



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico

LA GESTIONE DEL RISCHIO FISCALE NEL
DIRITTO TRIBUTARIO D'IMPRESA: PROBLEMATICHE E
PROSPETTIVE

Relatore:

Chiar.mo Prof. Giuseppe MARINO

Correlatore:

Dott. Stefano Delfino LA FERLA

Tesi di Laurea di:

Giulia MANTEGAZZA

Matricola n. 940834

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I - IL RISCHIO E LA CORPORATE GOVERNANCE.....	5
1. Il concetto di “rischio” e la sua analisi	5
1.1 Il rischio aziendale	8
1.2 Il rischio fiscale e le sue categorie.....	10
2. La <i>Corporate Governance</i>	12
3. Il Sistema di Controllo Interno nelle imprese.....	15
3.1 Il modello delle tre linee di difesa.....	19
CAPITOLO II - LA TAX GOVERNANCE E IL MODELLO DI TAX RISK MANAGEMENT	21
1. La <i>Tax Governance</i>	21
2. Il ruolo dell’OCSE nei rapporti tra Fisco e contribuente e nella gestione del rischio fiscale.....	25
2.1 La rilevanza del <i>BEPS Project</i> nella gestione del rischio fiscale.....	32
3. La disciplina e il processo del sistema di <i>Risk Management</i>	36
3.1 L’ <i>Enterprise Risk Management</i>	42
4. Il <i>Tax Risk Management</i>	46
4.1 Il <i>Tax Risk Manager</i> e gli altri soggetti coinvolti.....	49
4.2 Il modello di gestione del <i>Tax Risk</i> orientato alla <i>tax compliance</i>	53
4.2.1 Il ruolo dell’Unione Europea nel processo di <i>compliance</i> fiscale e di <i>tax risk management</i>	53
4.3 Il processo di gestione del <i>Tax Risk</i>	56
CAPITOLO III - LE PRINCIPALI FONTI DI RISCHIO FISCALE	61
1. Il concetto di “frode fiscale”: nozione, normativa di riferimento e di contrasto	62
1.2 Le cause del comportamento fraudolento	67
2. Il concetto di “evasione fiscale”: nozione e normativa di riferimento	69
2.1 Analisi statistica in tema di evasione fiscale europea e nazionale	71
2.2 La normativa di contrasto: l’evoluzione storica del sistema sanzionatorio amministrativo	80
2.2.1 I principi generali in tema di sanzioni amministrative tributarie	85
2.2.2 Il principio di personalità	87
2.3 La distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale	90
2.3.1 La posizione della Dottrina	93
3. Il concetto di “elusione fiscale” e “abuso del diritto”: nozione e introduzione storica dell’istituto.....	95
3.1 Il profilo attuale dell’istituto ex art. 10- <i>bis</i> della L. 212/2000	100
CAPITOLO IV - LA GESTIONE DEL RISCHIO FISCALE.....	105
SEZIONE A - GLI STRUMENTI VOLTI ALLA PREVENZIONE E ALLA GESTIONE DEI RISCHI FISCALI.....	105
1. La pianificazione fiscale internazionale	106
1.1 La pianificazione fiscale aggressiva.....	108
1.1.1 Il rapporto tra la pianificazione fiscale aggressiva e le pratiche di abuso/elusione fiscale	110

1.1.2 Esempi pratici dello schema di pianificazione fiscale aggressiva.....	112
1.2 La normativa di contrasto: il ruolo dell'OCSE	113
1.3 La normativa di contrasto: il ruolo dell'Unione Europea e dell'Italia	118
1.3.1 Il sistema delle Direttive "DAC": la cd. "DAC 6"	121
2. Il <i>Tax Whistleblowing</i>	125
3. Il regime di adempimento collaborativo: generalità	130
3.1 I programmi di <i>Cooperative Compliance</i> negli altri ordinamenti	133
3.2 Il recepimento in Italia del regime di adempimento collaborativo: la L. n. 23/2014 e il D.Lgs. n. 128/2015.....	134
3.3 Profili di attualità: il cd. "Piano Colao"	137
3.4 I requisiti di accesso	139
3.4.1 Il <i>Tax Control Framework</i>	141
3.5 L'ammissione al regime e lo svolgimento della procedura.....	143
3.6 Gli effetti del regime	146
3.7 Le cause di esclusione e di interruzione dal regime e la revoca.....	148
4. L'interpello sui nuovi investimenti: D.Lgs. n. 147/2015.....	149
5. Riflessioni conclusive.....	152

SEZIONE B - LA GESTIONE DEL RISCHIO FISCALE NEI MODELLI

ORGANIZZATIVI 231	155
1. Il rapporto tra <i>Corporate Tax Governance</i> e <i>Financial Crime Risk</i>	155
2. Il D.Lgs. n. 231/2001: generalità.....	156
2.1 I criteri di imputazione della responsabilità dell'ente da reato	158
3. La Direttiva UE 2017/1371 (cd. "Direttiva PIF") e il percorso attuativo.....	161
3.1 La <i>vexata quaestio</i> sull'introduzione dei reati tributari tra i reati presupposto: argomentazioni a sfavore	165
3.1.1 Argomentazioni a favore	167
4. Considerazioni finali: integrazione tra Modello 231 e <i>Tax Control Framework</i>	168

CAPITOLO V - IL CASO EDISON

1. Il profilo della società: informazioni generali	171
2. La <i>Corporate Governance</i> di Edison: organizzazione e coordinamento delle funzioni aziendali in ambito fiscale.....	173
2.1 Il Sistema di Controllo Interno di Edison.....	175
3. La politica fiscale del Gruppo e l'approccio alle criticità.....	178
4. Primi sviluppi del <i>Tax Control Framework</i> in Edison	181
5. L'implementazione del <i>Tax Control Framework</i>	185
6. La gestione del rischio fiscale integrata al sistema 231.....	189
7. Considerazioni conclusive e prospettive future.....	191

CONCLUSIONI.....

APPENDICE A

APPENDICE B

APPENDICE C

BIBLIOGRAFIA

RINGRAZIAMENTI

INTRODUZIONE

La *Corporate Tax Governance* costituisce un sistema di enorme rilievo, la quale mira a far fronte all'esigenza sempre più spiccata di definire in modo chiaro e preciso il governo dei rischi fiscali nell'impresa, sulla base dei principi di efficienza, efficacia, trasparenza e adeguatezza alla normativa tributaria di riferimento.

In una realtà come quella odierna, il tema della gestione e del controllo della variabile fiscale rappresenta un elemento dal quale non si può prescindere all'interno dell'attività d'impresa, la quale deve far fronte all'incertezza e alle numerose criticità che possono sfociare nella determinazione del rischio stesso. Esso è un tema sempre più in progressiva espansione rispetto al passato, al quale viene data più attenzione sia da parte del Legislatore, sia da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia da parte delle stesse imprese-contribuenti.

Un'accurata gestione del rischio fiscale si fonda su una cultura dell'etica e di responsabilizzazione degli organi aziendali; per gestire un rischio è necessario prevedere, ridurre e mitigare qualsiasi ostacolo. Inoltre, la gestione del rischio fiscale tende a orientare il comportamento dell'impresa nel rispetto delle norme e dei principi posti dall'ordinamento tributario nazionale e internazionale, nonché permette di far nascere una relazione tra Fisco e contribuente improntata sulla *tax compliance* e su un rapporto di parità, fiducia e collaborazione, fondata su una logica di controllo preventiva e deflativa del contenzioso tributario, nonché riduttiva dell'apparato sanzionatorio.

Una impresa, per poter gestire la variabile fiscale, necessita di strumenti adeguati e ben disciplinati, come ad esempio il regime di adempimento collaborativo, la DAC 6, gli interPELLI, il *tax whistleblowing* o il Modello Organizzativo 231.

Si è ritenuto opportuno introdurre la presente dissertazione con un primo capitolo avente lo scopo di fornire solide basi al lettore per poter comprendere al meglio i capitoli successivi. In particolare, l'elaborato si apre con un *focus* sul termine "rischio" e sulle sue declinazioni, tra cui quella fiscale, per poi sfociare nel tema più generico della *Corporate Governance*, la quale si configura come un sistema organizzativo e decisionale di governo dell'impresa che stabilisce un serie di regole comportamentali e un buon flusso informativo. Nella *Corporate Governance* si trova il Sistema di

Controllo Interno che rappresenta un elemento essenziale che fa perno a tutti gli elementi e gli strumenti di gestione e controllo dei rischi e determina i ruoli e le responsabilità dei soggetti implicati nella funzione di controllo. Il meccanismo di controllo è fondamentale in quanto mira a prevenire rischi o comportamenti illeciti che possono danneggiare, se non distruggere, l'impresa.

Il secondo capitolo si incentra sul concetto più specifico di *Tax Governance*, quale componente del più ampio *genus* della *Corporate Governance*. Lo scopo consiste nel permettere di addentrarsi a pieno in quella che è la gestione dei rischi fiscali nelle imprese, attuata individuando preliminarmente la posizione e la filosofia fiscale dell'impresa, in quanto è proprio la *Tax Governance* ad avere il compito di neutralizzare il rischio fiscale.

Successivamente, il discorso si concentra sul modo in cui il rischio fiscale ha assunto rilevanza in Italia e all'estero e sull'importante ruolo ricoperto dall'OCSE, sui suoi numerosi interventi e linee guida dettate in materia fiscale, precisamente in materia di rapporto tra Fisco e contribuente: una relazione oggetto di innovazione che mira alla *compliance* fiscale e definita "*enhanced relationship*".

Il capitolo verte, poi, sul processo specifico adottato nelle imprese per la gestione del rischio fiscale: il cd. *Tax Risk Management*. Tutto ciò, introdotto a livello generale con una breve illustrazione sul processo di *Risk Management* tradizionale e sull'*Enterprise Risk Management*, quale sistema gestione integrata del rischio e tecnica ormai principale di gestione dello stesso.

A questo punto, appare necessario approfondire quali siano le principali fonti da cui scaturisce il rischio fiscale. Nello specifico, è prodromico esaminare quei fenomeni illeciti che possono far emergere delle criticità da non sottovalutare, come ad esempio l'inadempienza agli obblighi tributari.

Nel terzo capitolo si decide di considerare, volutamente in ordine di gravità della condotta, tre fenomeni che scaturiscono da questi comportamenti illeciti e che hanno impregnato la società da molto tempo: la frode fiscale, l'evasione fiscale e l'elusione o abuso del diritto. In particolare, l'analisi svolta prende in considerazione la tematica delle sanzioni amministrative tributarie cercando di mettere un punto fermo nella

distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale. Non solo, si delinea anche l'evoluzione delle sanzioni amministrative, le quali poggiano sul principio di personalità, facendo riferimento ad un importante traguardo storico: l'affermarsi della possibilità di applicare le sanzioni amministrative alle persone giuridiche e non solo alla persona fisica, con conseguente capacità di affermare "*societas deliquere potest*".

Il quarto capitolo dell'elaborato può essere considerato come il "fulcro" della presente trattazione. Una volta chiarito, infatti, cosa si intenda per "rischio fiscale", come questo venga accuratamente gestito nel sistema di *Corporate Tax Governance* e in un'ottica di *tax compliance* e da quali tipologie di condotte possa scaturire un comportamento deleterio tale da generare un rischio fiscale, si ritiene di ulteriore importanza affrontare il tema relativo a quelli che, nella pratica, possono essere gli strumenti idonei alla prevenzione nonché alla gestione del rischio fiscale in una realtà aziendale.

A tal proposito, si ritiene opportuno suddividere il capitolo in due sezioni, A e B. In particolare, la prima contiene una analisi iniziale sulla pianificazione fiscale aggressiva, una pratica sempre più attuale, in cui entra in gioco per contrastarla: i) l'OCSE con una serie di *Report* tra cui il *BEPS Project*; ii) l'Unione Europea con il sistema delle Direttive DAC dal quale emerge la Direttiva DAC 6 accompagnata da una serie di riflessioni critiche; iii) l'Italia che ha dato attuazione a quanto disposto dall'UE. Successivamente la Sezione A si concentra sugli strumenti veri e propri utilizzati con lo scopo di governare e gestire il rischio fiscale. Uno fra tutti il regime di adempimento collaborativo, regolato dalla L. n. 128/2015 e derivante da una spinta internazionale verso la *Cooperative Compliance*, il quale presuppone che l'impresa sia dotata di un "*sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale*" (i.e. il *Tax Control Framework*) e che rivoluziona il tradizionale rapporto tra Fisco e contribuente improntandolo sulla collaborazione, fiducia reciproca e sull'interlocuzione preventiva, dando modo di accedere ad effetti premiali alle imprese che vi aderiscono.

La Sezione B riguarda la gestione di tale rischio fiscale sulla base dei Modelli Organizzativi 231, a seguito dell'introduzione dei reati tributari nel Modello in attuazione della Direttiva PIF dell'UE, nonostante un forte contrasto di opinioni in dottrina. Il D.Lgs. n. 231/2001 introduce nell'ordinamento italiano la responsabilità amministrativa da reato delle società e degli enti collettivi in genere anche privi di

personalità giuridica, ponendosi come un valido strumento volto a prevenire la commissione dei cd. “*reati presupposto*”.

Infine, si sceglie di concludere la dissertazione con un “*case study*”, caratteristica atipica per una tesi di laurea della facoltà di Giurisprudenza. La scelta nasce dalla possibilità di poter comprendere a livello concreto e pratico come in una impresa viene gestito il rischio fiscale, chi sono i soggetti che se ne occupano e quali sono gli strumenti più adeguati per farlo.

La società *de qua* è Edison S.p.A., appartenente al gruppo francese EDF. Il capitolo si apre con la descrizione delle relazioni tra i soggetti che hanno a che fare con la variabile fiscale e come questi interagiscono tra loro. Successivamente, viene spiegata la tipologia di politica fiscale e il Sistema di Controllo Interno implementati da Edison. Precisamente, è proprio all’interno di quest’ultimo che si rinviene uno strumento particolare: il *Tax Control Framework*, adottato da Edison dall’anno 2018 e oggetto di grande attenzione nel capitolo di riferimento.

All’interno del capitolo vengono sviluppate una serie di riflessioni sugli strumenti adottati dalla società e sul modo con cui la società ha deciso di governare la variabile fiscale, ottenendo ottimi risultati.

La presente dissertazione mira ad analizzare e a proporre spunti di riflessione critici, costruttivi e innovativi in materia di diritto tributario d’impresa e, più precisamente, nella gestione del rischio fiscale. L’obiettivo è inquadrare a livello normativo i principali interventi effettuati, nonché di valutare come gli strumenti di prevenzione del fenomeno possano fornire una efficiente ed efficace tutela allo stesso (sia oggi, sia in futuro), risaltando il potenziale di ogni impresa e facendo emergere la trasparenza, l’onestà e la voglia di collaborare al fine di essere *compliant* con l’ordinamento tributario e i suoi principi.

CAPITOLO I

IL RISCHIO E LA *CORPORATE GOVERNANCE*

SOMMARIO: 1. Il concetto di “rischio” e la sua analisi. – 1.1 Il rischio aziendale. – 1.2 Il rischio fiscale e le sue categorie. – 2. *La Corporate Governance*. – 3. Il Sistema di Controllo Interno nelle imprese. – 3.1 Il modello delle tre linee di difesa.

1. Il concetto di “rischio” e la sua analisi

Per affrontare e comprendere il tema della gestione del rischio è necessario preliminarmente analizzare il termine “rischio”, sostantivo che ormai nella prassi viene utilizzato con una moltitudine di significati e tale per cui spesso può essere oggetto di interpretazioni differenti.

Secondo l’Enciclopedia Treccani il rischio viene definito come un’eventualità di subire un danno connessa a circostanze più o meno prevedibili¹.

Questa prima definizione, però, considera il concetto di rischio nella sua sola accezione negativa concependolo così come un fenomeno da evitare in quanto fonte di soli danni. In economia, come in ambito assicurativo, bancario o aziendale, invece si predilige una definizione più mirata che prende in esame il rischio come una parte integrante dell’attività imprenditoriale e, quindi, come la misura della probabilità che si verifichi qualche circostanza (interna o esterna) che impedisca la realizzazione degli obiettivi prefissati, cioè la condizione in cui si trova un soggetto quando ad ogni sua scelta sono associate diverse conseguenze ognuna col suo grado di probabilità².

Così, ciascun evento di natura incerta può comportare il raggiungimento di risultati negativi, quindi peggiori rispetto a quelli che si sarebbero voluti ottenere, oppure di risultati positivi, ossia migliori rispetto alla situazione attesa.

¹ Cfr. “Rischio” in *Enciclopedia Treccani*.

² Per “rischio” deve intendersi “*the threat or probability that an action or event will adversely affect an organisation’s ability to achieve its objectives*”, così definito dalla Commissione Europea nel documento “*Compliance Risk Management – Guide for Tax Administration*”.

L'alea del rischio, come si può vedere nella *Figura 1*, può essere schematizzata tramite una curva gaussiana in una accezione elementare³:

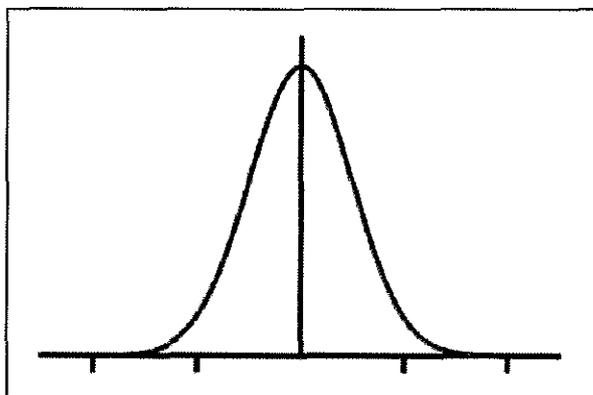


Figura 1, *Curva di Gauss.*

Il concetto di rischio viene poi utilizzato in maniera differente a seconda dell'approccio che si adotta per analizzarlo, quale ad esempio l'approccio fiscale, assicurativo, finanziario o strategico.

La dimensione del rischio è intrinsecamente connessa con la vita dell'impresa⁴, con il quale deve fare quotidianamente i conti e che deve essere preso in considerazione e analizzato in ogni suo aspetto per poter essere affrontato con efficienza, efficacia e trasparenza. I rischi vengono accuratamente gestiti al suo interno col fine di raggiungere gli obiettivi aziendali prefissati e accrescere il valore aziendale, migliorando la distribuzione delle risorse e ottenendo ottime prestazioni.

Il concetto di "rischio" è astratto e di tipo qualitativo, molto dibattuto in dottrina e per il quale non è possibile individuarne una definizione univoca proprio per lo sviluppo e l'evoluzione di numerosi pensieri e idee sul tema⁵. Uno dei principali studiosi che si sono dedicati al concetto di rischio è l'economista statunitense Frank H. Knight⁶. Egli elaborò la distinzione tra la nozione di "rischio" e quella di "incertezza", fenomeno che viaggia in stretta correlazione col primo.

³ La curva in questo caso è rappresentata in modo perfettamente simmetrico, per questo si parla di "accezione elementare", dunque la probabilità di avere un evento negativo è esattamente uguale a quella di averlo positivo. Potrebbe anche succedere che la curva abbia distribuzioni asimmetriche, delineando così ad esempio una maggiore probabilità che si verifichi l'evento negativo o positivo e viceversa.

⁴ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 73.

⁵ C. MELILLO, in *ibidem*.

⁶ Frank Hyneman Knight, nato in Illinois il 7 novembre del 1885 e morto ad aprile del 1972, fu un economista americano che trascorse la maggior parte della sua carriera all'Università di Chicago, dove diventò uno dei fondatori della Scuola di Chicago. Persone come Milton Friedman, George Stigler e James M. Buchanan sono stati suoi allievi.

Ciascun tipo di evento è, infatti, caratterizzato dalla probabilità che esso si possa o meno verificare e il rischio e l'incertezza vanno proprio a sintetizzare tale probabilità, con la precisazione che il rischio è associato ad una situazione di non conoscenza dell'accadimento futuro cui però è possibile assegnare una probabilità alle varie ipotesi e alla sua aleatorietà che è misurabile. Al contrario l'incertezza è caratterizzata dall'impossibilità di formulare la distribuzione probabilistica relativa alla realizzazione degli eventi futuri⁷. È da sottolineare come l'incertezza, in ambito fiscale e in ogni altro ambito imprenditoriale, costituisca un fattore deleterio per le scelte di investimento e per la crescita economica⁸.

A differenza del rischio, che è in qualche modo misurabile, l'incertezza invece rappresenta l'ignoto da cui l'imprenditore deve rifuggire. Inoltre, la presenza nell'ordinamento italiano di norme poco chiare e sempre in continua evoluzione non aiuta a diminuire il senso di incertezza tanto da comportare effetti pregiudizievoli sulla credibilità della politica tributaria e del sistema. Una normativa ostica e complessa comporta oneri significativi per l'Amministrazione finanziaria che deve cercare di tutelare nel miglior modo il contribuente investendo maggiori risorse possibili⁹.

L'analisi dei rischi (R) utilizza due variabili cardini: la probabilità (P) di accadimento del rischio e l'impatto (I) che il rischio ha sull'impresa e i suoi obiettivi. Entrambe le variabili consentono di effettuare una valutazione del rischio. Limitare l'impatto corrisponde allo stato di "protezione" mentre invece ridurre la probabilità di accadimento indica uno stato di "prevenzione"¹⁰.

L'analisi dei rischi si conclude con la redazione della matrice cd. "*probabilità – impatto*", attraverso la quale è possibile determinare i rischi prioritari, quindi quelli che presentano valori o livelli più elevati sia di probabilità che di impatto¹¹.

Si può convenire che all'interno di ogni impresa sarà necessario valutare e attuare meccanismi di controllo molto solidi per determinare e gestire al meglio i vari rischi in cui l'impresa e quindi il *Management* potrà incorrere e le varie fonti di incertezza che possono provenire dall'ambiente esterno (quali ad esempio fenomeni naturali o legati

⁷ C. MELILLO, in *Op. cit.*, 2019, pag. 74.

⁸ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 32.

⁹ G. MARINO, in *ibidem*.

¹⁰ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 85.

