietati a causa della loro natura o delle loro particolari caratteristiche, sono soggette all’IVA, dal momento che tali beni sono idonei ad essere immessi lecitamente in commercio e inseriti nel*

<sup>8</sup> Cfr. causa C-435/03 del 14 luglio 2005.

*circuito economico". Tuttavia, "l'IVA è esigibile in tali ipotesi, poiché il fatto generatore dell'imposta, che è l'importazione o la cessione delle merci, è avvenuto successivamente al furto e poiché si è potuto individuare il corrispettivo di tale operazione, che costituisce la base imponibile dell'imposta".*

*In conclusione, "una tale analisi non si può applicare al furto in quanto tale, che non costituisce di per sé un fatto generatore dell'imposta. Essa non può neppure giustificare che l'operazione ulteriore, persino probabile, di immissione in commercio delle merci rubate sia attribuita alla vittima del furto, che non è quella che importa o cede effettivamente le dette merci. Inoltre, se il furto fosse considerato, in nome del principio di neutralità fiscale, come un fatto generatore dell'imposta, indipendentemente da ogni importazione o cessione e, quindi, in mancanza di un corrispettivo individuabile, la base imponibile dell'imposta sarebbe puramente fittizia".*

Dalle indicazioni esposte si desume che se l'operazione si è manifestata dal punto di vista dell'IVA, come è effettivamente accaduto nel caso di specie, in cui i beni sono stati rubati dopo la consegna al cessionario con il contestuale inizio del trasporto/spedizione al di fuori della

UE, la circostanza che i beni non siano materialmente esportati non esclude, di per sé, la rilevanza ai fini dell'IVA della cessione, dovendosi tuttavia ritenere idonea a precludere l'applicazione del beneficio della non imponibilità di cui all'art. 8, comma 1, lett. b), del D.P.R. n. 633/1972.

In questo senso depone l'ulteriore e recente arresto della Corte di Cassazione<sup>9</sup>, in base al quale la sottrazione dei beni dopo la consegna al vettore incaricato dal cedente del trasporto/spedizione al di fuori del territorio comunitario comporta la riqualificazione dell'operazione, che da cessione all'esportazione diventa una cessione interna da assoggettare regolarmente ad imposta.

<sup>9</sup> Cfr. ord. 20 dicembre 2022, n. 37271.