¹¹ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 87.

al contesto economico-sociale) e da quello interno (quali politiche operative, organizzative, economiche, finanziarie o relative a risorse e processi dell'impresa), con lo scopo analizzarle, valutarle e controllarle al meglio per ridurre l'incertezza stessa.

Proprio per questo la valutazione del rischio è una componente cardine del Sistema di Controllo Interno (vedi *infra* Par. 3), la quale consente di attuare un processo di identificazione e analisi del rischio che persegue la finalità di creare all'interno dell'azienda un Sistema di Controllo Interno solido ed efficace, in cui vengono individuati attentamente i possibili rischi e i provvedimenti idonei a limitarli onde evitare che influiscano sugli obiettivi prefissati dall'impresa. È proprio a tal fine che occorre stimare la probabilità di accadimento dell'evento rischioso, l'effetto da esso generato e il suo impatto¹².

L'importanza della valutazione del rischio sta nel fatto che la misurazione dei singoli eventi rischiosi comporterà la possibilità di una analisi attenta e, a seguito di essa, all'individuazione di criticità sulle quali intervenire.

1.1 Il rischio aziendale

Nonostante oggi non si abbia una definizione unanime in dottrina sul concetto di "rischio", si è ormai invece raggiunto un accordo sulle declinazioni del rischio aziendale¹³, cioè quella tipologia di rischio legata alla gestione e alle scelte imprenditoriali relative alla conduzione dell'impresa che possono produrre risultati negativi (perdite) o positivi (profitti)¹⁴.

Esso, dunque, si articola in¹⁵: i) rischio operativo; ii) rischio finanziario; iii) rischio strategico; iv) rischio di mercato; v) rischio di *business*.

Il rischio operativo può essere concepito come la probabilità che si verifichino cambiamenti imprevedibili e inimmaginabili o disfunzioni durante lo svolgimento

¹² P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

¹³ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 74.

¹⁴ C. MELILLO, in *ibidem*.

¹⁵ C. MELILLO, in *ibidem*.

dell'attività, nel campo delle strategie, delle risorse umane, delle tecnologie o dei processi¹⁶.

Il rischio finanziario consiste nell'esposizione dell'azienda ad eventi dannosi suscettibili di ledere il profitto aziendale e in casi estremi di provocare anche la cessazione dell'attività. In particolare questo rischio può configurarsi come “*rischio di liquidità*”, quando di fronte ad una cattiva gestione finanziaria non si riesce a far fronte ai debiti che l'azienda può contrarre, o come “*rischio di credito*”, inteso come probabilità del danno derivante dall'inadempimento di una controparte contrattuale¹⁷.

Il rischio di mercato consiste nella probabilità che si verifichino dei cambiamenti nei mercati finanziari, come in quello azionario, o nei prezzi o nei tassi di interesse o di cambio¹⁸.

Il rischio strategico si configura in un evento o in un insieme di condizioni inaspettate e imprevedibili che riducono in maniera significativa la capacità del *manager* di attuare una idonea strategia di *business*¹⁹. Infine, il rischio di *business*, che riguarda il contesto in cui l'impresa agisce e non può essere influenzato dalle attività del *Management* in quanto causato da fattori esterni. Questa tipologia di rischio potrebbe essere riconducibile ad esempio ad una crisi della domanda o alla forza potenziale della concorrenza²⁰.

Appare, poi, opportuno segnalare la presenza di due categorie generali di rischio trasversali che sono rispettivamente il rischio legale, che riguarda la possibile esposizione a violazioni di norme o regolamenti che comportano l'irrogazione di sanzioni da parte delle autorità o ancora che riguarda inadempienze contrattuali, e il rischio reputazionale che viene considerato come una perdita di fiducia verso il futuro con riferimento ad un prodotto, un servizio, una persona, una consulenza o una marca²¹.

¹⁶ “Ad esempio, la riduzione del livello di produttività del personale dell'impresa, in termini di efficienza ed efficacia rispetto agli standard aziendali, può consistere in un rischio operativo che si può verificare in conseguenza ad un recruitment sbagliato. Di norma le conseguenze di un rischio operativo sono innescate da errori umani, che sono nella maggior parte dei casi involontari e/o accidentali”. Cfr. R. SIMONS, *Sistemi di controllo e misure di performance*, Milano, Egea, 2004, pag. 326.

¹⁷ C. MELILLO, in *Op. cit.*, pag. 74.

¹⁸ C. MELILLO, in *ibidem*.

¹⁹ R. SIMONS, *Sistemi di controllo e misure di performance*, Milano, Egea, 2004, pag. 323.

²⁰ C. MELILLO, in *Op. cit.*, pag. 75.

²¹ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 75.

Da ultimo, i principali fattori che possono generare il rischio che colpisce l'impresa e che sono catalogabili come fattori interni o fattori esterni. I fattori interni possono consistere nell'organizzazione dell'azienda, nei progetti aziendali, nei fattori tecnologici o ambientali, nei fattori umani o psicologici oppure nei fattori di manutenzione. I fattori esterni idonei a generare l'evento dannoso possono comporsi di fattori finanziari, di mercato, legali, infrastrutturali, societari o ambientali²².

1.2 Il rischio fiscale e le sue categorie

Nell'ambito del processo di pianificazione aziendale, strumento che consente alle imprese di raggiungere gli obiettivi prefissati attraverso l'utilizzo e la ricerca di risorse ottimali, assume elevata importanza la conoscenza delle diverse categorie di rischio a cui l'attività dell'azienda è potenzialmente esposta e gli strumenti che l'impresa può adottare e che ha a disposizione per poter monitorare tali categorie di rischio²³.

L'elemento protagonista dell'elaborato è il "rischio fiscale". In modo particolare, esso può essere definito, secondo la dottrina, come ciò che impedisce la piena ed effettiva realizzazione della strategia d'impresa²⁴ o ancora come il "*combinato disposto tra la probabilità di un accertamento tributario e l'entità del danno erariale che ne deriva*"²⁵. Nella L. n. 23/2014, viene definito come un rischio relativo "*assolvimento degli obblighi fiscali*"²⁶.

La strategia volta alla gestione del rischio fiscale deve necessariamente tenere conto delle capacità dell'impresa di far fronte a determinati livelli di gravità del rischio che potrebbero colpirla. La massimizzazione delle opportunità di *business* deve essere bilanciata con una sua accurata e precisa gestione del rischio che questa può comportare²⁷.

²² P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 89.

²³ A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, *Il Tax Risk quale strumento di governance per le imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 8, 2017, pag. 53.

²⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 82.

²⁵ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 4.

²⁶ B. SANTACROCE e L. FRUSCIONE, *La gestione del rischio fiscale: il nuovo rapporto Fisco-Impresa*, in *Il Fisco*, n. 20/2014, pag. 1960 ss.

²⁷ A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, in *Op. cit.*, pag. 56.

Le categorie di rischio fiscale possono distinguersi essenzialmente in²⁸:

- Specifiche;
- Generiche.

Appartenente alle categorie specifiche si rinviene il rischio transazionale, cioè quel rischio connesso a specifiche transazioni effettuate dall'impresa in modo particolare quando vengono poste in essere operazioni molto complesse e giustificate da considerazioni di carattere strettamente fiscale²⁹. Tale rischio fiscale si presenta a fronte di aree di incertezza che, in particolare, possono concernere l'applicazione della normativa e della prassi fiscale in vigore in un Paese rispetto a quello in cui ha sede l'azienda di riferimento, oppure la definizione di un sistema di gestione dell'attività d'impresa al fine di ottimizzare la variabile fiscale³⁰. La gestione del rischio fiscale nelle imprese implica, quindi, l'amministrazione e il controllo delle aree di incertezza riscontrate col fine di prevenire la nascita di contenziosi con le autorità fiscali competenti dei Paesi in cui si svolge l'attività di *business*³¹, quindi adempiendo al fine deflativo del contenzioso tributario che si sarebbe potuto generare, ma che grazie a tale attività si può evitare.

Un'ulteriore tipologia riguarda il rischio di *compliance* relativo alle operazioni *day-to-day* dell'impresa nell'interpretazione e applicazione della normativa tributaria, delle decisioni giurisprudenziali e della prassi. Altro ancora è il rischio operativo connesso alle dichiarazioni fiscali, che principalmente attiene al processo di preparazione, compilazione e verifica delle dichiarazioni fiscali dell'impresa ai fini di imposizione fiscale³². Infine il rischio relativo alla contabilità che include i rischi connessi ai controlli interni dell'impresa i quali precedono l'attività di revisione e certificazione esterna da parte di *auditors* qualificati³³.

²⁸ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 92.

²⁹ S. PALESTINI, *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi ai reati tributari ex D.Lgs. n. 231/2001*, in *Amm. e fin.*, n. 5/2020, pag. V ss.

³⁰ S. PALESTINI, in *ibidem*.

³¹ L'individuazione delle aree principali di incertezza fiscale prescindono dall'analisi delle singole imposte e dal momento in cui tutte le imposte possono dare vita a fenomeni di incertezza, tutte concorrono alla possibilità di generare rischio fiscale.

Cfr. P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 91.

³² A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, in *Op. cit.*, pag. 56.

³³ I rischi fiscali di bilancio non sono legati esclusivamente alla redazione dello stesso documento di bilancio, ma possono attenersi anche alla pianificazione finanziaria in relazione alle aspettative future degli investitori. Cfr. P. VALENTE, *Manuale di governance fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pag. 669 ss.

Per quanto concerne, invece, le categorie generiche del rischio fiscale si rinviene il rischio di gestione che attiene essenzialmente alla politica dell'impresa che pianifica interventi *ad hoc*. Esso è di norma affidato ad un'unica figura che è incaricata dell'attività di *Tax Risk Management*³⁴. Infine il rischio reputazionale, il quale attiene al modo in cui l'impresa è percepita dalla comunità e dalle altre imprese. È un rischio che caratterizza le informazioni che i mezzi di comunicazione possono divulgare in relazione ad eventi idonei a rilevare (in tutto o in parte) le strategie aziendali comprese quelle relative alla pianificazione fiscale complessiva dell'impresa³⁵.

2. La Corporate Governance

Tutti questi temi di carattere generale, che spaziano dalla definizione primaria di "rischio" al più specifico rischio fiscale, necessitano però di essere rapportati in primo luogo ad un istituto basilare, più ampio e generico, ossia quello della *corporate governance*.

La *corporate governance* costituisce oggi un tema molto ricorrente a seguito delle vicende e scandali di grandi imprese che hanno animato notevolmente l'opinione pubblica³⁶, nonché a fronte delle crisi finanziarie, della globalizzazione e del contesto competitivo ed economico in cui le aziende si trovano a dover operare³⁷, soprattutto in considerazione della situazione attuale dovuta alla pandemia da Covid-19.

Per *corporate governance* si può intendere "l'insieme delle regole e delle prassi che delineano la struttura organizzativa e decisionale del governo dell'impresa³⁸, dalla cui efficacia discendono principalmente gli eventuali comportamenti scorretti degli amministratori" da intendere come "insieme di istituzioni, pratiche e regole concepite per evitare l'espropriazione dei diritti degli investitori esterni (*outsider*), da parte dei

³⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 93.

³⁵ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

³⁶ Esempi: caso Enron (USA), caso Parmalat (Italia).

³⁷ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 88.

³⁸ P. VALENTE, *Manuale di governance fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pag. 631 ss.

soggetti interni all'azienda (*insider*), quali *manager*, *imprenditori* o *azionisti dominanti*"³⁹.

Una corretta *corporate governance* si basa su principi di onestà, fiducia, rispetto, responsabilità, orientamento ai risultati e impegno nella società. A tal fine è importante che il *Management* elabori ed applichi un modello di *governance* dell'impresa che metta sullo stesso piano gli interessi dei vari soggetti partecipanti, che garantisca una solida gestione dei rischi e che instauri un controllo periodico volto al monitoraggio circa l'efficienza ed efficacia del modello stesso⁴⁰.

Nel 1999, l'OCSE pubblica il documento "*OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) Principles of Corporate Governance*"⁴¹, revisionato nel 2004 e nel 2015. In esso sono contenuti i principi in tema di *corporate governance* accessibili all'intera comunità internazionale a cui però non si preclude di elaborare, a livello nazionale o internazionale, ulteriori disposizioni più precise in materia⁴².

³⁹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 90.

⁴⁰ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 9.

⁴¹ I Principi di *corporate governance* delineati dall'OCSE nel documento in questione riguardano i seguenti aspetti: i) la predisposizione di una base per un efficace *framework* in materia di *corporate governance*: "*The corporate governance framework should promote transparent and efficient markets, be consistent with the rule of law and clearly articulate the division of responsibilities among different supervisory, regulatory and enforcement authorities*"; ii) i diritti degli azionisti e le *key ownership functions*: "*The corporate governance framework should protect and facilitate the exercise of shareholders' rights*"; iii) un equo trattamento degli azionisti: "*The corporate governance framework should ensure the equitable treatment of all shareholders, including minority and foreign shareholders. All shareholders should have the opportunity to obtain effective redress for violation of their rights*"; iv) il ruolo degli azionisti: "*The corporate governance framework should recognise the rights of stakeholders established by law or through mutual agreements and encourage active co-operation between corporations and stakeholders in creating wealth, jobs, and the sustainability of financially sound enterprises*"; v) *Disclosure* e trasparenza: "*The corporate governance framework should ensure that timely and accurate disclosure is made on all material matters regarding the corporation, including the financial situation, performance, ownership and governance of the company*"; vi) la responsabilità del *Board*: "*The corporate governance framework should ensure the strategic guidance of the company, the effective monitoring of management by the board, and the board's accountability to the company and the shareholders*".

⁴² Come si precisa nel documento in "*About the Principles*": "*The Principles are non-binding and do not aim at detailed prescriptions for national legislation. Rather, they seek to identify objectives and suggest various means for achieving them(...). Their purpose is to serve as a reference point. They can be used by policy makers as they examine and develop the legal and regulatory frameworks for corporate governance that reflect their own economic, social, legal and cultural circumstances, and by market participants as they develop their own practices. The Principles are evolutionary in nature and should be reviewed in light of significant changes in circumstances. To remain competitive in a changing world, corporations must innovate and adapt their corporate governance practices so that they can meet new demands and grasp new opportunities (...)*".

Le società di capitali possono scegliere tra diversi sistemi/modelli di *corporate governance*⁴³, in particolare⁴⁴: i) il sistema ordinario; ii) il sistema dualistico; iii) il sistema monistico.

Il modello ordinario è caratteristico della tradizione italiana. Se lo statuto non dispone diversamente, l'amministrazione e il controllo della società sono assoggettati all'applicazione di questo modello che prevede la presenza di tre organi specifici: un organo amministrativo, un organo di controllo e un organo incaricato della revisione contabile.

Il modello dualistico si ispira al modello introdotto in Germania poi recepito in altri paesi. Questo sistema prevede l'interposizione, fra assemblea dei soci e organo amministrativo (cd. consiglio di gestione), di un organo "intermedio" e di nomina assembleare, il cd. consiglio di sorveglianza⁴⁵.

Infine, il modello monistico sviluppato in Italia prevede un organo unitario di gestione, il Consiglio di Amministrazione, al cui interno viene designato un comitato di controllo⁴⁶. La sua natura consiste proprio nella concentrazione, in un organo unico, sia della funzione di amministrazione, sia della funzione di controllo.

La gestione dei rischi nella *corporate governance* si fonda su una precisa e chiara distribuzione di compiti e responsabilità all'interno dell'organizzazione aziendale⁴⁷, coinvolgendo sia gli organi di gestione (quali Consiglio di Amministrazione, Comitato di Controllo e Rischi, alta direzione) sia gli organi di controllo interno ed esterno (*Internal Audit*, *Risk Management* e Collegio Sindacale)⁴⁸, a cui si rimanda ai capitoli successivi.

⁴³ Per approfondimenti, G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli Editore, 2019, pag. 451 ss.; M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pag. 295 ss.

⁴⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 20.

⁴⁵ Cfr. F. GALGANO, *Governance della società per azioni nella riforma del diritto societario*, in *Associazione tributaristi*.

⁴⁶ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 27.

⁴⁷ P. RIVA, *Ruoli di corporate governance – Aspetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano, 2020, pag. 9 ss.

⁴⁸ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 97.

3. Il Sistema di Controllo Interno nelle imprese

Non si può prescindere da un esame sul Sistema di Controllo Interno, il quale è ormai una componente cardine all'interno dell'impresa. L'attività di controllo costituisce ormai un elemento fondamentale della gestione delle imprese e dei rischi a cui sono esposte. Alla rilevanza del controllo si associa anche la sua delicatezza, essendo un fenomeno organizzativo che può esplicare in realtà effetti positivi ma anche effetti negativi.

In generale, il controllo può essere definito come un processo attraverso il quale, sulla base di una finalità specifica, si interviene su un sistema implementando non solo l'attività di accertamento della regolarità di un dato elemento a determinati criteri e parametri di riferimento, ma anche l'attività di “*guida e governo*” dell'attività aziendale verso il conseguimento degli obiettivi prestabiliti⁴⁹.

Nei sistemi aziendali, la pratica dei controlli si è articolata e sviluppata sempre più rispetto al passato e di conseguenza, oltre ai normali controlli interni volti a garantire una efficiente ed efficace gestione dei processi produttivi e a ridurre le inefficienze che potrebbero derivare da situazioni pericolose, si sono aggiunte anche logiche di controllo basate sull'ottica di *compliance*, ossia sul rispetto di norme predefinite dall'ordinamento che permettono di realizzare l'integrità aziendale attraverso l'implementazione di azioni correttive più opportune per arrivare al raggiungimento degli obiettivi aziendali preposti, in un'ottica basata sul rispetto della normativa vigente. Specialmente nell'attuale contesto economico, le imprese devono adottare dei sistemi di controllo in grado di garantire la “*buona gestione aziendale*”, operando sempre nel rispetto dei principi di etica e trasparenza e provvedendo costantemente all'analisi e alla gestione dei principali rischi aziendali⁵⁰. Sarà proprio il *Management* stesso che con il suo comportamento potrà creare o meno una vera e propria “*cultura dell'etica*”, della trasparenza e del controllo, che se correttamente recepita ed assimilata da tutta la struttura aziendale consentirà il reale successo del Sistema di Controllo Interno adottato⁵¹.

⁴⁹ Cfr. OECD (2015), *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, OECD Publishing, Paris, consultabile sul sito www.oecd.org.

⁵⁰ A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, *La valutazione del sistema di controllo interno*, IPSOA, 2012, pag. 17 ss.

⁵¹ A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, in *ibidem*.

Secondo il Codice di Autodisciplina, il Sistema di Controllo Interno (SCI) “è l’insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l’identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei rischi principali”⁵².

L’art. 7 del Codice richiama la necessità che ogni impresa si doti “di un Sistema di Controllo interno e di gestione dei rischi”, specificando che la moderna concezione dei controlli ruota attorno alla nozione di rischi aziendali, alla loro identificazione, valutazione e monitoraggio⁵³. Il Codice precisa che un efficace Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi contribuisce ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l’efficienza dei processi aziendali, l’affidabilità delle informazioni, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne⁵⁴.

Il Sistema di Controllo Interno viene, inoltre, definito dal COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) nel 2013, come “un processo, attuato dal Consiglio di Amministrazione, dai dirigenti e da altri soggetti della struttura aziendale, finalizzato a fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi quali: efficienza ed efficacia delle attività operative, attendibilità delle informazioni di bilancio, conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore”⁵⁵.

Il COSO ha prodotto, nel 1992, un *framework* di controllo interno, il cd. “COSO Report”. Esso ha lo scopo di delineare una riforma dei sistemi di controllo aziendale e dei ruoli all’interno dell’impresa che, se osservato ed applicato, permette di garantire e assicurare maggior trasparenza e correttezza dei dati di bilancio e finanziari dell’impresa, a beneficio degli *stakeholders*⁵⁶.

Il *COSO Report* è composto da 5 componenti essenziali⁵⁷, strettamente connesse l’una con l’altra. La prima componente è definita “ambiente di controllo” e rappresenta quei valori etici che devono essere trasmessi nell’intero assetto organizzativo dell’impresa, a partire dai dirigenti fino all’ultimo dei dipendenti in maniera trasversale. Si tratta di

⁵² Codice di Autodisciplina: art. 7.

⁵³ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 92.

⁵⁴ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 76.

⁵⁵ COSO: www.coso.org.

⁵⁶ A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, in *Op. cit.*, pag. 17.

⁵⁷ E. FUSA, *Il sistema del controllo interno: importante elemento per la tax compliance*, in *Il Fisco*, n. 32-33/2015, pag. 3119 ss.

una componente ispirata al principio di una conduzione sana e corretta dell'impresa, improntata su una buona etica e morale⁵⁸.

La seconda componente è la “*valutazione dei rischi*”. La gestione dei rischi è fondamentale per una efficace impostazione del Sistema di Controllo Interno. Per valutazione dei rischi si intende la loro preventiva identificazione al fine di individuare le misure di mitigazione necessarie a ridurre il livello di gravità del rischio stesso. Il processo di valutazione dei rischi deve essere un percorso che si protrae nel tempo, tenendo in considerazione i cambiamenti relativi al contesto economico, organizzativo, di mercato e giuridico, che di norma devono essere monitorati con estrema attenzione ai fini del controllo⁵⁹.

La terza componente è l’“*attività di controllo*”. Essa fa riferimento ai meccanismi di controllo strutturati ed organici, realizzati dal *Management*, da coloro che operano nel contesto aziendale e dagli enti interni ed esterni adibiti all'attività di controllo. Si tratta perlopiù di controlli istituzionali, svolti dal vertice aziendale, dal Comitato di Controllo e di gestione rischi, dal Collegio Sindacale, dall'Organismo di Vigilanza istituito ex D.Lgs. 231/2001 e dall'*Internal Audit*⁶⁰.

La quarta componente è costituita da “*informazione e comunicazione*” e consiste in informazioni strategiche che devono discendere dal *Management* lungo tutta la struttura aziendale con riguardo alle informazioni rilevanti per l'impresa, ai dati di natura strategica, di natura operativa e concernente tutto ciò che può servire affinché si abbia una adeguata diffusione di dati che consentano di rendere partecipi tutti coloro che necessitano di conoscere le informazioni primarie. Tale approccio di comunicazione e va adeguatamente gestito e mantenuto per evitare che si crei una forte frattura tra chi governa l'azienda e chi invece vi opera⁶¹.

Infine, l'ultima componente è rappresentata dal “*monitoraggio*” e consiste nelle attività rivolte a verificare costantemente nel tempo la qualità e l'andamento del Sistema di Controllo Interno.

Costituiscono forme di controllo interno, infatti, le attività di monitoraggio svolte dal Consiglio di Amministrazione. Le riunioni tenute dal Consiglio di Amministrazione

⁵⁸ Cfr. P. RIVA, *Ruoli di corporate governance – Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano, pag. 209 ss.

⁵⁹ A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, in *Op. cit.*, pag. 17 ss.

⁶⁰ A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, in *Op. cit.*, pag. 19.

⁶¹ A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, in *ibidem*.

hanno infatti lo scopo primario di identificare tempestivamente eventuali criticità che possono colpire l'azienda e gli strumenti più adeguati per implementare meccanismi correttivi⁶².

È da precisare come il Sistema di Controllo Interno può, sicuramente, fornire una ragionevole assicurazione e garanzia in ordine al fatto che la conduzione dell'impresa sia in linea con gli obiettivi che essa vuole raggiungere⁶³. Nessun Sistema di Controllo Interno è, però, in grado di annullare completamente i rischi a cui l'impresa incorre o a cui è esposta, in quanto esistono rischi che per definizione l'impresa non deve annullare ma affrontare. Per questo motivo, la piena validità di un Sistema di Controllo Interno si ha quando *“l'entità dei rischi che l'impresa incontra nella realizzazione dei suoi obiettivi viene valutata come accettabile”*⁶⁴.

Come sottolineato in precedenza, l'incertezza che caratterizza la tematica della gestione del rischio, in modo particolare dei rischi fiscali, è un punto da tenere bene in considerazione in quanto spesso causa di eventi distruttivi per l'impresa. In particolare l'ausilio da parte dell'azienda di una corretta applicazione dei principi in ambito tributario e dei nuovi strumenti per la prevenzione e gestione del rischio fiscale, nonché deflattivi del contenzioso tributario, hanno lo scopo di promuovere e instaurare un rapporto di fiducia tra Amministrazione finanziaria e contribuente improntato su principi di trasparenza, collaborazione e correttezza, permettendo di aumentare il livello di certezza e semplificazione della materia⁶⁵, che di per se è già di estrema complessità. Il fatto specifico che l'impresa si doti di un sistema di gestione e di controllo del rischio fiscale potrebbe, di conseguenza, essere valutato positivamente dall'Amministrazione finanziaria come indice di affidabilità del contribuente-impresa, che implementando questo sistema si premura di analizzare, prevenire e limitare quegli eventi che possono generare contenziosi tributari con il Fisco o che possono essere deleteri per l'andamento generale dell'impresa o, addirittura, che possono far generare condotte illecite, tenendo

⁶² P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 17.

⁶³ G. MARINO, in *ibidem*

⁶⁴ E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in AA. VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. IRRERA, Zanichelli, Bologna, 2016, pag. 833 ss.

⁶⁵ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 43.

aggiornata l'Amministrazione finanziaria di ogni problema o informazione ritenuta necessaria⁶⁶.

3.1 Il modello delle tre linee di difesa

Nel Sistema di Controllo Interno fondamentale appare la ripartizione dei compiti all'interno dell'organizzazione aziendale che generalmente prevedono, perlopiù nelle società di rilevanti dimensioni, tre diverse linee di controllo, come delineato nel Codice di Autodisciplina delle società quotate⁶⁷ nella versione del 2011 e nella circolare di Banca d'Italia n. 285/2013⁶⁸. Si fa riferimento al modello "*Three lines of defence*" elaborato dall'ECIA ("*European Confederation of Institutes of Internal Auditing*"). La previsione di un principio di separazione dei compiti ("*segregation of duties*") è un elemento costitutivo del Sistema di Controllo Interno e si può classificare sia in senso orizzontale, sia in senso verticale. In senso orizzontale la separazione dei poteri si esplica nel ripartire ruoli e responsabilità tra gli operatori di un medesimo processo in modo adeguato e con il fine di evitare che si verifichino errori o comportamenti fraudolenti. In senso verticale, invece, il principio di separazione dei poteri si esplica determinando una sorta di separazione tra le funzioni operative e quelle di controllo, evitando la realizzazione di possibili conflitti d'interessi⁶⁹.

Il controllo di primo livello è diretto a verificare l'implementazione di processi e procedure aziendali nell'ottica della completa aderenza alla normativa e alla prassi fiscale. Questi controlli sono definiti anche come dei controlli "*di linea*" e vengono soprattutto effettuati dai responsabili di aree operative tramite controlli di tipo gerarchico, sistematici o a campione⁷⁰.

Il controllo di secondo livello è diretto alla valutazione dell'efficacia e dell'effettività dei controlli del primo livello. L'esecuzione dell'attività di controllo di secondo livello,

⁶⁶ B. SANTACROCE e L. FRUSCIONE, *La gestione del rischio fiscale: il nuovo rapporto Fisco-Impresa*, in *Il Fisco*, 2014, pag. 1957 ss.

⁶⁷ Il Codice di Autodisciplina delle società quotate è stato redatto nel 1999 dal Comitato per la Corporate Governance promosso da Borsa Italiana e contiene raccomandazione per l'attuazione di un modello di "*best practice*" per l'organizzazione e il funzionamento delle società quotate italiane.

⁶⁸ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 46.

⁶⁹ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 250.

⁷⁰ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 47.

o anche definito “*di gestione*”, può essere affidata ad una componente fornita di specifiche competenze fiscali⁷¹; di particolare importanza nell’ambito del Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi e soprattutto nel controllo di secondo livello è il ruolo dalle funzioni legali e di *compliance*..

Infine, il controllo di terzo livello viene di norma svolto dall’*Internal Audit*, o da un ente esterno, con l’obiettivo di valutare in maniera periodica l’adeguatezza del sistema di controllo e di gestione dei rischi adottato all’interno dell’azienda⁷².

⁷¹ G. MARINO, in *ibidem*.

⁷² G. MARINO, in *ibidem*.

CAPITOLO II

LA TAX GOVERNANCE E IL MODELLO DI TAX RISK MANAGEMENT

SOMMARIO: 1. La *Tax Governance*. – 2. Il ruolo dell’OCSE nei rapporti tra Fisco e contribuente e nella gestione del rischio fiscale. – 2.1 La rilevanza del *BEPS Project* nella gestione del rischio fiscale. – 3. La disciplina e il processo del sistema di *Risk Management*. – 3.1 L’*Enterprise Risk Management*. – 4. Il *Tax Risk Management*. – 4.1 Il *Tax Risk Manager* e gli altri soggetti coinvolti. – 4.2 Il modello di gestione del *Tax Risk* orientato alla *tax compliance*. – 4.2.1 Il ruolo dell’Unione Europea nel processo di *compliance* fiscale e di *tax risk management*. – 4.3 Il processo di gestione del *Tax Risk*.

Tra la *Corporate* e la *Tax Governance* c’è un legame stretto che si fonda sulla necessità primaria di tutelare gli interessi della società di riferimento e dei suoi azionisti e di assicurare la maggior trasparenza delle decisioni prese dal *Management*, mirando alla gestione e alla prevenzione dei rischi fiscali in modo tale da generare un effetto deflativo sui contenziosi tributari o di ridurre l’irrogazione di sanzioni da parte delle Autorità fiscali.

Di conseguenza, una corretta, efficiente ed efficace politica aziendale di gestione del rischio fiscale (cd. *good tax risk management*) deve tener conto del contesto economico e sociale in cui l’impresa deve operare e le sue dimensioni, stabilendo il valore da raggiungere nell’assunzione del rischio, la riduzione dei costi che si realizza a seguito della riduzione del rischio e i vari strumenti e le risorse idonee alla gestione delle opportunità di *business* e dei rischi sottostanti ad esse¹.

1. La *Tax Governance*

La gestione del rischio fiscale nelle imprese implica l’analisi e il controllo delle aree di incertezza e di possibile sviluppo dell’evento rischioso, con lo scopo di prevenire sia il rischio sia la nascita di controversie con le Autorità fiscali competenti nel Paese di

¹ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. VII.

riferimento, realizzando con esse invece un rapporto stabile e complice. Le principali fonti di incertezza in materia fiscale, che possono incidere sul rischio relativo all'attività di *business*, riguardano soprattutto l'applicazione e la complessità della normativa tributaria e della prassi fiscale, le quali sono spesso in continua evoluzione e la delimitazione, da parte dell'impresa, di un sistema ottimale ed efficiente per la gestione dei rischi connessi alla variabile fiscale².

Il concetto di *Tax Governance* risponde all'esigenza di prevenzione dei rischi che si sviluppano in capo alla società, essendo esso stesso un concetto legato al sistema fiscale, normativo e di tassazione e rientrante nel sistema di *corporate governance*³.

L'espressione "*Tax Governance*": "*might be briefly expressed as corporate governance as it relates to tax. This is certainly an accurate description of the areas that are to be considered. It may however be subtly misleading if it is taken to refer only to the surprisingly small area of overlap where current literature on corporate governance issues strays into the area of tax. (...) tax governance is indeed a constituent part of the wider concept of corporate governance but that (...) it has not hitherto received the attention it deserves in that context. Accordingly, and in view also of its specialised technical basis, it is helpful at this stage of the debate to consider it as a separate issue. An alternative way of expressing the definition, that recognises this background, might therefore be to say that tax governance is the answer, or the totality of the various answers, that the board of directors of a company gives to the questions "What responsibilities and opportunities are we presented with in relation to the tax affairs of the company?" and "How can we best respond to those responsibilities and opportunities for the benefit of the shareholders and of others to whom we have an obligation?" (...) this answer should not merely be a series of independent responses to a variety of circumstances that present themselves, but should take the form of a coherent strategy that recognises the "interconnectedness" of the tax issues facing the company, and the fact that decisions in one area will affect the options available in other areas*"⁴.

² P. VALENTE, "*Tax governance*" e gestione del "*compliance risk*", in *Corriere trib.*, n. 35/2011, pag. 2925.

³ F. ANTONACCHIO, *Tax governance e gestione dei rischi fiscali. Pianificazione fiscale nazionale e internazionale. Nuove strategie di tax compliance. Esempi e casi pratici*, in *Il Sole 24 Ore*, 2013.

⁴ KPMG, *Discussion paper, Developing the Concept of Tax Governance*, 2007. Cfr. P. VALENTE, *Manuale di governance fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pag. 631 ss.

Nelle società, la *Tax Governance* ha il compito primario di assicurare la gestione e la prevenzione dei rischi connessi alla variabile fiscale e il supporto in sede di verifica fiscale che viene svolto dall'Amministrazione finanziaria, in attuazione del principio del contraddittorio tra Fisco e contribuente⁵.

Essa è strettamente legata all'obiettivo dell'impresa di “*neutralizzare*” il rischio fiscale, per il quale rilevano le scelte decisionali di alto livello sulla “*posizione fiscale complessiva*” dell'impresa ai fini di una sua efficace gestione e mitigazione. Una volta individuata tale posizione fiscale, cioè la filosofia fiscale (cd. “*tax philosophy*”) che l'impresa vuole seguire, il Consiglio di Amministrazione procederà ad elaborare la strategia fiscale che l'impresa dovrà adottare tramite l'adozione di “*tax policies*”⁶ istaurando così il sistema di *Tax Risk Management* (vedi *infra* Par. 4). La strategia volta alla gestione e al controllo del rischio fiscale deve necessariamente tenere conto della capacità di un'impresa di saper affrontare determinati livelli di gravità del rischio in circostanze differenti ognuna dall'altra, di modo da andare a massimizzare le sue opportunità⁷.

Un buon sistema di *Tax Governance* richiede l'attuazione di un piano di presidio e prevenzione dei rischi durevole ed efficace nel tempo, per questo è necessario un forte impegno da parte del Consiglio di Amministrazione e una chiara distribuzione dei ruoli e delle responsabilità all'interno dell'organizzazione aziendale, con riferimento a tutte le funzioni che svolgono un ruolo incentrato sulla gestione e sul controllo dei rischi e che collaborano insieme soprattutto in ambito strategico e operativo⁸, in rispetto del principio di separazione dei compiti (cd. “*segregation of duties*”).

Il legame tra *Tax* e *Corporate Governance* si rinviene essenzialmente nella necessità di tutelare gli interessi della società e dei suoi azionisti e di assicurare la maggior trasparenza delle decisioni assunte dal *Management*. Entrambe si trovano tra di loro in un rapporto di specie a genere⁹; la *Tax Governance*, quale *governance* applicata alla

⁵ P. VALENTE, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 2/2011, pag. 14.

⁶ P. VALENTE, in *Op. cit.*, pag. 2924.

⁷ P. VALENTE, in *ibidem*.

⁸ A. NUZZOLO e P. VALENTE, *Tax governance e cooperazione rafforzata con il Fisco*, in *Il Fisco*, n. 19/2014, pag. 1853.

⁹ P. VALENTE, in *ibidem*.

variabile fiscale, rappresenta un elemento costitutivo del più ampio *genus* di *corporate governance*.

Per un sistema di *Tax Governance* efficiente ed efficace sono stati introdotti dal legislatore diversi strumenti per l'impresa-contribuente, con l'obiettivo di instaurare una stretta collaborazione tra questa e il Fisco, ai fini dello svolgimento di un'attività di controllo e verifica sui contribuenti da parte dell'Amministrazione finanziaria caratterizzata da una collaborazione alla base e tale da garantire un adempimento tempestivo e spontaneo del contribuente in relazione agli obblighi tributari determinati dalla legge del Paese di riferimento, il tutto attuato in un'ottica di *tax compliance* tra questi due soggetti (vedi *infra* Par. 2).

Tali obiettivi vengono perseguiti soprattutto attraverso la garanzia di maggiori certezze interpretative e applicative della normativa tributaria che è spesso in continua evoluzione, causa per cui il contribuente non è sempre al passo con gli aggiornamenti ovvero non è a conoscenza degli obblighi effettivamente previsti a suo carico.

Di notevole importanza sul tema sono le “*Guidelines for Multinational Enterprises*”, elaborate dall'OCSE e in particolare la Raccomandazione sulla fiscalità n. XI, in ambito di imprese multinazionali (vedi *infra* Cap. 4 Sez. A, Par. 1.2).

Secondo la Raccomandazione, le imprese dovrebbero contribuire alle finanze dello Stato “*adempiendo tempestivamente agli obblighi tributari rispettando lo spirito della legge mediante la comprensione delle intenzioni del legislatore*”¹⁰. Esse dovrebbero considerare la *Tax Governance* e la *tax compliance* quali aspetti caratteristici fondamentali dei più ampi sistemi di gestione dei rischi. La Raccomandazione richiede alle imprese multinazionali di rispettare il dato letterale e lo spirito della legge e dei regolamenti in ambito fiscale, di cooperare con le Autorità fiscali e di fornire a queste ultime tutte le informazioni richieste dalla legge o ritenute più rilevanti¹¹. Un punto fondamentale in merito alla realizzazione di una forte cooperazione tra Autorità fiscali e contribuenti.

¹⁰ P. VALENTE, *Linee guida OCSE sulle multinazionali: “tax compliance” e rispetto dello spirito della legge*, in *Corriere trib.*, n. 41/2011, pag. 3378.

¹¹ P. VALENTE, in *ibidem*.

2. Il ruolo dell'OCSE nei rapporti tra Fisco e contribuente e nella gestione del rischio fiscale

Come accennato anche nel primo capitolo, il rischio in materia fiscale ha assunto rilevanza a livello internazionale soprattutto a seguito di un famoso scandalo finanziario: il caso Enron avvenuto nel 2001 negli Stati Uniti. Questo caso fu di enorme portata e di grande impatto sull'opinione pubblica; fece crollare un gruppo occupato nell'estrazione e raffinazione del petrolio e gas naturale che fino a quel momento era un colosso per volume d'affari. Il crollo fu dovuto a una serie di falsi dichiarativi che in realtà nascondevano al di sotto enormi perdite finanziarie tali da condurre l'azienda al fallimento¹². Lo scandalo evidenziò ampie lacune a livello di trasparenza fiscale, nonché al controllo e gestione dei rischi. Di conseguenza furono elaborate diverse misure¹³ a sostegno di una maggiore trasparenza nella *governance* aziendale: in primo luogo la legge "Sarbanes – Oxley" (SOX)¹⁴ introdotta negli Stati Uniti nel 2002 che ha previsto un maggior controllo sul possibile rischio mediante l'obbligo richiesto alle società quotate di inviare una relazione sul Sistema di Controllo Interno; in secondo luogo, il cd. "Compliance Assurance Program" (CAP), lanciato nel 2005 e concretizzato solo nel 2015, che consiste in un programma volto alla cooperazione fiscale e destinato alle società quotate che interagiscono con l'*Internal Revenue Service*¹⁵; in terzo luogo, la "FIN48", emanata nel 2006 dal *Financial Accounting Standard Board*, volta a ottenere una maggiore trasparenza mediante l'introduzione dell'obbligo per le società quotate della misurazione, nei bilanci d'esercizio, delle posizioni fiscali incerte.

A livello nazionale, invece, la rilevanza del rischio fiscale si è manifestata sempre grazie ad un enorme scandalo finanziario, avvenuto nel 2003, che vide come soggetto protagonista la società Parmalat. Anche in questo caso, il *crack* fu caratterizzato da una rilevante truffa tramite manipolazioni contabili ai danni degli investitori, le quali sollevarono tutte le debolezze nascoste relative alla gestione della società.

¹² Lo scandalo travolse anche la Arthur Andersen, una delle società "big" della consulenza e revisione contabile, che aveva certificato i bilanci della Enron e che di conseguenza fu portata anche lei al fallimento. Cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 4.

¹³ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 5.

¹⁴ Per approfondimenti: P. RIVA, *Ruoli di corporate governance – Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano, 2020, pag. 199 ss.

¹⁵ M. GODFREY, *IRS opens US Compliance Assurance Program to applicants*, 2019, reperibile nella rivista *Tax-news*.

A seguito di questi scandali e ai vari interventi giudiziari, si è assistito ad un mutamento di concezione nella prassi relativo ai rapporti tra contribuente-impresa e Fisco e all'importanza acquisita dalla variabile fiscale in un'ottica di rispetto della *compliance* fiscale, della prevenzione del rischio e del controllo interno¹⁶. È chiaro che un modello di gestione in chiave di rischio fiscale si sviluppa sulla base di attività di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio sia in ambito generale che in ambito particolare, ma è proprio a questo punto che si deve porre maggiore attenzione proprio all'ottica di *tax compliance* operante nel concetto più ampio di *Corporate Tax Governance*.

Tale ottica fa proprio riferimento alla sensibilità del contribuente, sempre più forte verso l'osservanza degli obblighi tributari, la quale viene influenzata da una spiccata cultura dell'etica e responsabilità dell'individuo, ma anche dalla seguente comminazione di sanzioni da parte dell'Amministrazione finanziaria di fronte ad un mancato adempimento. Si può dunque affermare che per *compliance* fiscale oggi non si intende più l'esclusivo rispetto della normativa di riferimento in questo caso tributaria, ma si intende in primo luogo l'instaurazione di un rapporto di collaborazione tra Fisco e contribuente, caratterizzato da comunicazioni di informazioni tra i due soggetti, che sta alla base dell'ottica di rispetto e adeguamento alla normativa fiscale e che fonda le sue radici proprio nel sistema di *Corporate Tax Governance*, di cui ne è esempio pratico il cd. regime di adempimento collaborativo (vedi Cap. 4, Par. 3), recepito in Italia con il D.Lgs. n. 128/2015.

Un ruolo fondamentale in questa dialettica è affidato all'OCSE¹⁷, che pone un *focus* importante nell'ottica di collaborazione e trasparenza nel rapporto tra il Fisco e il contribuente individuandone alcuni principi che non possono essere trascurati.

In particolare, nel 2008, l'OCSE ha pubblicato il documento "*Study into the Role of Tax Intermediaries*", in chiave di rimedio alle condotte di pianificazione fiscale aggressiva, in cui è sorta alle Autorità fiscali degli Stati membri ad incoraggiare l'istaurazione di un rapporto con il contribuente improntato sulla fiducia e sulla collaborazione reciproca

¹⁶ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 6.

¹⁷ L'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), fondata nel 1948, è una organizzazione internazionale che fonda la sua competenza a livello economico, comprendente un totale di 36 Paesi membri tra cui l'Italia. Svolge prevalentemente un ruolo di assemblea consultiva col fine di risolvere i problemi, di indentificare le pratiche commerciali e di determinare il coordinamento delle politiche dei Paesi membri.

(cd. “*enhanced relationship*”), con il fine di creare un idoneo “*tax environment*” in cui sviluppare tale rapporto¹⁸.

La cd. “*enhanced relationship*”, che deve caratterizzare il rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuente, viene definita meglio nel documento denominato “*Initiative on the enhanced relationship*” redatto dall’*International Fiscal Association*, per cui consiste in una “*defined institutional relationship, based on mutually expressed intentions and not on detailed rules, that taxpayers and Tax Administrations voluntarily enter into above and beyond their basic legal obligations, which relationship is based on mutual understanding, respect and true co-operation, and has as aim the administration of tax laws to the taxpayers’ business in the most efficient and timely matter, assuming full, timely and reciprocal disclosure of relevant tax related information and leading to the assessment of the correct amount of tax taking into account the spirit and purpose of the tax law while respecting each parties rights and obligations under procedural laws in case of disagreement on what constitutes the correct amount of tax*”¹⁹.

L’obiettivo del documento emanato dall’OCSE è quello di creare a sostegno del *Tax Risk Management* e della *tax compliance* un approccio comune che comporti, nel rapporto che intercorre tra il Fisco e il contribuente, vantaggi per entrambe le parti. I Paesi, di conseguenza, hanno sviluppato delle tecniche che permettono un miglioramento relativo alla gestione del rischio fiscale nel sistema di *Corporate Tax Governance*.

In tal contesto risulta spiccare il regime di “*Horizontal Monitoring*”, istituito in Olanda, per cui il contribuente sviluppa un sistema di gestione dei rischi fiscali con il quale viene considerato un soggetto più affidabile, conseguendone meno verifiche da parte dell’Autorità e sanzioni meno rigide. Tale sistema fa sì che il Fisco venga posto sul medesimo piano del contribuente, realizzando un rapporto orizzontale, caratterizzato da un approccio preventivo di interlocuzione e consulenza, che rompe gli schemi del tradizionale rapporto verticale che intercorre tra Fisco e contribuente realizzato mediante l’esercizio del potere autoritativo da parte dell’Amministrazione finanziaria²⁰.

¹⁸ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 9.

¹⁹ Cit. *International Fiscal Association (IFA), Initiative on the enhanced relationship*, 2012, pag. 12.

²⁰ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 16.

Successivamente, l'OCSE intervenne nuovamente nel 2013 con il rapporto "*Co-operative compliance. A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*", con il quale teorizza schemi e raccomandazioni in tema di *Cooperative Compliance* e sottolinea come, a seguito del documento elaborato nel 2008, siano sempre di più i Paesi che al loro interno hanno adottato paradigmi normativi basati sulla *Cooperative Compliance*.

Nel Rapporto del 2013 vengono sottolineate le "*five key pillars*", derivanti dallo Studio del 2008, sul regime di "*enhanced relationship*" che consistono in²¹: i) comprensione da parte dell'Autorità fiscale degli aspetti commerciali che determinano le transazioni e le operazioni poste in essere dai contribuenti; ii) imparzialità, che impone all'Autorità fiscale di affrontare le questioni ad essa sottoposte in modo oggettivo e uniforme rispetto a tutti i contribuenti; iii) proporzionalità nella gestione delle risorse a disposizione dell'Autorità fiscale di modo che essa possa valutare quali contribuenti sottoporre ad attività ispettiva, concentrando le risorse pubbliche verso quei contribuenti meno trasparenti e collaborativi; iv) stretta collaborazione e reattività da parte di contribuenti e Autorità fiscale; v) comunicazione spontanea e trasparenza da parte dei contribuenti ai fini di cooperazione con l'Autorità fiscale agevolandone i compiti.

In particolare, il Rapporto *de quo* ha confermato quanto espresso nel 2008 dall'OCSE in relazione alla necessità di instaurare un rapporto di stretta collaborazione tra il Fisco e il contribuente, aggiungendo però un elemento costitutivo importante alla base di questa relazione, ossia la presenza nell'organizzazione aziendale di un *Tax Control Framework* efficace e necessario ai fini di una stretta comunicazione, collaborazione e trasparenza con l'Autorità fiscale²². Il *Tax Control Framework* consiste in un apposito sistema di controllo interno e di gestione del rischio fiscale che prende le mosse solo a seguito della definizione degli obiettivi che l'impresa vuole perseguire in ambito fiscale, dell'analisi dei rispettivi rischi in cui può incorrere e della predisposizione di adeguati strumenti e procedure per il raggiungimento degli obiettivi²³.

²¹ OECD (2013), *Co-operative Compliance. A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing.

²² G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 11.

²³ G. MARINO, in *ibidem*.

Secondo il Rapporto dell'OCSE, il *Tax Control Framework* dovrebbe poggiare sul concetto di *Corporate Social Responsibility*, ossia sulla gestione efficace all'interno delle imprese e della loro attività di problemi a livello etico e sociale, quindi prendendo in considerazione quei valori che caratterizzano l'impresa e le sue *policies* e *best practices* adottate²⁴.

Secondo l'OCSE è importante che i contribuenti siano dotati di un forte Sistema di Controllo Interno e di una strategia di *tax risk management* che assicurino la presentazione corretta di dichiarazioni fiscali e che permettano all'Autorità fiscale di svolgere un'attività ispettiva completa di fronte a casi che sono idonei a generare incertezza. L'implementazione di questo sistema risponde all'esigenza di creare un vantaggio ad entrambe le parti del rapporto, Fisco e contribuente. Tale vantaggio consiste in un esame preventivo dell'Amministrazione finanziaria sui casi incerti in un'ottica deflativa del controllo, garantendo chiarimenti tempestivi per il contribuente sull'applicazione della normativa fiscale²⁵. Infatti per il contribuente l'attività svolta dal un sistema di controllo e gestione dei rischi fiscali risponde all'esigenza di rispetto degli obblighi fiscali previsti, mentre per l'Amministrazione finanziaria rappresenta uno strumento con cui nasce una sorta di affidabilità verso la condotta del contribuente (vedi *supra* Cap. 1, Par. 3) in relazione alla correttezza, collaborazione e trasparenza fiscale che deve essere reciproca.

Quanto detto è stato ribadito successivamente dall'OCSE, in un recente Rapporto del 2016 denominato "*Co-operative Tax Compliance, Building Better Tax Control Frameworks*", il quale afferma che il *Tax Control Framework* è parte essenziale del Sistema di Controllo Interno in materia di gestione dei rischi fiscali, in grado di assicurare completezza e precisione delle dichiarazioni fiscali richieste e degli obblighi di *disclosure* delle imprese.

In particolare l'OCSE sostiene che, per essere efficiente ed efficace, il *Tax Control Framework* debba poggiare su sei principi fondamentali²⁶ che richiamano la struttura elaborata dal COSO in riferimento al modello di Sistema di Controllo Interno (vedi *supra* Cap. 1, Par. 3):

²⁴ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 12.

²⁵ G. MARINO, in *ibidem*.

²⁶ OECD (2016), *Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks*, OECD Publishing, Paris.

- “*Tax Strategy Established*”: richiede chiarezza e comprensione circa gli obiettivi che l’impresa vuole raggiungere, valutando la sua propensione al rischio fiscale e coinvolgendo i vertici fiscali in relazione alle decisioni relative alla pianificazione fiscale dell’impresa;
- “*Applied Comprehensively*”: determina il fatto che tutte le operazioni e le attività poste in essere da una impresa sono in grado di incidere sulla sua posizione fiscale in un modo o nell’altro, il che significa che il *Tax Control Framework* deve essere in grado di gestire l’intera gamma di attività dell’impresa e, idealmente, dovrebbe essere integrato nella gestione quotidiana delle operazioni stesse;
- “*Responsability Assigned*”: determina la presenza nell’impresa di una chiara distribuzione dei ruoli, delle responsabilità e delle competenze rispetto ai processi di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale;
- “*Governance Documented*”: requisito che determina la necessità di disporre di un sistema di regole e di rendicontazione che assicuri che le operazioni e gli eventi siano confrontati con le relative norme e che i potenziali rischi di non conformità vengano individuati e gestiti. In modo particolare è fondamentale realizzare una mappatura dei rischi, tale da permettere una loro misurazione a livello quantitativo e qualitativo;
- “*Testing Performed*”: prevede il monitoraggio del funzionamento del *Tax Control Framework* con il compito principale di evidenziare determinate carenze, errori o malfunzionamenti di modo da intervenire immediatamente per mezzo di azioni correttive;
- “*Assurance Provided*”: il *Tax Control Framework* deve assicurare funzionalità nel presidio dei rischi fiscali alle parti interessate nonché all’Amministrazione finanziaria. Questo avviene nello specifico mediante un vero e proprio controllo, che avrà esito diverso a seconda della verifica effettuata.

Nel Rapporto viene sottolineato come la *tax governance* e la *tax compliance* siano elementi fondamentali nel sistema di gestione dei rischi fiscali. La *corporate governance* necessita di stabilire diritti e responsabilità all’interno dell’organizzazione aziendale ma anche all’esterno, ai fini anche di implementare idonee strategie fiscali con lo scopo di identificare e valutare tutti i possibili rischi. Un ottimale sistema di

corporate governance riflette sulla gestione del *business*, della *performance* aziendale e delle fiducia del mercato²⁷.

D'altra parte, una cattiva *governance* societaria può comportare rischi elevati, come quello della non conformità. Così, l'OCSE prosegue ritenendo che un *Tax Control Framework* soddisfacente dovrebbe riflettere una buona *governance* fiscale a partire dalle *policies* adottate dai vertici aziendali che sono responsabili della supervisione delle attività che possono generare rischi²⁸.

Ancora più recentemente l'OCSE, nel 2018, ha elaborato un documento denominato "*International Compliance Assurance Program Pilot Handbook*"²⁹ (ICAP) sempre in materia di rapporto collaborativo tra Fisco e contribuente, aggiornato nel 2019 con la previsione di un programma ICAP 2.0.

Il documento provvede alla creazione di un progetto a favore dei gruppi multinazionali volto all'instaurazione di un processo multilaterale di valutazione del rischio fiscale. Si tratta di un "*canale specifico di cooperative compliance*"³⁰, di un approccio rapido e coordinato dettato dalla volontà dei gruppi multinazionali di attivarsi in modo pienamente trasparente e assicurando maggiore certezza fiscale di modo da agevolare l'attività delle Amministrazioni finanziarie rendendo più efficiente l'utilizzo dei dati da esse ricevuti e dando la possibilità di sostenere relazioni più aperte e cooperative tra i contribuenti e l'Amministrazione finanziaria³¹.

Il progetto ICAP comprende l'Agenzia delle Entrate per l'Italia e altre Amministrazioni finanziarie in rappresentanza di Paesi quali Australia, Paesi Bassi, Stati Uniti, Giappone, Canada e Spagna.

L'esigenza che sta alla base di questo progetto è proprio quella di facilitare il rapporto di collaborazione tra i gruppi multinazionali e il Fisco, tale da caratterizzarlo in ottica di conformità, trasparenza, certezza e correttezza. Ma vi è di più: tale programma prevede altresì la possibilità per questi gruppi multinazionali di effettuare una valutazione del rischio "preventiva" ai fini di controllo e di attuazione di interventi

²⁷ OECD (2016), *Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks*, OECD Publishing, Paris.

²⁸ OECD (2016), in *ibidem*.

²⁹ OECD (2018), *International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook*, OECD, Paris.

³⁰ S. LATINI, *Progetto ICAP: verso un nuovo approccio tra grandi aziende e Amministrazioni fiscali*, in *Ipsos quotidiano*, 2019.

³¹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 14.

correttivi che eliminino gli errori e le eventuali inadempienze in materia di obblighi fiscali. Il programma consente di accedere ad una piattaforma volontaria per l'utilizzo dei *Country-by-Country Reports*³² (CBC), previsti nell'*Action 13* del progetto BEPS, e altre informazioni con l'obiettivo di facilitare l'esigenza di collaborazione tra le due parti del rapporto. In questo modo il gruppo multinazionale è invitato a presentare una relazione sul profilo di rischio, sulla strategia adottata e sui risultati fiscali che si vogliono ottenere con lo scopo di agire in via preventiva attenuando i rischi fiscali e per assicurare precisione e completezza della dichiarazioni fiscali e delle *disclosures* del gruppo, nonché una maggiore conoscenza e consapevolezza dei rischi e degli eventi ad essi connessi³³.

2.1 La rilevanza del *BEPS Project* nella gestione del rischio fiscale

Da sfondo a questi documenti e Rapporti di produzione dell'OCSE, vi è un progetto che necessita di essere menzionato. L'OCSE e il G20 hanno sviluppato e successivamente approvato, nel 2013, uno schema volto alla gestione dei problemi connessi alla fiscalità: il progetto *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*.

Questo progetto è diretto al contrasto di due fenomeni specifici, come si evince dal nome del progetto stesso: quello delle strategie adottate dalle imprese con lo scopo di erodere la base imponibile e quello dello spostamento della base imponibile verso Paesi aventi fiscalità privilegiata. Tali pratiche sono determinate nella maggior parte delle volte da pianificazioni fiscali aggressive, da estrema rigidità dei sistemi fiscali, da asimmetrie del regime fiscale nazionale nonché dall'assenza di coordinamento.

³² L'*Action 13* del progetto BEPS concerne la disciplina sulla documentazione del *transfer pricing*, prevedendo al suo interno la presenza di un *Masterfile* e di un *Country File*. Le prime linee guida specifiche in merito all'obbligo di rendicontazione Paese per Paese sono presenti nel documento dell'OCSE denominato "*Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and Contry-by-Contry Reporting*" del 2014. Si tratta di un Report concernente l'allocazione globale dei profitti, le imposte da pagare e gli specifici indicatori economici con riferimento ai vari Paesi in cui il gruppo multinazionale opera.

Cfr. P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 195.

³³ OECD (2019), *International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook 2.0*, OECD, Paris.

Il progetto ha ad oggetto le strategie di pianificazione fiscale adottate dai gruppi multinazionali che sfruttano le lacune e le discrepanze nelle norme fiscali con l'obiettivo di evitare di pagare le imposte.

Il progetto BEPS si articola in 15 azioni (consultare "Appendice A"), ognuna relativa ad una specifica problematica, comprendenti queste azioni *standard* minimi e strumenti volti: i) ad agevolare lo scambio di informazioni tra Paesi con l'obiettivo di facilitare l'attività delle Amministrazioni finanziarie in rapporto con i gruppi multinazionali; ii) a contrastare l'elusione fiscale cercando di porre fine alle società che incorrono in finalità abusive, iii) a limitare pratiche fiscali dannose³⁴. Inoltre il progetto rivede le linee guida in materia di *transfer pricing* e ridefinisce il concetto di stabile organizzazione di modo da porre fine alle pratiche di erosione della base imponibile³⁵. Le 15 azioni del progetto BEPS sono articolate su tre pilastri:

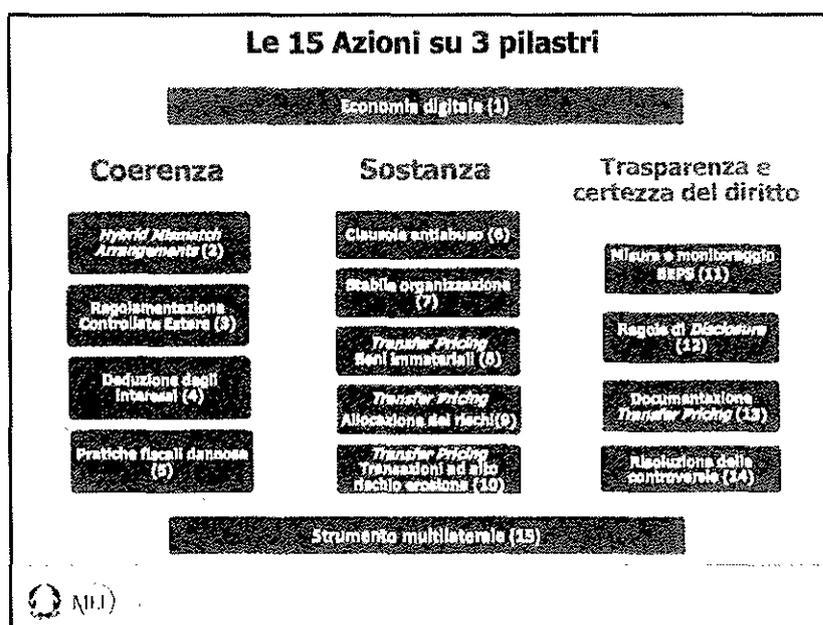


Figura 2, Le 15 azioni del progetto BEPS reperibile in "Il progetto Base Erosion and Profit Shifting" consultabile in www.senato.it.

Il primo pilastro che si fonda sulla maggior coerenza delle norme fiscali internazionali rivolta ai regimi fiscali nazionali in materia di attività transnazionali ai fini di contrasto alla pratica di elusione fiscale e comprende le Azioni dalla numero 2 alla numero 5; il secondo pilastro racchiude azioni volte a rafforzare i requisiti sostanziali alla base degli *standard* internazionali, attuando il principio di prevalenza della sostanza sulla forma,

³⁴ *What is BEPS?*, consultabile sul sito www.oecd.org.

³⁵ *Il progetto Base Erosion and Profit Shifting*, 2015, consultabile sul sito www.senato.it.

e comprende le Azioni dalla numero 6 alla numero 10; il terzo pilastro si basa sul concetto di trasparenza basato su un efficiente scambio di informazioni e sulla certezza del diritto con l'obiettivo di ridurre le controversie relative all'applicazione di norme fiscali internazionali e comprendere le Azioni dalla numero 11 alla numero 14.

L'Action 1, sull'economia digitale, e l'Action 15, sull'impiego di uno strumento multilaterale, sono due azioni trasversali che completano il quadro del progetto BEPS rappresentando le basi su cui poggiano i tre pilastri³⁶.

Tra le 15 azioni presenti nel progetto, particolare attenzione merita l'Action 12 (*"Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements"*) riguardante la *disclosure* dei contribuenti, ponendo come obiettivo l'incentivo alla trasparenza tra i contribuenti nel rapporto con l'Amministrazione finanziaria mediante regole di *disclosure* di modo da permettere alle Amministrazioni di individuare facilmente e tempestivamente le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva e le aree di rischio, sicché si possa agevolmente porre rimedio.

L'Action 12, in capo ai Paesi aderenti al progetto, recita: *"Develop recommendations regarding the design of mandatory disclosure rules for aggressive or abusive transactions, arrangements, or structures, taking into consideration the administrative costs for tax administrations and businesses and drawing on experiences of the increasing number of countries that have such rules. The work will use a modular design allowing for maximum consistency but allowing for country specific needs and risks. One focus will be international tax schemes, where the work will explore using a wide definition of "tax benefit" in order to capture such transactions. The work will be co-ordinated with the work on co-operative compliance. It will also involve designing and putting in place enhanced models of information sharing for international tax schemes between tax administrations"*³⁷.

Le misure previste nell'Action 12 sono state adottate con il Report del 2015 dell'OCSE, *"Mandatory Disclosures Rules"*. Questo Report fornisce un *framework* che consente ai Paesi di elaborare un regime di *disclosure* che risponda alle esigenze in materia di pianificazione fiscale aggressiva e comportamenti abusivi. Le raccomandazioni contenute nel Report sono idonee a fornire la flessibilità necessaria per bilanciare

³⁶ Il progetto *Base Erosion and Profit Shifting*, 2015, consultabile sul sito www.senato.it.

³⁷ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

l'esigenza di fornire più tempestive informazioni alle Amministrazioni finanziarie con gli oneri di conformità per i contribuenti. Il tutto attuato in un'ottica di grande cooperazione tra contribuenti e Autorità fiscali. Non vi è un vero e proprio obbligo, però, in capo agli Stati di adottare le *mandatory disclosure rules*.

Alla luce di quanto appena passato in rassegna, si può affermare che sono stati fatti importanti progressi in relazione al dialogo e alla cooperazione che caratterizzano il rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuente, soprattutto con l'introduzione in Italia del regime di adempimento collaborativo. Gli istituti alla base di questo rapporto consentono una definizione anticipata del rapporto tributario mediante l'attuazione di attività con cui l'Amministrazione finanziaria informa il contribuente orientandone la sua condotta che può consistere nel ravvedersi eliminando i suoi errori, nel ricorrere al processo tributario o nell'attendere quelle che saranno le decisioni dell'Amministrazione³⁸. Ad oggi, la comunicazione preventiva, effettuata dall'Amministrazione finanziaria al contribuente con lo scopo di permettere a quest'ultimo di regolarizzarsi e di conformarsi con quelli che sono gli obblighi tributari, consente di favorire un adempimento spontaneo del contribuente di modo da evitare di ricorrere in un procedimento tributario dispendioso, in ottica deflativa del processo tributario. Essa rappresenta un forte strumento di *compliance* per il contribuente in quanto gli consente di venire a conoscenza in via preventiva dell'esito delle attività effettuate dall'Amministrazione finanziaria concedendogli la possibilità di determinare la sua condotta. Questa comunicazione preventiva in attuazione della *compliance* tra Fisco e contribuente viene fortemente sostenuta dal legislatore che si pone in contrasto con la visione affermata dalla giurisprudenza di legittimità³⁹. Quest'ultima, a contrario del legislatore, non vede nella comunicazione preventiva dell'Amministrazione un atto obbligatorio se non nei casi in cui le incertezze ricadano su aspetti rilevanti della dichiarazione mentre in tutti gli altri casi non minerebbe all'attuazione del contraddittorio e del diritto di difesa. Il legislatore, invece, rinviene nella comunicazione preventiva un atto "obbligatorio" in favore alla *compliance* del contribuente e di un suo

³⁸ M. PIERRO, *La comunicazione preventiva nei procedimenti tributari di controllo e la tax compliance*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 4/2018, pag. 18.

³⁹ Cass., sez. V, sent. 3366/2013; Cass., sez. V, sent. 19052/2015. Cfr. M. PIERRO, in *ibidem*.

ravvedimento anche col lo scopo di rendere sempre più normale e semplice il rapporto tra Fisco e cittadino contribuente⁴⁰.

Così, in ambito imprenditoriale, l'implementazione di un efficace ed efficiente modello di gestione del rischio fiscale, improntato sulla *compliance* tra contribuente e Amministrazione finanziaria, rappresenta un insieme molto ampio di attività e procedure interne ed esterne all'organizzazione aziendale che permette al contribuente di individuare, analizzare e valutare i rischi fiscali in cui incorre con il fine ultimo di agevolare la sua interlocuzione con l'Amministrazione finanziaria, in maniera tempestiva e preventiva. Facilitando questa comunicazione e di conseguenza questo rapporto basilare, viene data la possibilità di riflettere ed agire in via preventiva e diretta su situazioni idonee a generare un contenzioso tributario, a seguito di un mancato rispetto degli obblighi tributario. L'elemento del *Tax Control Framework* e il regime della *Cooperative Compliance*, in quest'ottica di stretta collaborazione diretta e preventiva del contribuente con l'Amministrazione finanziaria, sono da considerare il perno ai fini della costruzione e implementazione di un valido modello di gestione del rischio. Senza un vero e proprio sistema di rilevazione, gestione e controllo del rischio in materia fiscale sarebbe impossibile poter parlare di *Corporate Tax Governance*.

3. La disciplina e il processo del sistema di *Risk Management*

Nell'ambito di un contesto imprenditoriale, che prevede da parte dell'impresa l'attuazione di un processo di pianificazione delle attività aziendali, come strumento che permette alle imprese di conseguire gli obiettivi preposti attraverso l'utilizzo di risorse adeguate, assume notevole rilevanza la conoscenza delle diverse categorie di rischio in cui l'impresa può incorrere e la predisposizione e l'adozione di metodologie volti al loro monitoraggio e alla loro mitigazione⁴¹.

L'impresa è tenuta a porre in essere determinate attività mediante l'adozione di un corretto ed efficace modello di *risk management* col fine di valutare, misurare e

⁴⁰ M. PIERRO, in *Op. cit.*, pag. 3.

⁴¹ Cfr. A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, *Il tax risk management quale strumento di governance per le imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 8-9/2017, pag. 53.

presidiare il rischio sviluppando una strategia che consenta di governarlo limitandone la sua portata negativa sull'azienda stessa.

Il *risk management* consiste proprio in quella specifica funzione aziendale che è chiamata a svolgere tale compito di gestione, con il fine ultimo di eliminare, ma anche semplicemente di contenere e ridurre, i fattori che causerebbero ingenti danni all'impresa. È un'attività fondamentale a cui l'impresa deve dedicare molta attenzione e può essere definita come un processo utilizzato dalle imprese stesse, tramite cui si occupano dei possibili rischi derivanti dalle attività da loro svolte, avente lo scopo di ottenere dei benefici riguardanti questi singole attività e/o il loro insieme⁴². Occorre tenere presente che la funzione di *risk management* è unitaria e non scomponibile in compartimenti stagni.

Lo scopo pratico del *risk management* consiste nell'identificazione e nel trattamento dei rischi connessi ad ogni attività, attraverso strumenti di varia natura, che possono realizzarsi nel presente e nel futuro o che si sono realizzati nel passato, permettendo la comprensione degli aspetti positivi e negativi che possono influenzarle alla valutazione e al trattamento di eventi aleatori che possono danneggiare l'impresa⁴³.

In particolare, in ambito imprenditoriale, l'obiettivo primario dell'attività di *risk management* è quello di creare e di massimizzare il valore aziendale a favore degli azionisti. Deve perciò essere un processo continuo e graduale che coinvolga tutti i livelli e il personale dell'organizzazione creando una strategia efficace, gestita da dirigenti di alto livello che permetta una gestione accorta e tempestiva delle opportunità e delle minacce, rendendo ogni *manager* e ogni impiegato responsabile della gestione del rischio come dovere professionale, realizzando così un sorta di "etica di cultura del rischio". Le politiche implementate di *risk management* agiscono sulla *performance* aziendale e dovranno essere orientate alla gestione e alla riduzione dell'incertezza che colpisce l'impresa e le sue attività.

Nel corso del tempo il *risk management* ha subito, e subisce ancora, una continua evoluzione. Si registra infatti lo sviluppo di una serie di approcci di *risk management*, ognuno dei quali offre una visione e definizione del problema in maniera differente.

⁴² AIRMIC, ALARM, IRM: 2002, *translation copyright* FERMA: 2003.

⁴³ AIRMIC, ALARM, IRM: 2002, *translation copyright* FERMA: 2003.

Il *risk management* è un'attività che fa parte dell'assetto aziendale e deve essere costruita e attuata in base alle caratteristiche che possiede l'azienda che la implementa al suo interno e in base all'ambiente e al contesto sociale ed economico in cui questa opera. Non esiste un modello di *risk management* astratto che può essere applicato in maniera generalizzata a qualsiasi impresa e valido per ogni situazione; certo è che, però, si possono individuare nel processo di *risk management* delle fasi che lo caratterizzano e che sono necessarie per il conseguimento degli obiettivi di questa funzione.

Ciascuna fase, che va a comporre il processo di *risk management*, è ricorrente e bisogna essere in grado in qualsiasi momento di cambiare strategia nel momento in cui si verificano cambiamenti al processo di partenza delineato o nel momento in cui si incontrano difficoltà di sistema⁴⁴.

Il processo di *risk management* prende piede con la cd. fase *risk assessment* che consiste nell'identificazione, nella descrizione, nella stima, nell'integrazione e nella valutazione dei rischi⁴⁵. Essa si suddivide in due sotto-fasi: analisi e valutazione dei rischi⁴⁶. Tra le due, l'analisi dei rischi è la sotto-fase più significativa dell'intero processo di gestione dei rischi, in quanto tutte le altre fasi che seguono poggiano le loro ricerche, le dinamiche e i loro risultati sulla base di quanto viene effettuato e raccolto in questa sotto-fase di analisi.

L'analisi dei rischi si compone di tre azioni particolari: identificazione (*risk identification*), descrizione (*risk description*) e stima (*risk estimation*) dei rischi⁴⁷.

La *risk identification* si instaura nel processo con lo scopo di individuare fonti di aleatorietà che possono comportare eventi o effetti economici, finanziari o patrimoniali dannosi che colpiscono il flusso informativo che si innesca in tutte le parti dell'impresa, tenendo presente che il pericolo potrebbe generarsi nel momento in cui un rischio non viene individuato in questa fase iniziale e di conseguenza, non venendo accuratamente

⁴⁴ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 76.

⁴⁵ E. FUSA, *La governance dei rischi. Un riferimento per gli organi e le funzioni di governo e di controllo*, Egea, Milano, 2015, pag. 155 ss.

⁴⁶ C. MELILLO, in *ibidem*.

⁴⁷ C. MELILLO, in *ibidem*.

gestito e monitorato, non sarà più possibile in futuro annullarne la potenziale dannosità o mitigarne gli effetti⁴⁸.

Segue l'azione di *risk description*, in cui si procede col descrivere le principali caratteristiche dei singoli rischi identificati in precedenza. In particolare, la descrizione di ogni carattere del rischio deve essere sintetica e deve concentrarsi sulle cause che danno vita agli eventi negativi e ai concreti impatti che questi eventi possono avere sull'organizzazione aziendale⁴⁹. Il *risk assessment* è quella di *risk estimation* in cui, attraverso determinate tecniche di stima, si procede a delineare le probabilità effettive di realizzazione del rischio e le conseguenze che esse possono comportare⁵⁰.

Lo svolgimento dell'analisi dei rischi è funzionale alla successiva valutazione dei rischi stessi, cioè quell'attività che viene posta in essere dal *Management* con l'obiettivo di stimare l'impatto che l'evento negativo ha sull'azienda e il valore del "rischio residuo"⁵¹. In questi casi, è necessario, secondo la dottrina, effettuare un'analisi costi-benefici per comprendere se effettivamente convenga instaurare un processo che vada a gestire i rischi in cui incorre l'impresa, ovvero se il costo di questo processo sia maggiore rispetto ai vantaggi che l'azienda ne ricaverebbe per la sola predisposizione del modello⁵². Se, a seguito della valutazione, l'effetto dell'evento su cui si pone l'attenzione si dimostri eccessivamente deleterio per l'impresa, comincerà la fase di integrazione del rischio nella quale questo viene accuratamente gestito dalla funzione di *risk management* di modo da ridurre la dannosità⁵³.

Il *risk reporting* è la fase successiva al *risk assessment* ed è decisiva per la conclusione del processo. In questa fase viene redatto un documento, il cd. "*report*", in cui viene illustrata la situazione aziendale sulla base del livello determinato di esposizione ai rischi. È una fase delicata perché la è grazie alla redazione del *report* che vengono prese determinate decisioni su come gestire il rischio e agire sul medesimo⁵⁴.

⁴⁸ A. FLOREANI, *ERM – i rischi aziendali e il processo di Risk Management*, Milano, Università Cattolica, 2004, pag. 87.

⁴⁹ C. MELILLO, in *ibidem*.

⁵⁰ A. FLOREANI, in *Op. cit.*, pag. 88.

⁵¹ Per rischio residuo si intende quel rischio ridotto ai minimi termini che però può creare problemi e avere impatto sull'azienda successivamente all'adozione di strumenti volti a mitigarlo.

⁵² C. MELILLO, in *Op. cit.*, pag. 77.

⁵³ C. MELILLO, in *ibidem*.

⁵⁴ E. FUSA, in *Op. cit.*, pag. 209 ss.

Successivamente, il *risk treatment*, che consiste nella fase in cui avviene la determinazione delle diverse azioni e politiche che la società può adottare per fronteggiare il rischio a cui viene esposta.

L'impresa può scegliere come approcciarsi al rischio in base ai diversi contesti: i) può decidere di accettare il rischio senza intraprendere particolari azioni, quando ad esempio l'impatto del rischio è minore e la scelta si pone come una vera e propria strategia d'impresa⁵⁵; ii) può decidere di sottrarsi al rischio, per esempio potrebbe decidere di non investire in un determinato Paese la cui legislazione presenta criticità o profili inaccettabili; iii) può scegliere di rispondere al rischio attuando politiche volte alla sua riduzione, per esempio *“una società che fa parte di un gruppo internazionale può, per ogni transazione interna al gruppo, predisporre delle documentazioni idonee ad abbassare il rischio di una eventuale contestazione con riferimento alla disciplina del transfer pricing”*⁵⁶.

La fase finale della procedura di *risk management* consiste in un *risk assessment* conclusivo in cui tutti i responsabili aziendali prendono atto di ciò che avanza dopo la fase di *risk treatment* di modo da gestire il “rischio residuo”, ed eventualmente prevedendo nuovi interventi in sede di mitigazione dei rischi.

Il *risk monitoring*, infine, è un'attività conclusiva che viene svolta alla fine del processo, ma che in realtà si svolge contemporaneamente a tutte le altre fasi e le influenza indipendentemente dall'ordine delle stesse. È una attività *“espressione della reiteratività del risk management, sensibile al cambiamento”* e consiste nella sorveglianza, nel monitoraggio e nella ricerca di tutti i rischi che possono colpire l'impresa⁵⁷.

La politica di *risk management* adottata all'interno di una impresa deve andare a definire il suo approccio e la sua propensione al rischio, ma anche individuare ruoli e responsabilità di gestione del rischio in ogni livello dell'organizzazione aziendale, attenendosi sempre alle norme di legge⁵⁸.

Per essere efficiente ed efficace il processo di *risk management*, infatti, richiede un notevole impegno da parte dei dirigenti dell'organizzazione, esternato tramite

⁵⁵ C. MELILLO, in *Op. cit.*, pag. 78.

⁵⁶ C. MELILLO, in *ibidem*.

⁵⁷ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 78.

⁵⁸ AIRMIC, ALARM, IRM: 2002, *translation copyright FERMA*: 2003.

l'assegnazione di responsabilità ad ogni ruolo e l'attuazione di una formazione consona per l'acquisizione di una maggiore consapevolezza al rischio da parte di tutti coloro che operano all'interno dell'impresa.

Con un approccio integrato, tutte le funzioni e i ruoli aziendali sono coinvolti nei processi di valutazione, misurazione e monitoraggio dei rischi, in particolare tramite l'attuazione di un sistema di comunicazione trasversale che comprenda tutti coloro che svolgono attività all'interno dell'impresa.

Si può parlare, in tal senso, di una logica che poggia necessariamente sul concetto di CRSA (*Control Risk Self Assessment*), che consiste in un approccio di *team*, fattuale, analitico e strutturato che utilizza la competenza degli esperti per far emergere gli obiettivi aziendali, identificando i rischi e le debolezze dei controlli, fornendo indicazioni quantificate per la presa di decisioni e lo sviluppo di miglioramenti. In altre parole, si può definire come la capacità dell'azienda di auto-valutare il proprio rischio, con lo scopo di far fronte ad esso. Questa autovalutazione deve essere effettuata dal responsabile di ogni processo aziendale e tale approccio risponde proprio alle esigenze di *corporate governance*.

Le risorse per l'attuazione di una forte politica di *risk management* all'interno dell'organizzazione aziendale vanno stabilite in modo chiaro e preciso ad ogni livello decisionale e in ogni unità aziendale. Il *risk management* va integrato attraverso attività strategiche e di bilancio. Il personale che svolge un ruolo peculiare nella gestione del rischio deve conoscere bene la sua posizione svolta in un'ottica di coordinamento della politica e della strategia di *risk management* e lo stesso discorso vale anche per chi svolge la funzione di *Internal Auditing* o ha un ruolo all'interno del Sistema di Controllo Interno. La gestione dei rischi è *governance* dell'impresa e i modelli e strumenti di *risk management* sono a supporto dell'attività di gestione, dei processi decisionali, dei ruoli e delle responsabilità che derivano dalle specifiche declinazioni del personale aziendale di riferimento.

Le Associazioni Internazionali definiscono il *risk management*, esaltandone la sua integrazione nella *corporate governance* delle imprese e rimarcando il cambiamento in esso intervenuto negli ultimi decenni, da un approccio "a silos organizzativi" (*risk*

management tradizionale) a una “logica integrata e trasversale” (*Enterprise Risk Management*)⁵⁹.

3.1 L’*Enterprise Risk Management*

Imprese e rischio sono due concetti ormai inscindibili e interconnessi l’una con l’altro; il rischio all’interno dell’impresa non potrà mai essere completamente debellato⁶⁰, essendone un suo elemento costitutivo⁶¹.

Dalla tesi di accettazione del rischio quale semplice minaccia, si è giunti a una qualificazione dello stesso come variabile da gestire e controllare⁶².

Col tempo, la dottrina e la prassi aziendale⁶³ hanno elaborato nuovi strumenti di gestione del rischio tra cui, l’*Enterprise Risk Management (ERM)*, proposto già dal *Committee of Sponsoring Organization (COSO)* nel 2004, con lo scopo di mutare una gestione dei rischi “in silos” propria del *risk management* tradizionale e portare alla luce una gestione integrata dei rischi (*ERM*).

L’*Enterprise Risk Management* permette di considerare in maniera strategica l’interazione tra i vari eventi rischiosi bilanciando e aggregando l’ampia varietà dei rischi a cui è soggetta l’impresa ed utilizzando tecniche e strumenti integrati in modo tale che rientri nelle aspettative di rischio accettabile dagli *stakeholders*⁶⁴.

Ciò che differenzia l’*Enterprise Risk Management* dal *risk management* tradizionale è il fine di gestire tutti i rischi nel complesso in maniera integrata, esso è infatti basato su una sistematica comprensione delle interdipendenze e correlazioni tra i rischi⁶⁵.

L’*Enterprise Risk Management* è definito dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)* come “un processo, posto in essere dal consiglio

⁵⁹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 91.

⁶⁰ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 88.

⁶¹ A sostegno del fatto che il rischio è elemento costitutivo dell’impresa, si rimanda alla lettura dell’art. 1655 del Codice Civile sul contratto di appalto per il quale “l’appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei propri mezzi e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”. Il legislatore, tramite questa norma, intende includere negli elementi costitutivi dell’impresa anche il rischio stesso.

⁶² G. MARINO, in *ibidem*.

⁶³ G. MARINO, in *ibidem*.

⁶⁴ A. FLOREANI, *ERM – i rischi aziendali e il processo di Risk Management*, Milano, Università Cattolica, 2004, pag. 93.

⁶⁵ E. FUSA, in *Op. cit.*, pag. 240 ss.

*di amministrazione, dal Management e da altri operatori della struttura aziendale; utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione; progettato per individuare eventi potenziali che possono influire sull'attività aziendale, per gestire il rischio entro i limiti del rischio accettabile e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali*⁶⁶.

L'*Enterprise Risk Management* è un processo continuo che interessa tutta l'organizzazione dell'impresa ed è svolto da persone che occupano un ruolo a tutti i livelli della struttura aziendale e utilizzato per la creazione di strategie volte a identificare eventi potenzialmente pericolosi che potrebbero influire sull'attività aziendale, di modo da garantire la gestione il rischio entro i termini del rischio accettabile.

Esso ha come obiettivo primario quello di supportare e affiancare l'azienda nel processo di creazione del valore in favore delle diverse categorie portatrici di interessi⁶⁷. È, quindi, finalizzato al conseguimento degli obiettivi aziendali strategici, operativi, di *reporting* e di conformità a leggi e regolamenti⁶⁸.

L'*Enterprise Risk Management* è caratterizzato da un approccio: “*top-down, trattandosi di uno strumento a supporto del Consiglio di Amministrazione e del Management; value-driven, essendo improntato sui rischi che possono compromettere gli obiettivi dell'impresa e comportare criticità; integrato nei processi decisionali di business; focalizzato su elementi di potenziale opportunità della target*”⁶⁹.

Nel corso del tempo si sono diffusi una svariata serie di modelli teorici che esemplificano approcci strutturati alla gestione dei rischi e che possono essere assunti dalle imprese come base di riferimento per l'implementazione di un sistema di *risk management*. Questi modelli assumono talvolta la veste di *framework*, inteso come un sistema o gruppo di elementi interagenti e interconnessi concepiti quali idee, metodi e procedure che formano un insieme complesso, e talvolta la veste di *standard*, inteso

⁶⁶ COSO, *La gestione del rischio aziendale. ERM – un modello di riferimento e alcune tecniche interpretative*, Milano, in *Il Sole 24 Ore*, 2006.

⁶⁷ O. CALLIANO, *Avoid, transfer retain. Aspetti giuridici dell'Enterprise Risk Management e diritto delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2016, pag. 22.

⁶⁸ Secondo la definizione del *Risk and Insurance Management Society Institute (RISM)*, consultabile in: www.rism.org.

⁶⁹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 107.

come approccio globale che assume una definizione più ampia rispetto al *framework* e che è incluso nello *standard* stesso⁷⁰.

Ciascun modello è costituito da un insieme di principi e procedure che permettono la progettazione, lo sviluppo e il monitoraggio tutto in continuo miglioramento dei sistemi di gestione del rischio, tra cui anche l'*Enterprise Risk Management*.

In ambito europeo, il modello assunto come punto di riferimento dalla prassi in materia di gestione integrata del rischio di impresa è il *COSO ERM framework* proposto dal *COSO* nel 2004. Ulteriori modelli di *ERM* previsti sono ad esempio lo *standard* FERMA del 2002 o le linee guida ISO del 2009.

Si prende in considerazione il modello del *COSO ERM*, anche conosciuto come "*COSO Cube*" proprio perché viene raffigurato attraverso un cubo.

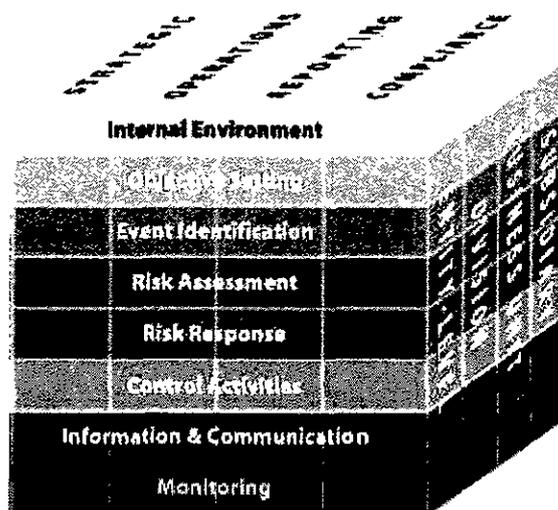


Figura 3. Il modello "*COSO Cube*" reperibile in www.coso.org.

Limitandosi a una breve spiegazione del "*Coso Cube*", nella faccia rivolta verso l'altro le quattro categorie di obiettivi strategici, operativi, di *reporting* e di conformità; nella faccia frontale del cubo si trovano invece le otto componenti dell'*ERM* (quali ambiente interno, definizione degli obiettivi, identificazione degli eventi, valutazione del rischio, risposta al rischio, attività di controllo, informazione e comunicazione e monitoraggio) che derivano dal modo in cui il *Management* gestisce l'azienda e sono integrati con ogni processo operativo; nella faccia che si trova invece sul lato destro del cubo vengono

⁷⁰ C. ZAGARIA, *L'Enterprise Risk Management – gestione integrate del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, pag. 35.

elencate le singole unità operative dell'organizzazione aziendale⁷¹ (consultare "Appendice B").

Questo modello, proposto dal COSO nel 2004, è stato recentemente oggetto di un aggiornamento nel 2017, denominato "*Enterprise Risk Management Integrating Strategy with Performance*" (COSO ERM 2017), a seguito della sempre più crescente complessità dell'ambiente in cui le imprese si trovano ad operare. Sono state, infatti, individuate alcune aree di intervento per superare le criticità che il modello del 2004 iniziava a presentare, anche a seguito a "*frequenti episodi di distorsione del modello utilizzato come strumento di assurance e non come strumento di conduzione del business*"⁷².

Sulla base di tali considerazioni, le principali innovazioni proposte dal COSO ERM 2017 riguardano i caratteri che qualificano l'*Enterprise Risk Management* come un processo che si sviluppa con riferimento all'azienda nel suo complesso e sulle modalità con cui esso si integra con riferimento a tutti gli aspetti del *business*, carattere che già era presente nel modello precedente del 2004 ma che spesso rimaneva incompreso o addirittura ignorato in sede di adozione⁷³.

Questo nuovo modello rafforza, inoltre, l'allineamento tra *performance* aziendali e *Enterprise Risk Management*, presentando nuovi modi per interpretare il rischio in un contesto economico in continua evoluzione sottolineando l'obiettivo di *reporting* volto alla soddisfazione delle aspettative di maggior trasparenza degli *stakeholders*⁷⁴.

La valutazione circa l'efficacia del processo di gestione integrata del rischio aziendale si basa su un giudizio soggettivo fondato sulla necessaria presenza delle otto componenti e sul loro corretto funzionamento. Quando un processo di gestione del rischio aziendale viene giudicato efficace per tutte le quattro categorie poste sulla faccia superiore del cubo, significa che il Consiglio di Amministrazione e il *Management* hanno una ragionevole sicurezza di venire a conoscenza della misura in cui gli obiettivi

⁷¹ COSO, *La gestione del rischio aziendale. ERM – un modello di riferimento e alcune tecniche interpretative*, Milano, in *Il Sole 24 Ore*, 2006.

⁷² C. ZAGARIA, in *Op. cit.*, pag. 41 ss.

⁷³ C. ZAGARIA, in *ibidem*.

⁷⁴ C. ZAGARIA, in *ibidem*.

strategici e operativi si stanno conseguendo, che i *report* sono affidabili e che le leggi e i regolamenti in vigore sono rispettati⁷⁵.

L'applicazione dei modelli varia, ovviamente, a seconda della tipologia e dimensione dell'impresa che lo adotta, infatti le otto componenti non hanno una funzione univoca e generica identica per ogni impresa.

In ambito fiscale, si utilizza un modello particolare di gestione del rischio fiscale improntato nell'ottica di "*compliance*" (vedi *infra* Par. 2), che è denominato *Tax Risk Management*.

4. Il *Tax Risk Management*

Nell'ambito della gestione dei rischi all'interno dell'impresa assume particolare importanza la rilevazione delle varie categorie di rischio, nonché del rischio fiscale, a cui l'azienda è potenzialmente esposta, ma anche tutti gli strumenti idonei ed efficaci per poter monitorarle e ridurle.

L'impresa dovrebbe sostanzialmente predisporre dei modelli di *risk management*, ai fini di una accurata gestione, valutazione e misurazione del rischio, e di una determinazione di strategie e politiche volte al governo dei rischi stessi.

In merito all'oggetto della presente dissertazione, ci si concentra specificamente sul modello di *Tax Risk Management*, ossia del processo utilizzato ai fini della gestione dei rischi relativi alla variabile fiscale.

Una corretta ed efficace politica aziendale di gestione del rischio fiscale deve necessariamente tenere conto e valutare, come già ribadito, il contesto in cui opera l'impresa, le sue dimensioni e la sua capacità di assumere importanti livelli di rischio. Inoltre, deve determinare le risorse di cui l'impresa ha bisogno per la gestione dei rischi e delle opportunità, deve ridurre i costi e deve adottare strumenti, protocolli e linee guida operative adeguati all'accertamento dei pericoli generati dai rischi e che possono incombere con ampia portata sull'impresa stessa⁷⁶. Il rischio deve essere valutato

⁷⁵ COSO, *La gestione del rischio aziendale. ERM – un modello di riferimento e alcune tecniche interpretative*, Milano, in *Il Sole 24 Ore*, 2006.

⁷⁶ A. VALENTE, *Il ruolo del professionista nella gestione dei rischi fiscali di impresa*, in *Il Fisco*, n. 12/2020, pag. 1165.

tenendo conto della probabilità che un determinato evento accada e della dimensione del danno che questo può comportare, misurata in termini di mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Nell'ambito del *Tax Risk Management*, l'impresa deve attuare misure conformi che le consentano di delineare la strategia, i principi di base e le linee guida da seguire. In particolare, è fondamentale la previsione e implementazione, al suo interno, di un sistema di controllo del rischio fiscale (ad esempio di un *Tax Control Framework*) che miri sia a rispondere alle esigenze di monitoraggio dei rischi che seguono all'adempimento corretto di obblighi fiscali previsti per legge, sia a far sì che il contribuente-impresa venga in possesso di un preventivo esame sui casi più dubbiosi e ottenga anche chiarimenti in relazione alla normativa fiscale, sicché si riducano i controlli da parte dell'Amministrazione finanziaria con contestuali effetti deflativi sul contenzioso tributario⁷⁷. Si parla a proposito di "*good tax risk management*", che inoltre richiede all'impresa-contribuente di cooperare con le Autorità fiscali fornendo tutte le informazioni da loro richieste o considerate essenziali per essere *compliant*⁷⁸.

La finalità propria del *Tax Risk Management* è, dunque, la gestione del rischio fiscale orientata alla *tax compliance*, in ordine al rapporto di collaborazione che il contribuente instaura con l'Amministrazione finanziaria nella gestione del rischio fiscale ai fini dell'adempimento degli obblighi tributari. In questo modo il rischio viene gestito facendo rientrare la sua "dimensione" nei parametri di accettabilità predeterminati dall'organizzazione aziendale.

Per giungere a delineare un efficace modello di *Tax Risk Management*, l'impresa e nello specifico il *Management*, come già precedentemente accennato, deve preliminarmente individuare la "posizione fiscale complessiva" ricoperta e successivamente determinare la strategia fiscale da adottare⁷⁹. Una volta che il Consiglio di Amministrazione adotta questa scelta decisionale, è il dipartimento fiscale che sarà incaricato di sviluppare un "*action plan*" tramite cui ridurre i rischi fiscali al minimo e di raggiungere gli obiettivi

⁷⁷ A. VALENTE, in *ibidem*.

⁷⁸ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 98.

⁷⁹ P. VALENTE, "*Tax governance*" e gestione del "*compliance risk*", in *Corriere trib.*, n. 35/2011, pag. 2925.

strategici fissati⁸⁰. In modo particolare, il *tax risk* può produrre delle conseguenze importanti sul valore che ha la società per gli azionisti, i quali, sempre più consapevoli degli effetti che le questioni fiscali possono generare, mostrano un maggiore interesse per le “*policies fiscali etiche*” all’interno dell’azienda⁸¹.

Nell’individuare la “posizione fiscale complessiva” dell’impresa, il Consiglio di Amministrazione deve decidere quale è il suo punto di vista in relazione alla variabile fiscale (“*how it sees tax*”) e sarà di conseguenza responsabile delle sue scelte⁸².

Successivamente all’aver determinato la “posizione fiscale complessiva” dell’impresa e quindi definita la sua cd. “filosofia fiscale” (“*tax philosophy*”), il Consiglio di Amministrazione procede ad elaborare la cd. “strategia fiscale” (“*strategy for tax*”) in via teorica⁸³.

L’impresa potrebbe focalizzare la propria strategia fiscale proprio sulla *tax compliance*, agevolando la cooperazione con l’Autorità fiscale⁸⁴. Importante, in materia di *tax compliance*, è il ruolo che può rivestire la società e la reputazione che questa potrebbe avere nei confronti dei Paesi in cui opera se questa è una multinazionale, considerata quindi “*corporate citizen*” socialmente ed eticamente responsabile in cui la *tax compliance* diviene responsabilità etica e sociale⁸⁵.

Indipendentemente poi dalla strategia fiscale adottata, è utile, sempre ai fini di gestione del rischio fiscale nell’impresa, sviluppare e implementare adeguate “*tax policies*” interne, che siano determinate a seguito della comprensione degli obblighi tributari a cui la società deve far fronte in guisa da risultare idonee a individuare la strategia fiscale volta al raggiungimento degli obiettivi prefissati⁸⁶.

⁸⁰ P. VALENTE, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 2/2011, pag. 17.

⁸¹ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

⁸² Cfr. KPMG, *Discussion paper, Tax in the Boardroom*, 2005.

⁸³ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 100.

⁸⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 100; cfr. KPMG, *Discussion paper, Tax in the Boardroom*, 2005.

⁸⁵ Il commentario alla “Raccomandazione sulla fiscalità” n. XI delle Linee Guida OCSE precisa che la “*corporate citizenship*” in ambito fiscale richiede alle imprese di: rispettare il dato letterale e lo spirito delle leggi e dei regolamenti degli Stati in cui operano; cooperare con le Autorità fiscali; fornire a queste ultime qualsiasi informazione da loro o per legge richieste e ritenute di particolare importanza.

Cfr. P. VALENTE, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: “tax compliance” e rispetto dello spirito della legge*, in *Corriere trib.*, n. 41/2011, pag. 3378; P. VALENTE, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 2/2011, pag. 17.

⁸⁶ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 103.

Le *tax policies* dovrebbero essere approvate formalmente dal Consiglio di Amministrazione a seguito di una analisi sugli obblighi tributari a cui la società deve far fronte e sulle modalità del loro adempimento. La mancanza di implementazione di queste *tax policies* può invece comportare a “*potenziali perdite finanziarie in termini di opportunità di business*”⁸⁷.

Una gestione ottimale dei rischi è fondamentale in quanto rende sicuramente più certa la realizzazione degli obiettivi prefissati dall’impresa. Il *Tax Risk Management* prende in considerazione tutte le attività connesse alla gestione e al controllo del rischio fiscale, alla prevenzione, alla rilevazione, alla valutazione, alla riduzione e al monitoraggio fino ad arrivare all’obiettivo finale di *compliance* fiscale.

4.1 Il *Tax Risk Manager* e gli altri soggetti coinvolti

Come nel processo di *risk management*, anche nel processo del *Tax Risk Management*, vi sono diversi soggetti coinvolti sia all’interno sia all’esterno dell’impresa.

Soggetti essenziali ai fini di una accurata gestione del rischio fiscale è sicuramente il Consiglio di Amministrazione ruolo cardine e primario nell’impresa (vedi *supra* Par. 3.1) che in materia fiscale presta attenzione ad alcuni rischi fiscali specifici, come il rischio di portafogli⁸⁸ e il rischio reputazionale. Il rischio di portafogli⁸⁹ fa sì che il Consiglio di Amministrazione acquisisca una sorta di consapevolezza sul rischio che caratterizza la società, mentre il rischio di reputazione implica che il Consiglio di Amministrazione comprenda l’impatto che la posizione fiscale della società può avere a livello reputazionale nella comunità⁹⁰. Il Consiglio di Amministrazione, per svolgere nel miglior modo possibile il suo compito, deve adottare delle *tax risk policies* idonee, le quali includano un sistema efficace di gestione del rischio fiscale e che assicurino

⁸⁷ P. VALENTE, “*Tax governance*” e gestione del “*compliance risk*”, in *Corriere trib.*, n. 35/2011, pag. 2926.

⁸⁸ Il cd. rischio di portafogli riguarda il livello aggregato del rischio in merito alle transizioni, del rischio relativo alle operazioni *day-to-day* e del rischio relativo alle dichiarazioni fiscali.

Cfr. P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 96.

⁸⁹ In italiano il singolare del termine “portafogli” rimane “portafogli”, così come per il termine “cavatappi”. Cfr. E. CASTAGNOLI, *Brevissimo abecedario di matematica finanziaria*, Milano, Edizioni Cakuntala, 2014, pag. 14.

⁹⁰ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

un'efficiente *corporate governance* caratterizzata da un equilibrio tra rischi e opportunità⁹¹.

Un ruolo importante è affidato anche all'Amministratore delegato (*Chief Executive Officer*) e al *Chief Financial Officer* (*CFO*): questi sono gli attori principali che determinano la strategia di conduzione *business* della società. Essi sono anche responsabili dell'intero dipartimento fiscale e del monitoraggio dell'attività da essi svolte e delle risorse distribuite in materia di gestione del rischio fiscale⁹².

Le *business units* vengono coinvolte nel processo di *Tax Risk Management* in relazione al profilo di rischio che presenta la società⁹³.

Gli investitori e gli analisti vengono coinvolti in quanto l'area dei rischi investe quella della contabilità finanziaria quindi della documentazione contabile e dei bilanci, che sono la fonte di informazione principale in materia utile alla gestione soprattutto connessa al rischio di portafogli⁹⁴.

Oltre ai soggetti anzidetti, si riportano:

- a) il *Tax Risk Manager* che è una figura istituita appositamente per il sistema di *Tax Risk Management* e che lo caratterizza. Egli ha come compito principale l'implementazione pratica da un punto di vista fiscale della strategia che viene messa a punto a livello teorico dal Consiglio di Amministrazione. È quindi fondamentale in quest'ottica una forte collaborazione tra *Tax Risk Manager*, Consiglio di Amministrazione, *CEO* e *CFO*. Svolge infatti un ruolo connesso a queste funzioni assistendole, da esse recepisce le strategie in maniera da riuscire a determinare idonee politiche e strumenti di prevenzione e controllo dei rischi e far scorrere, tra tutte le funzioni coinvolte nell'organizzazione, le informazioni necessarie all'attività determinando una vera e propria etica di responsabilizzazione del personale aziendale sulla gestione del rischio⁹⁵.

Inoltre, il *Tax Risk Manager* è sempre responsabile della gestione del suo gruppo di lavoro e del rispetto da parte di questo di apposite procedure per le proprie

⁹¹ Cfr. F. ANTONACCHIO, *Tax governance e gestione dei rischi fiscali. Pianificazione fiscale nazionale e internazionale. Nuove strategie di tax compliance. Esempi e casi pratici*, in *Il Sole 24 Ore*, 2013.

⁹² P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 96.

⁹³ Cfr. P. VALENTE, *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 127

⁹⁴ A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, *Il tax risk management quale strumento di governance per le imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 8-9/2017, pag. 55.

⁹⁵ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 100.

attività; la sua *mission* è principalmente quella della mitigazione e del controllo del rischio fiscale, inteso quale rischio di *compliance*, ai fini di una valutazione ottimale sulle situazioni che possono comportare una *non-compliance* del contribuente-impresa⁹⁶.

- b) Essenziali sono anche i revisori e i consulenti interni ed esterni che vengono coinvolti nel processo di gestione del rischio fiscale proprio perché l'attività di *audit* e di consulenza è preliminare ai fini di una conoscenza ottimale dei rischi che potrebbero scaturire e di una loro analisi con riferimento alle attività poste in essere dall'impresa⁹⁷. La figura emblematica che caratterizza questa funzione è quella di *Internal Audit*⁹⁸, definita dall'AIIA (Associazione Italiana *Internal Auditors*) come “*un'attività indipendente e obiettiva di assurance e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione*”, dove per attività di *assurance* si intendono quelle attività che mirano ad incrementare la qualità delle decisioni e delle informazioni nel contesto in cui opera l'impresa, mentre per attività di consulenza si intendono attività ispettive e di analisi che hanno lo scopo di migliorare il Sistema di Controllo Interno. Il Sistema di Controllo Interno, quale elemento centrale della *corporate governance*, presuppone necessariamente che le sue componenti siano integrate e coordinate di modo che il sistema sia centrale in ambito amministrativo, contabile e organizzativo della società⁹⁹. La funzione di *Internal Audit* rappresenta il perno del Sistema di Controllo Interno ed è complementare all'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi e si coordina con essa mediante un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto in quanto finalizzato a valutare e migliorare i processi di controllo, di gestione dei rischi e di *corporate governance*. In particolare, l'*Audit* interno deve svolgere la sua attività nel rispetto essenziale dei requisiti professionali necessariamente richiesti. Tali sono l'indipendenza dell'organo, la

⁹⁶ Cfr. *Tax Risk Manager in azienda*, consultabile sul sito www.iusletter.com

⁹⁷ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 97.

⁹⁸ P. RIVA, *Ruoli di corporate governance – Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano, 2020, pag. 162 ss.

⁹⁹ PWC, *Internal Auditing nelle società quotate*, 2018.

quale si esplica mediante l'attribuzione di autonomi poteri di iniziativa, e la sua oggettività nella fase valutativa¹⁰⁰.

Secondo il Codice di Autodisciplina, l'*Internal Audit* verifica, nel rispetto di specifici *standard* internazionali, l'operatività e l'idoneità del Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi mediante un Piano di *Audit*, approvato dal Consiglio di Amministrazione, volto ad analizzare i principali rischi che possono colpire l'impresa¹⁰¹. Ai fini della predisposizione del Piano, l'*Internal Audit* deve considerare le priorità relative agli obiettivi che la società vuole perseguire, la documentazione relativa alla valutazione dei rischi e le specifiche richieste provenienti da tutte le funzioni che operano nel contesto organizzativo nonché l'attività di verifica verso i sistemi informativi e contabili. Le verifiche compiute dall'*Internal Audit* vengono inviate periodicamente, mediante una relazione chiara, concisa, completa e tempestiva, al Consiglio di Amministrazione, al Collegio Sindacale, al Comitato Controllo e Rischi e all'Amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi¹⁰².

In merito a questa funzione è necessario specificare come sia essenziale all'interno dell'organizzazione aziendale e nell'ambito della gestione e del controllo dei rischi in quanto svolge un ruolo intermediario tra le funzioni che agiscono nel sistema di *Tax Risk Management* e il Consiglio di Amministrazione che sta al di sopra di queste. È la funzione che fa arrivare al tavolo giusto il documento giusto grazie ad una forte interazione e dialogo che essa ha con tutte le altre funzioni implicate nell'organizzazione aziendale.

- c) A livello indiretto, le Autorità fiscali, infine, intervengono semplicemente con lo scopo di assicurare e verificare che la procedura di gestione dei rischi e in particolare di *tax compliance* sia attuata in termini di efficienza ed efficacia e nel rispetto della legge¹⁰³.

¹⁰⁰ AIRMIC, ALARM, IRM: 2002, *translation copyright* FERMA: 2003.

¹⁰¹ PWC, in *ibidem*.

¹⁰² PWC, in *ibidem*.

¹⁰³ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

4.2 Il modello di gestione del *Tax Risk* orientato alla *tax compliance*

Una volta ricostruiti, in via preliminare, il sistema di *Tax Risk Management*, le sue caratteristiche e i soggetti che sono coinvolti nella pratica, appare necessario illustrare come si procede alla costruzione di un modello effettivo di gestione del *Tax Risk* improntato sulla *tax compliance* aziendale.

Innanzitutto l'impresa deve tenere conto e avere chiari alcuni aspetti principali prima di procedere. Primo fra tutti l'aspetto relativo ai suoi obiettivi e alle finalità che si è preposta in quanto più l'impresa conosce bene i suoi obiettivi strategici più sarà in grado di valutare al meglio i rischi a cui potrebbe essere esposta e di conseguenza sarà in grado di operare sul mercato in maniera efficace, integrando sistemi di controllo e monitoraggio dei rischi stessi¹⁰⁴.

Inoltre l'impresa deve essere a conoscenza degli obblighi tributari che gravano su di essa e delle modalità ai fini di un loro corretto adempimento, nonché del ruolo che ha l'Amministrazione finanziaria di verifica di fronte ad un mancato rispetto degli obblighi tributari a cui è soggetta l'impresa. L'Amministrazione finanziaria, che svolge un ruolo di fondamentale importanza, deve essere in grado mediante la sua attività di produrre azioni che abbiano riflessi forti sul contesto sociale di riferimento e sulla condotta che potrà in essere il contribuente¹⁰⁵.

4.2.1 Il ruolo dell'Unione Europea nel processo di *compliance* fiscale e di *tax risk management*

Le linee guida per la costruzione di un efficace modello di gestione del *Tax Risk* vengono date dalla Commissione europea nel documento "*Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*"¹⁰⁶, in cui delinea delle raccomandazioni

¹⁰⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 108.

¹⁰⁵ P. VALENTE, "Tax governance" e gestione del "compliance risk", in *Corriere trib.*, n. 35/2011, pag. 2926.

¹⁰⁶ *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu. Cfr. P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 107.

destinate alle Autorità fiscali in merito ai loro comportamenti che pongono in essere e agli strumenti che adottano con lo scopo di indurre i contribuenti/imprese alla *compliance* fiscale cercando di limitare i comportamenti scorretti ed eventualmente ponendone rimedio in ottica preventiva grazie alle comunicazioni dell'Autorità finanziaria¹⁰⁷.

Di norma, i comportamenti di *non-compliance* alla normativa fiscale sono generati perlopiù da una limitata conoscenza della legge (fortemente caratterizzata da incertezza, insufficiente chiarezza del sistema tributario e mutamento continuo), da uno scarso rigore e una scarsa attenzione da parte del contribuente-impresa nel rispondere ai propri obblighi tributari, oltreché dai comportamenti connotati da intenzioni fraudolente¹⁰⁸.

Sulla base di quanto stabilito dal documento redatto dalla Commissione europea, una ottimale costruzione del modello di gestione del *Tax Risk* può essere suddivisa in tre fasi che rispettivamente sono¹⁰⁹:

- Lo studio del contesto in cui le Autorità fiscali devono operare (cd. "*the operational context*");
- L'individuazione degli obiettivi strategici delle Autorità fiscali;
- La definizione della strategia adottata, ossia l'approccio implementato per il raggiungimento di determinati obiettivi.

La prima fase è quella dello studio del contesto, o dell'"ambiente", in cui operano le Autorità fiscali, che permette di definire le variabili che possono generare influenza sul modello e sul comportamento delle Autorità¹¹⁰.

I fattori che rilevano in questa prima fase sono: la legge vigente, l'opinione pubblica e le condizioni economiche¹¹¹.

In merito alla normativa vigente, essa rappresenta la base per procedere alla valutazione della *compliance* fiscale e per l'irrogazione di sanzioni conseguenti ad un comportamento non conforme. È fondamentale tenere presente la complessità, il

¹⁰⁷ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 108.

¹⁰⁸ Cfr. P. VALENTE, *Manuale di governance fiscale*, Milano, IPSOA, pag. 687 ss.

¹⁰⁹ Cfr. *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu; P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 109 ss; P. VALENTE, "Tax governance" e gestione del "compliance risk", in *Corriere trib.*, n. 35/2011, pag. 2928.

¹¹⁰ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 109 ss.

¹¹¹ *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu.

continuo mutamento e la forte incertezza che questa può generare in relazione alla valutazione circa il ruolo e il comportamento dalle Autorità fiscali¹¹².

Per quanto concerne l'opinione pubblica, *“l'atteggiamento influenza le intenzioni e le intenzioni influenzano i comportamenti”*, in particolare sull'atteggiamento dei contribuenti influenzano il livello di evasione fiscale percepito, di equità fiscale, di legittimità riconosciuta al governo e di complessità e mutamento della normativa¹¹³.

Per un'ottimale studio del contesto non può di certo mancare l'analisi del contesto economico in cui l'Autorità fiscale si trova a dover operare e nel quale agisce il contribuente-impresa. Gli elementi presi in considerazione sono la dimensione del sistema economico e la sua influenza sugli attori economici, la sua accessibilità e apertura agli scambi internazionali, le politiche fiscali adottate nei vari Paesi e la natura della loro economia sul territorio. Di grande importanza sono anche i fattori come la crisi economica o la recessione, che certamente non possono non avere un impatto significativo sul comportamento dei contribuenti¹¹⁴.

La seconda fase è volta all'individuazione degli obiettivi strategici che determina l'Autorità fiscale. L'obiettivo principale dell'Autorità fiscale è quello di dare vita ad un sistema di riscossione delle imposte basato sull'imposizione fiscale *compliant* alla legislazione vigente, in cui l'imposizione è improntata sulla base dei principi di efficienza ed efficacia in relazione ai rapporti che si genereranno col contribuente, e di

¹¹² *“The laws provide the basis for taxation. It is not possible to appraise the efficiency or effectiveness of the tax administration without taking into account both the degree of complexity of the tax structure it is expected to administer and the extent to which that structure remains stable over time. Even the most sophisticated tax administration can easily be overloaded with impossible tasks. Enforcing a bad tax law is usually not a good idea. For a law to be enforced properly, it should both be appropriate to the environment and enforceable: good enforcement requires good tax law. The law also sets the framework for the Tax Administration's formal powers”*.

Cfr. *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu.

¹¹³ *“Examples of important public opinion are taxpayer attitudes toward taxation and toward government in general. Attitudes affect intentions and intentions affect behaviour. Attitudes are formed in a social context (social norms) by such factors as the perceived level of evasion, the perceived fairness of the tax structure, its complexity and stability, how it is administered and the value attached to government activities and the legitimacy of government”*.

Cfr. *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu.

¹¹⁴ *“The economic environment also has an important impact on the effectiveness of a tax administration. Factors to consider could be the size of the economy and its influence on trading partners, its accessibility to and from other markets, the competitive tax policies of its main trading partners and the nature of its economy (...)”*.

Cfr. *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu.

far sì che il contribuente si conformi agli obblighi tributari e al loro adempimento nel modo più corretto possibile pagando le imposte dovute¹¹⁵.

Il documento della Commissione europea parla di “*stretta correlazione*” tra i fini dell’Autorità e il processo di gestione, valutazione e controllo dei rischi. Infatti una volta determinati gli obiettivi, l’Amministrazione finanziaria procede col determinare il livello di rischio che può conseguire dalla mancata realizzazione degli obiettivi preposti. Individuati i rischi relativi ai primi obiettivi strategici delineati, si procede ad una loro analisi che conduce alla definizione di nuovi obiettivi secondari che sono funzionali a far sì che si realizzino i primi obiettivi individuati¹¹⁶.

La terza ed ultima fase è rappresentata dalla definizione della strategia, che viene considerata l’approccio con cui si elaborano le modalità attraverso cui una organizzazione raggiunge i propri obiettivi. Per delineare una strategia valida ai fini del modello di gestione del *Tax Risk* è necessario disporre dei dati relativi: al “*tax gap*”, ossia il divario tra il gettito previsto che il contribuente dovrebbe versare e il gettito che il contribuente effettivamente versa; al comportamento tenuto dai contribuenti basato su ciò che influenza il loro atteggiamento, di cui si è parlato relativamente al fattore dell’opinione pubblica nella prima fase; alle varie opzioni di gestione del *compliance risk*, tramite possibili politiche da implementare di fronte a situazioni in cui non si rispetta la *compliance* fiscale come ad esempio introdurre una formazione del contribuente sulla normativa tributaria, delle forme di supporto alla collaborazione del contribuente con l’Amministrazione finanziaria ed eventualmente determinate sanzioni di fronte ad un mancato adempimento agli obblighi fiscali¹¹⁷.

4.3 Il processo di gestione del *Tax Risk*

Dopo aver delineato come si procede alla costruzione del modello di gestione del *Tax Risk*, risulta complementare concludere il discorso focalizzandosi sulle fasi che vanno a comporre il processo specifico di gestione del *Tax Risk* (che si ispira al processo più

¹¹⁵ *Fiscalis Risk Management Platform Group, Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*, consultabile sul sito: www.ec.europa.eu.

¹¹⁶ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 112.

¹¹⁷ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 114.

generico di *risk management*) e che regolano le attività che devono svolgere le Autorità fiscali, che nello specifico sono cinque¹¹⁸:

- Identificazione dei rischi;
- Analisi dei rischi;
- Individuazione della priorità tra i rischi riscontrati;
- Definizione delle modalità per la gestione dei rischi;
- Valutazione finale.

La fase in cui vengono identificati i rischi è quella che apre il processo, nonché anche quella in continua evoluzione e necessaria per procedere poi in tutte le fasi ulteriori permettendo l'individuazione di eventuali criticità sin dal principio su cui intervenire immediatamente, tramite la redazione finale di una lista dei vari rischi riscontrati.

L'Autorità fiscale può reperire le informazioni necessarie per procedere all'identificazione dei rischi mediante i vari mezzi di comunicazione o mediante il supporto da parte di altre imprese oppure ancora tramite delle verifiche effettuate a campione sui contribuenti. Si ritiene però che anche le modifiche e novità legislative possono costituire fonte ai fini di una verifica da parte dell'Autorità fiscale sulla *compliance* del contribuente¹¹⁹.

Per implementare questa prima fase si può scegliere un approccio cd. “*top-down*”, che permette di effettuare un'analisi strategica degli obiettivi di primo livello e dei rischi ad essi connessi e un'analisi operativa a livello inferiore; ovvero si può scegliere un approccio cd. “*bottom-up*”, ossia il contrario di quanto delineato nella prima tra le due tipologie, in cui viene effettuata un'analisi operativa per poi successivamente analizzare gli obiettivi di primo livello e i relativi rischi¹²⁰.

L'analisi degli obiettivi e dei rischi, secondo il documento “*Compliance Risk Management – Guide for Tax Administrations*” della Commissione europea, può procedere mediante una analisi di “livello strategico”, in cui l'analisi avviene mediante suddivisione in macro-gruppi dei contribuenti ai fini di evidenziare le aree di rischio; una analisi di “livello intermedio”, in cui si procede ad analizzare un settore specifico o

¹¹⁸ A. VALENTE, *Il ruolo del professionista nella gestione dei rischi fiscali di impresa*, in *Il Fisco*, n. 12/2020, pag. 1166.

¹¹⁹ A. VALENTE, in *Op. cit.*, pag. 1167.

¹²⁰ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 114 ss.

una sola area specifica; infine tramite una analisi al “dettaglio”, ossia focalizzandosi sui singoli contribuenti che non agiscono in ottica di *compliance*¹²¹.

A questo punto si apre la fase di analisi dei rischi, che ha come obiettivo principale quello di andare a focalizzarsi sulle aree di rischio di *non-compliance* in modo da gestirle e inquadrare il possibile intervento dell’Amministrazione finanziaria in risposta al rischio individuato.

Essa deve acquisire, tramite ad esempio i contribuenti stessi o la rete o addirittura ancora gli istituti di credito, dati e informazioni necessari all’analisi dei rischi. Una volta ottenuti, questi dati andranno valutati mediante un confronto tra di loro e con i dati precedentemente acquisiti con lo scopo di creare una relazione tra tutti i dati in possesso¹²².

La conclusione di questa attività dovrebbe portare alla conoscenza delle probabilità di verificazione del rischio di *non-compliance*, del livello di gravità che il rischio potrebbe presentare, dell’impatto che potrebbe avere sul contribuente-impresa e degli interventi che si possono istaurare¹²³.

La terza fase è quella di determinazione del livello di priorità dei rischi di modo da individuare i rimedi più idonei per mezzo dei quali intervenire al fine di mitigare il rischio di *non-compliance*.

Dopo aver individuato il rischio, per tracciarne il suo livello di gravità, si deve tenere conto della probabilità di verificazione del rischio e della conseguenza che il suo verificarsi può comportare. Lo scopo è quello di poter predisporre delle “misure correttive” in un “piano d’azione” mediante ad esempio il trasferimento del rischio ad altri, l’utilizzo di strumenti idonei a minimizzare il rischio o addirittura a neutralizzarlo del tutto. Ovviamente la scelta della misura da istaurare varia a seconda del tipo di rischio da controllare e mitigare¹²⁴.

Una volta individuato il livello di gravità e gli strumenti tramite cui intervenire, si procede con la definizione delle modalità di gestione dei rischi. In particolare il contribuente-impresa può ritenere più utile trasferire i rischi ad un’altra organizzazione e anche l’Amministrazione finanziaria può essere dell’idea che un’altra imprese

¹²¹ A. VALENTE, in *Op. cit.*, pag. 1167.

¹²² A. VALENTE, in *ibidem*.

¹²³ A. VALENTE, in *ibidem*.

¹²⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 120 ss.

potrebbe essere in grado di gestire i rischi in maniera migliore e più efficace¹²⁵. Si può così valutare la possibilità di trasferire il rischio in tutto o in parte andando così a ridurlo notevolmente e ciò può condurre sicuramente ad una limitazione o riduzione di realizzazione del rischio ma anche alla riduzione del rischio derivante da “*errori non intenzionali*” o da “*errori intenzionali*”¹²⁶.

La strategia volta alla riduzione del rischio determinato sulla base di “*errori non intenzionali*” presuppone che vengano fornite al contribuente-impresa informazioni e linee guida chiare e precise, che questo venga formato su una comprensione migliore della legislazione e dei modelli di gestione dei rischi e che sia coadiuvato da un’attività di supporto dell’Amministrazione finanziaria e dei fiscalisti. L’altra strategia basata sugli “*errori intenzionali*” può conseguire ad una riduzione del rischio nel momento in cui l’Amministrazione finanziaria procede a sensibilizzare e formare sempre di più il contribuente-imprese nell’individuazione di un suo comportamento *non-compliant*¹²⁷. Infine, la fase finale riguarda la valutazione da parte delle Autorità fiscali e dei professionisti dei risultati conseguiti, fase che necessariamente viene svolta solo a seguito della conclusione delle fasi precedenti col fine di ottenere un *feedback* finale adeguato al processo di gestione implementato.

Il processo di valutazione dovrebbe prendere piede tramite la valutazione dei dati e delle informazioni raccolte e l’identificazione degli indicatori e delle variabili da monitorare ai fini di una *compliance* effettiva¹²⁸.

In conclusione a quanto trattato in questo secondo capitolo della dissertazione, si può sostenere che una impresa che voglia governare al meglio i rischi (nello specifico fiscali) in cui va incontro, ponendo in essere le sue attività di *routine*, deve necessariamente far sì che al suo interno venga attuata una costruzione efficace del modello di gestione dei rischi, del controllo di questi e una solida distribuzione dei compiti nelle varie funzioni aziendali.

In particolare è fondamentale che sia individuata la strategia fiscale e che vi siano adeguate *tax polices* che permettano una gestione dei rischi finalizzata ad una corretta

¹²⁵ A. VALENTE, in *Op. cit.*, pag. 1168 ss.

¹²⁶ A. VALENTE, in *ibidem*.

¹²⁷ A. VALENTE, in *Op. cit.*, pag. 1168 ss.

¹²⁸ A. VALENTE, in *ibidem*.

conduzione dell'impresa nel contesto economico in cui essa opera. Ciò consente al contribuente di essere un agente *compliant*, cosicché si possa instaurare un rapporto di maggior fiducia e collaborazione tra questo e il Fisco e, inoltre, si possa guardare verso un'ottica di cooperazione e attività preventiva con l'Amministrazione finanziaria tale da ridurre l'accesso al contenzioso tributario dei due attori e agevolare il ravvedimento nella condotta del contribuente.

Con il sistema di *Tax Risk Management* si è potuto vedere quale metodo e processo viene utilizzato nell'impresa ai fini di governo del rischio fiscale, ma ora risulta ottimale ai fini della trattazione affrontare anche le cause principali che effettivamente vanno a generare questo rischio, i.e. le fonti da cui esso scaturisce.

CAPITOLO III

LE PRINCIPALI FONTI DI RISCHIO FISCALE

SOMMARIO: 1. Il concetto di “frode”: nozione, normativa di riferimento e di contrasto. – 1.1 Le cause del comportamento fraudolento. – 2. Il concetto di “evasione fiscale”: nozione e normativa di riferimento. – 2.1 Analisi statistica in tema di evasione fiscale europea e nazionale. – 2.2 La normativa di contrasto: l’evoluzione storica del sistema sanzionatorio amministrativo. – 2.2.1 I principi generali in tema di sanzioni amministrative tributarie. – 2.2.2 Il principio di personalità. – 2.3 La distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale. – 2.3.1 La posizione della Dottrina. – 3. Il concetto di “elusione fiscale” e “abuso del diritto”: nozione e introduzione storica dell’istituto. – 3.1 Il profilo attuale dell’istituto ex art. 10-*bis* della L. n. 212/2000.

In ordine a quanto affrontato nei capitoli precedenti, appare fondamentale comprendere un aspetto alquanto rilevante per la trattazione in questione.

Di fronte al verificarsi di un rischio fiscale, oggetto poi di gestione e di controllo, è opportuno analizzare quali episodi comportamentali sono potenzialmente idonei a innescare una condotta patologica, tale da generare rischi e di conseguenza problemi a livello fiscale non solo in termini di inadempienza agli obblighi, ma anche in relazione ad un sano rapporto con il Fisco. Tuttavia, come si vedrà, in realtà però questi comportamenti non sono di scarsa realizzazione.

Si può affermare che, di norma, queste condotte contrarie si sostanziano in un fatto posto in essere in modo pienamente consapevole dall’individuo come nel caso di occultamento di documenti contabili ai fini di gestione della contabilità o di omessa o infedele dichiarazione. Questi comportamenti sono volti a falsare la rappresentazione della realtà di fronte all’Amministrazione finanziaria.

Altre volte la condotta si realizza, invece, in maniera inconsapevole, dovuta a caso fortuito, negligenza o mancanza di informazione come nel caso di interpretazioni differenti sul regime giuridico relativo applicabile a talune dichiarazioni effettuate.

Tali comportamenti contribuiscono alla determinazione dei principali fenomeni principali di frode fiscale, evasione fiscale ed elusione fiscale o abuso del diritto. Di seguito, volutamente in ordine di gravità sulla base della rilevanza giuridica, ci si accinge ad affrontarli.

1. Il concetto di “frode fiscale”: nozione, normativa di riferimento e di contrasto

Tra i tre fenomeni anzidetti, la frode fiscale è l'unico di esclusivo rilievo penale, tale per cui non è prevista la presenza delle cd. “soglie quantitative di punibilità” che vanno a scandire il passaggio dall'illecito amministrativo a quello penale, con riferimento anche alla diversità di tipologia di sanzione. Per i reati di frode fiscale le pene sono più severe rispetto alle altre tipologie di fenomeni e, infatti, a seguito dell'introduzione del D.L. n. 124/2019 e della conseguente L. 157/2019, viene prevista la reclusione fino a otto anni¹.

A tal proposito, si precisa che il rischio penale deve essere strettamente connesso ai soli fatti di carattere frodatario o ad esso assimilabili². In questo modo si lasciano assoggettate alla sfera extrapenale le altre violazioni, per le quali sono previste sanzioni amministrative.

Ai sensi dell'art. 640 c.p., la frode consiste in quel comportamento mediante il quale, con artifici o raggiri, viene indotto taluno in errore, assicurando a sé o ad altri un profitto a danno di un altro soggetto. In ambito fiscale, la norma *de qua* cede il passo ai reati presenti nel D.Lgs. n. 74/2000 in forza del principio di specialità sancito dall'art. 15 del Codice Penale.

Si può parlare, dunque, di frode fiscale nel momento in cui il soggetto contribuente pone in essere un'azione intenzionale, un comportamento attivo, tale da realizzare artifici o raggiri mediante l'apposizione di elementi fittizi nelle dichiarazioni con il fine ultimo di evadere le imposte³. La gravità viene valutata in relazione ai raggiri o artifici compiuti che rendono di per sé grave la condotta. Di norma, sono sempre più soggetti insieme che concorrono alla realizzazione del disegno criminoso.

I casi più conclamati di frode sono soliti partire sempre da una piccola azione che si amplia sempre di più fino a raggiungere livelli sproporzionati tali che l'individuo stesso,

¹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 331 ss.

² I. CARACCIOLI, *Linee generali della revisione del sistema penale tributario*, in *Il Fisco*, n. 30/2015, pag. 2935.

³ Cfr. “Frode” in *Enciclopedia Treccani*.

che pone in essere questo comportamento, spesso non riesce nemmeno più a controllarla.

Le cause che concorrono alla realizzazione di condotte fraudolente, integrando di conseguenza specifici reati tributari, sono sicuramente la presenza di carenze nel processo di *governance* aziendale e nel Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi, ma anche l'assenza di strumenti idonei al monitoraggio delle operazioni e il non tempestivo intervento delle funzioni che hanno il compito di debellare tali problematiche⁴.

Attualmente, a seguito dell'abrogazione del D.L. n. 429/1982 ad opera dell'art. 9 della Legge 25 giugno 1999 n. 2015, si possono qualificare come fraudolente le condotte ex artt. 2 e 3 del D.Lgs. n. 74/2000 (da ultimo modificato dal D.Lgs. n. 158/2015), ossia la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

È da chiarire sin da subito come non siano punibili i fatti prodromici alla dichiarazione neanche a titolo di tentativo⁵ e come la *ratio* che sta alla base di queste previsioni normative non riguardi esclusivamente la tematica della correttezza e della trasparenza in materia fiscale⁶, ma sia volta anche all'interesse dell'Erario relativo alla riscossione dei tributi⁷.

Per quanto riguarda la prima forma di dichiarazione fraudolenta (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), ai sensi dell'art. 2 comma 1 del D.Lgs. n. 74/2000 "*è punito con la reclusione da quattro a otto anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi passivi fittizi*". Dispone, poi, il successivo comma 2 che "*il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'Amministrazione finanziaria*".

⁴ R. SIMONS, *Sistemi di controllo e misure di performance*, Milano, Egea, 2004, pag. 342 ss.

⁵ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 333.

⁶ Cass., pen., sez. III, 25 maggio 2001, n. 33887.

⁷ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 105.

La condotta così delineata si sostanzia in primo luogo nell'avvalersi di fatture o altri documenti riferiti ad operazioni in realtà inesistenti, mentre in secondo luogo nell'indicazione di elementi passivi fittizi nelle dichiarazioni dei redditi o dell'IVA⁸.

Viene precisato nell'art. 1, lett. a) del D.Lgs. n. 74/2000 che *“per fatture o altri documenti per operazioni inesistenti s'intendono le fatture o gli altri documenti aventi rilievo probatorio analogo in base alle norme tributarie, emessi a fronte di operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte o che indicano i corrispettivi o l'Imposta sul Valore Aggiunto in misura superiore a quella reale, ovvero che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi”*.

La maggiore difficoltà sta nel comprendere cosa si intenda con il termine “operazioni inesistenti”.

Si distinguono, secondo la dottrina, le operazioni oggettivamente inesistenti quando i documenti attestino operazioni che in realtà non si sono mai realizzate (cd. inesistenza oggettiva assoluta o totale) o quando venga documentata una operazione realizzata solo in parte (cd. inesistenza oggettiva relativa o parziale).

La dottrina, nello specifico di tale inesistenza oggettiva, distingue l'ipotesi ulteriore di inesistenza materiale, nel caso in cui la transazione documentata non esista effettivamente in natura, e l'ipotesi di inesistenza giuridica, ossia nel caso in cui il documento determini la conclusione di un negozio giuridico differente, cd. “simulato”, rispetto a quello che nella realtà è stato costituito dalle parti.

Oltre alle operazioni oggettivamente inesistenti, si distinguono anche le operazioni soggettivamente inesistenti che si configurano nel momento in cui il documento attesta una operazione che è avvenuta nella realtà, ma tra soggetti diversi rispetto a quelli dichiarati nel documento. Il caso è quello relativo sia all'interposizione fittizia, sia a quella reale⁹.

L'elemento soggettivo che caratterizza il reato di dichiarazione fraudolenta ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 si identifica nell'intenzione e nella conoscenza di evadere le imposte e nel permettere di far evadere le imposte anche a soggetti terzi, il cd. *“dolo specifico di evasione”*, per cui ex art. 1, lett. d), del D.Lgs. n. 74/2000 è da

⁸ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 333.

⁹ G. RAPELLA, *La Cassazione in tema di reati tributari “dichiarativi”: la nozione di operazioni soggettivamente inesistenti e il regime dell'(in)deducibilità di costi e spese inerenti al reato*, 2020, in *Sistema Penale*.

intendersi comprensivo *“anche del fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta e del fine di consentirli a terzi”*.

Recentemente, a seguito di una sentenza della Corte di Cassazione¹⁰, è stato stabilito che la condanna per dichiarazione fraudolenta ex art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 scatta anche per dolo eventuale. La giurisprudenza ritiene così compatibile il dolo eventuale con il dolo specifico richiesto per il reato in questione in quanto *“il fine ultimo di evadere le imposte è ulteriore rispetto al fatto tipico ed essendo un reato di pericolo prescinde da una effettiva evasione del debito tributario”*. Dunque secondo la giurisprudenza è sufficiente anche il dolo eventuale, inteso come lucida accettazione da parte del soggetto agente della condotta criminosa che realizza e del fine che essa possiede. La dottrina, contrariamente alla giurisprudenza, sostiene che in realtà il dolo eventuale può coincidere con il dolo specifico solo se l'accettazione del rischio riguarda elementi relativi al fatto di reato diversi da quelli relativi alla finalità penalmente rilevante. Essa vede il dolo specifico in una *“funzione di garanzia o comunque selettiva delle condotte rilevanti”* e dunque ne esclude la compatibilità con il dolo eventuale in quanto una fattispecie delittuosa che si configura in una dichiarazione mendace non può derivare da un atteggiamento psicologico di esclusiva accettazione del rischio¹¹.

Per quanto riguarda la seconda forma di dichiarazione fraudolenta (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), ai sensi dell'art. 3 comma 1 del D.Lgs. n. 74/2000 e fuori dai casi previsti dall'art. 2, *“è punito con la reclusione da tre a otto anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, compiendo operazione simulate oggettivamente e soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'Amministrazione finanziaria, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi, quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, è superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o comunque, è superiore a euro un*

¹⁰ Cass., pen., sez. III, 22 aprile 2020, n. 12680.

¹¹ Cass., pen., sez. III, 22 aprile 2020, n. 12680.

milione cinquecentomila, ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, è superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila".

Questa forma di frode fiscale si realizza, anch'essa, per il tramite di una duplice condotta: nel momento in cui nella dichiarazione vengono omessi elementi attivi o sono indicati elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi, tali da generare operazioni simulate oggettive o soggettive¹²; ovvero avvalendosi di vari mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'attività dell'Amministrazione finanziaria o ad indurla in errore¹³. Idonee ad integrare tale fattispecie sono dunque le operazioni simulate, la predisposizione di documenti falsi diversi dalle fatture o altri mezzi idonei a trarre in inganno il Fisco¹⁴ (oltreché la presenza delle soglie quantitative di punibilità).

La descrizione delle condotte specifiche che realizzano la fattispecie ex art. 3 supera le incertezze che derivano dalla lettera dell'articolo in questione, che ha dato luogo ad una serie di contestazioni in merito a condotte che in realtà erano prive di carattere frodatario. Rispondono alla medesima finalità anche i commi 2 e 3, evitando che la condotta *de qua* sia equiparata alla mera infedeltà della dichiarazione, in quanto occorrerebbe che a quest'ultima venisse aggiunto un *quid pluris* per concretizzarsi in un atto fraudolento¹⁵. Non costituiscono mezzi fraudolenti, ex art. 3 comma 3, "*la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali*".

Inoltre, come precisato dalla Corte di Cassazione¹⁶, vi è differenza tra la fattispecie ex art. 2 e quella ex art. 3: in primo luogo nella natura del documento usato per porre in essere il reato di frode fiscale. Infatti, ai sensi dell'art. 2 deve trattarsi di fattura o altri documenti equivalenti ad essa, mentre per quanto riguarda l'art. 3 occorre sostanzialmente una falsa rappresentazione nelle scritture contabili obbligatorie tramite

¹² In tema, si ricordano tre sentenze che hanno distinto il tipo di imposta in relazione ai documenti falsi ex art. 3 comma 2: il caso *Camelia*, il caso *Cavalli* e il caso *Dolce&Gabbana*.

Cfr. I. CARACCIOLI, *Dichiarazione fraudolenta e documenti detenuti ai fini di prova nei confronti del Fisco*, in *Il Fisco*, n. 13/2018, pag. 1247.

¹³ I. CARACCIOLI, in *Op. cit.*, pag. 2935.

¹⁴ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 334.

¹⁵ I. CARACCIOLI, in *Op. cit.*, pag. 2935.

¹⁶ Cass., pen., sez. III, 18 maggio 2014, n. 18698.

mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'attività del Fisco e l'accertamento della condotta illecita. In secondo luogo, mentre nell'art. 2 la condotta fraudolenta si sostanzia nell'inesistenza dell'operazione economica, nell'art. 3 la condotta fraudolenta non si fonda solamente nel documento falso ma richiede l'attuazione di ulteriori comportamenti idonei a danneggiare il compito dell'Amministrazione finanziaria¹⁷. Infine, nel comma 1 dell'art. 3 vengono delineate alle *lett. a) e b)* le due soglie di punibilità previste per tale condotta delittuosa, che scatta solamente in caso di superamento di dette soglie di punibilità. Anche in questo caso l'elemento soggettivo è il cd. "dolo specifico" che si sostanzia nella volontà e nella consapevolezza di evadere le imposte ovvero di ostacolare l'attività delle Amministrazioni finanziarie. Il superamento delle soglie di punibilità previste, considerate dalla giurisprudenza prevalente¹⁸ come veri e propri elementi costitutivi del reato, verrà valutato soltanto in seconda battuta.

1.2 Le cause del comportamento fraudolento

Ai fini della presente trattazione, ci si interroga anche su ciò che possa indurre un soggetto a falsificare dei dati, a compiere operazioni fraudolente esponendo l'impresa così a livelli di rischio inaccettabili.

La possibilità che si realizzi una condotta illecita, in grado di generare rischi per l'impresa, è massima se sussistono principalmente tre condizioni: pressione, opportunità e giustificazione.

È la combinazione di una pluralità di fattori che fa emergere la pressione a falsificare documenti contabili o a usare in modo scorretto fattori relativi all'impresa a fini di lucro personale.

Le pressioni possono essere qualificate in pressioni di natura personale finanziaria, ad esempio nel caso in cui il soggetto non sia in grado di pagare debiti, ovvero di natura personale non finanziaria nel caso in cui il soggetto sia dipendente da alcol, gioco o

¹⁷ I. CARACCIOLI, *Dichiarazione fraudolenta e documenti detenuti ai fini di prova nei confronti del Fisco*, in *Il Fisco*, n. 13/2018, pag. 1247.

¹⁸ Cass., pen., sez. III, 28 agosto 2019, n. 36474.

droga; di natura aziendale, in connessione agli obiettivi e incentivi di *performance*¹⁹. I dipendenti sono, infatti, incentivati a raggiungere determinati obiettivi con lo scopo di ottenere cospicue retribuzioni o promozioni nell'assetto organizzativo aziendale e tali pressioni fanno sì che psicologicamente il soggetto accresca sempre di più il desiderio di vedere riconosciuto il proprio successo e i propri risultati. In questo modo, la pressione viene a galla manifestandosi con la paura di perdere il lavoro ovvero di fronte al conseguimento di bassi stipendi o di comportamenti scorretti provenienti dall'azienda stessa; di natura ambientale, in relazione alle pressioni di mercato o sociali, ovvero ancora alle minacce relative alla stabilità finanziaria dell'azienda²⁰.

La seconda condizione essenziale ai fini di realizzazione del comportamento fraudolento è l'opportunità. Sono, infatti, necessari l'accesso ad una attività e la possibilità di manipolare i sistemi contabili con lo scopo di trarne vantaggi. Ovviamente il requisito fondamentale nella condizione di opportunità è che il controllo sia poco stringente e tale da permettere una operazione simile sfruttando, da parte del soggetto agente indotto in tentazione, proprio la debolezza di tali sistemi di controllo.

Infine l'ultima condizione necessaria è la giustificazione. Il soggetto agente difficilmente cede alla tentazione se non riesce a giustificare alla base il comportamento illecito che vuole realizzare, ad esempio sostenendo che l'attività da lui posta in essere non sia propriamente scorretta o che vi sia una bassa probabilità di essere scoperti o ancora che, in realtà, l'azione da lui realizzata sia in linea con l'interesse perseguito dall'azienda²¹.

Tutte queste tre condizioni necessitano, ai fini della realizzazione della condotta illecita, di essere simultaneamente presenti. La presenza di sole due condizioni determina una certa improbabilità di verifica del rischio relativo a frodi e falsificazioni.

Si ritiene fondamentale, dunque, per rispondere allo scopo di controllo e gestione del rischio fiscale, che il *Management* elimini almeno una di queste tre condizioni che possono concorrere a generare una condotta fraudolenta. Si presuppone che il *Management* sappia come agire evitando così di far concepire comportamenti deleteri per l'impresa.

¹⁹ R. SIMONS, *Sistemi di controllo e misure di performance*, Milano, Egea, 2004, pag. 342 ss.

²⁰ R. SIMONS, in *ibidem*.

²¹ R. SIMONS, in *ibidem*.

2. Il concetto di “evasione fiscale”: nozione e normativa di riferimento

“Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività” (art. 53 Cost.).

L’evasione fiscale consiste in una forma patologica comportamentale stigmatizzata, commissiva od omissiva, che si sostanzia nel volontario, totale o parziale, occultamento della materia imponibile da parte del contribuente tale da generare una violazione della normativa tributaria²². In altri termini, consiste in quel comportamento antiggiuridico, tenuto dal contribuente, con l’obiettivo di sottrarsi al prelievo fiscale effettuato dall’Erario, mediante una falsa rappresentazione della realtà (ad esempio l’interposizione fittizia) o una erronea qualificazione giuridica della situazione. Comportamento, pertanto, che impedisce la realizzazione di una convivenza civile basata sulla giustizia, sull’uguaglianza e sulla solidarietà. L’evasione fiscale rappresenta, dunque, una violazione diretta delle norme fiscali, punita con una sanzione amministrativa e/o penale²³.

Il fenomeno *de quo* comporta una illecita sottrazione all’obbligo finanziario di contribuire alle spese pubbliche del Paese, espressamente previsto nel dettato costituzionale del nostro ordinamento, scandendo il passaggio dalla condotta fisiologica (che si dovrebbe realizzare) a una condotta patologica.

In questo modo, il contribuente concorre a far perdere una parte delle entrate dovute allo Stato, determinando un danno all’intera società. Infatti, il mancato recupero di fondi da parte dello Stato alimenta il *deficit* pubblico, riducendo così la crescita economica potenziale del Paese. Di conseguenza, lo Stato, per poter ridurre il debito pubblico, sarà costretto a ridurre anche la spesa pubblica abbassando la qualità dei servizi offerti e/o ad aumentare la tassazione e il conseguente prelievo fiscale inasprendo il livello di pressione fiscale e generando iniquità sociale. Ma non solo, il comportamento in questione determina un impedimento verso la realizzazione di dinamiche di mercato caratterizzate dalla concorrenza, risolvendosi a contrario nel fenomeno di concorrenza sleale e creando un danno sostanzioso a chi invece agisce nel rispetto del principio

²² Cfr. R. C. GUERRA, P. MASTELLONE, *Evasione*, in *Enc. giur. Treccani*, 2017.

²³ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 212 ss.

contributivo. Infatti, il mancato pagamento del *quantum debeatur* fa sì che l'impresa agisca sul mercato a costi più bassi rispetto, invece, all'impresa che sopporta il carico fiscale imposto e soggetta, dunque, ad effetti distorsivi²⁴.

Alla luce di quanto anzidetto, si può sostenere che gli effetti provocati da tale comportamento non riguardino esclusivamente l'economia, ma assumano anche una connotazione a livello di "etica", contribuendo alla realizzazione della crescita del fenomeno di disuguaglianza sociale, in contrasto con l'art. 3 Cost., e alla violazione di uno dei doveri inderogabili di solidarietà ai sensi dell'art. 2 Cost²⁵.

Il contribuente non deve limitarsi ad adempiere all'obbligazione tributaria, ma deve anche dichiarare il presupposto oggetto di tassazione. Per questo motivo, la dichiarazione è parte integrante dell'obbligazione e ne condiziona l'esigibilità²⁶.

Il contribuente, dunque, si trova di fronte al momento della dichiarazione a due possibilità: dichiarare il proprio reddito "allo stato degli atti", agendo in piena ottica di *tax compliance* con l'Amministrazione finanziaria; oppure dichiarare un reddito inferiore rispetto a quello che ha effettivamente, rendendo necessaria l'emanazione di un atto impositivo quale ad esempio l'avviso di accertamento²⁷. Quest'ultima ipotesi, posta in essere dall'individuo contribuente, determina un comportamento *contra legem*. In dottrina, sono state evidenziate le cause che spesso spingono il comportamento del contribuente verso una certa direzione e che possono consistere nel fattore di elevata pressione sociale e fiscale, nella probabilità che si verifichi un controllo ispettivo da

²⁴ A. BRAIOTTA, S. PISANI, E. PISANO, *Evasione fiscale e distribuzione primaria del reddito*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2013, I, 139 ss.

²⁵ Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 51.

²⁶ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 212 ss.

²⁷ L'avviso di accertamento consiste in un provvedimento "amministrativo vincolato, che determina autoritativamente l'obbligazione tributaria". In dottrina si discute se l'avviso di accertamento sia di natura dichiarativa o costitutiva. Quanto alla prima teoria, quella dichiarativa, viene sostenuto che l'obbligazione tributaria nasce nel momento in cui si verifica il presupposto di fatto del tributo e successivamente viene dichiarata. Così l'avviso di accertamento rappresenterebbe un provvedimento con effetto di mero accertamento dell'obbligazione. Per quanto riguarda, invece, la teoria costitutiva è l'avviso di accertamento ad essere costitutivo dell'obbligazione tributaria. Questo in quanto l'obbligazione oggetto dell'avviso di accertamento è l'obbligazione che doveva essere dichiarata ma non è stata dichiarata oppure è stata dichiarata ma in misura minore e dunque l'unico rimedio è l'avviso di accertamento. La dottrina maggioritaria sostiene che l'avviso di accertamento sia un "atto di espressione di potestà amministrativa e con effetto costitutivo del rapporto". Cfr. F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 212 e 213.

parte dell’Autorità fiscale, nei pagamenti non tracciati, nella scarsa conoscenza e chiarezza della normativa tributaria e in molto altro²⁸.

Da quanto considerato, emerge la notevole complessità del fenomeno di evasione fiscale, sia a livello nazionale sia a livello internazionale. Negli ultimi anni sono stati intrapresi diversi interventi normativi finalizzati alla prevenzione e al contrasto dell’evasione fiscale (vedi *infra* Par. 2.2), derivanti anche dal recepimento di direttive emanate a livello sovranazionale (ad esempio la Direttiva DAC 6). Per questo motivo, si ritiene indispensabile analizzare i dati statistici in campo di evasione fiscale, prima di affrontare il tema relativo alla normativa di contrasto prevista per il fenomeno in Italia.

2.1 Analisi statistica in tema di evasione fiscale europea e nazionale

Si sceglie di andare ad analizzare, in via preliminare, il livello di evasione fiscale nel panorama europeo per avere una visione in termini più ampi del fenomeno, per poi scendere nel dettaglio del panorama italiano.

Secondo la Relazione sui reati finanziari, l’evasione e l’elusione fiscale²⁹, approvata dal Parlamento Europeo nel 2019, in valori assoluti è l’Italia il Paese europeo con livello più alto di evasione fiscale con un ammontare di 190,9 miliardi di euro evasi ogni anno. Seguono, poi, al secondo posto la Germania con 125,1 miliardi di euro e al terzo posto la Francia con 117,9 miliardi di euro evasi.

La prima posizione per evasione fiscale pro-capite è ricoperta sempre dall’Italia con 3.156 euro per ciascun abitante, seguita dalla Danimarca con 3.027 euro e dal Belgio con 2.676 euro.

La media a livello europeo, che permette di decretare quali siano i Paesi più o meno virtuosi, ammonta a 1.634 euro. Di conseguenza si afferma che i Paesi più virtuosi sono, rispettivamente, la Romania con 824 euro evasi, la Repubblica Ceca con 833 euro e la Bulgaria con 544 euro.

²⁸ G. VITALETTI, *L’evasione fiscale. Modi di manifestazione e misure per l’emersione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2013.

²⁹ *Relazione sui reati finanziari, l’evasione e l’elusione fiscale* del 26 marzo 2019, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu.

Secondo l'indagine condotta dalla Commissione Europea, l'Italia (con il 43%), la Danimarca (con il 46,5%), la Francia (con il 45,6%) e il Belgio (con il 45,2%) sono i Paesi che presentano la più alta percentuale di pressione fiscale, la quale rappresenta sicuramente un dato significativo in termini di calcolo statistico sul fenomeno dell'evasione fiscale.

Sulla base di quanto emerge, il Parlamento Europeo rilascia delle raccomandazioni agli Stati membri tra cui quella di agire più fortemente a livello normativo per attuare un effettivo contrasto al fenomeno che ormai è sempre più radicalizzato in alcuni Paesi e che merita di essere arginato. Agire, inoltre, in merito ad una migliore qualità dei controlli volti ad intercettare situazioni di rischio, per esempio mediante un arricchimento delle banche dati, conferendo maggiori poteri d'indagine finanziaria, tracciando i flussi e le operazioni economiche e coordinando gli enti nazionali e sovranazionali ai fini di uno scambio di informazioni utile alla prevenzione e al contrasto del fenomeno³⁰.

EVASIONE FISCALE PRO CAPITE UE 2019

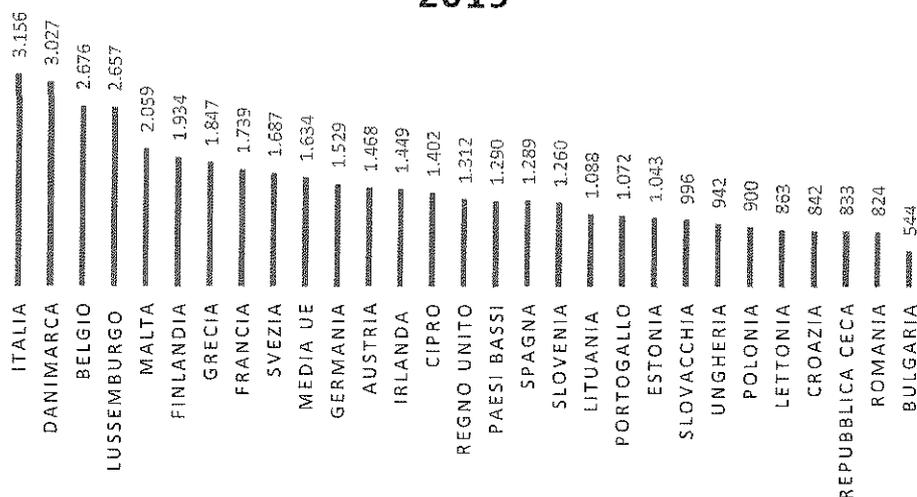


Figura 4. Dati evasione fiscale in Europa, fonte: *Il Sole 24 Ore*.

Per quanto riguarda la prospettiva nazionale, in Italia il D.Lgs. n. 160/2015 recante “Disposizioni in materia di stima e monitoraggio dell’evasione fiscale e monitoraggio e riordino delle disposizioni in materia di erosione fiscale”, in attuazione degli articoli

³⁰ T. GASPARRI, *Evasione fiscale internazionale: misure di prevenzione e contrasto proporzionate alla gravità delle condotte*, in *Il fisco*, n. 27/2016, pag. 2608.

3 e 4 della Legge n. 23/2014, ha previsto la redazione annuale di un Rapporto relativo ai risultati raggiunti in materia di contrasto all'evasione fiscale, contestualmente alla redazione della "Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza" (DEF) e la redazione di un rapporto annuale sulle spese fiscali.

La redazione del Rapporto si pone lo scopo di recepire le valutazioni sull'economia non osservata, di stimare l'ampiezza e la diffusione del fenomeno di evasione fiscale valutandone l'evoluzione nel tempo, nonché infine di determinare dei risultati e le strategie adottate in materia di prevenzione, monitoraggio e contrasto al fenomeno di evasione fiscale³¹.

L'obiettivo è, in questo modo, quello di fornire dei dati attendibili sulla stima delle entrate tributarie e contributive sottratte all'Erario. Per poterlo fare viene determinato il divario ("gap") tra le imposte che i contribuenti concretamente versano allo Stato e quelle che avrebbero invece dovuto versare per adempiere in modo completo agli obblighi tributari previsti per legge. Questo divario viene infatti definito "*tax gap*" e va a identificare l'inadempimento del contribuente, il suo essere non *compliant*. Il *tax gap* si compone di un *compliance gap*, che consiste nella parte mancante di adempimento previsto dalla legislazione vigente, e di un *policy gap*, che consiste nel divario tra la legislazione vigente e il modello di *benchmark* di tassazione che permetta di effettuare analisi a livello internazionale. Esso viene calcolato sulla base di metodologie economiche quantitative complesse generalmente definite "*top down*", che confrontano i dati fiscali a un corrispondente aggregato macroeconomico (ad esempio i flussi di contabilità nazionale), descritte nel Rapporto ai fini di stima sul tenore e sulla diffusione del fenomeno³².

I risultati derivanti dal calcolo effettuato mostrano come, dall'anno 2015 all'anno 2017, il *gap* complessivo era stimato in 107,2 miliardi di euro di cui 95,9 miliardi di mancate entrate tributarie e 11,3 miliardi di mancate entrate contributive. Nel 2018 si registra, invece, una riduzione del *tax gap* delle entrate tributarie di 5 miliardi di euro rispetto all'anno 2017, risultato ottenuto grazie al miglioramento del rapporto di collaborazione

³¹ *Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva*, anno 2020, pag. 7 ss., reperibile in www.mef.gov.it.

³² *Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva*, anno 2020, pag. 10 ss., reperibile in www.mef.gov.it.

tra contribuente e Fisco in attuazione della *tax compliance* e all'adozione di forti strategie di contrasto all'evasione fiscale³³.

TABELLA 1.C.1: GAP DELLE ENTRATE TRIBUTARIE E CONTRIBUTIVE. DATI IN MILIONI DI EURO								
Tipologia di imposta	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Differenza 2018-17	Media 2015-17*
IRPEF lavoro dipendente (irregolare)	3.975	3.964	4.204	4.103	4.338	N.D.	N.D.	4.215
IRPEF lavoro autonomo e impresa	30.175	31.594	32.182	33.949	32.303	31.647	-656	32.811
Addizionali locali IRPEF (lavoro dipendente)	643	715	780	768	799	N.D.	N.D.	782
IRES	10.437	9.731	8.015	9.013	9.007	8.915	-91	8.678
IVA	34.918	36.776	35.887	35.458	36.801	33.322	-3.479	36.048
IRAP	8.383	8.063	5.485	4.992	5.226	5.069	-157	5.234
LOCAZIONI	760	754	1.275	767	729	693	-36	924
CANONE RAI	942	977	1.008	240	225	239	13	491
ACCISE sui prodotti energetici	1.169	1.306	1.430	1.611	2.077	1.490	-587	1.706
IMU	5.160	5.140	5.113	4.989	4.872	4.869	-3	4.991
TASI	N.D.	N.D.	N.D.	251	247	266	19	249
Totale entrate tributarie (al netto del lavoro dipendente e della TASI)	91.044	94.340	90.394	91.018	91.239	86.244	-4.995	90.884
Totale entrate tributarie (al netto della TASI)	98.562	99.019	95.378	95.889	96.376	N.D.	N.D.	95.881
Entrate contributive carico lavoratore dipendente	2.362	2.586	2.784	2.764	2.928	N.D.	N.D.	2.825
Entrate contributive carico datore di lavoro	7.659	8.428	8.516	8.119	8.804	N.D.	N.D.	8.480
Totale entrate contributive	10.021	11.014	11.300	10.883	11.732	N.D.	N.D.	11.305
Totale entrate tributarie e contributive	108.563	110.033	108.678	106.772	108.108	N.D.	N.D.	107.186

* Le stime relative al 2018 sono provvisorie in attesa della pubblicazione dei dati sull'economia non osservata dell'ISTAT.
 ** La media è calcolata solo per gli anni in cui le stime sono complete per tutte le imposte e contributi considerati.

Figura 5, Gap delle entrate tributarie e contributive, fonte: Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale contributiva 2020.

Complementari alla redazione del Rapporto in questione sono anche le indagini condotte dall'ISTAT, in particolare con riferimento all'aggregato dell'economia non osservata nei conti nazionali, già citato, e che emergono dal Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018.

L'economia non osservata (NOE, *Non-Observed Economy*) rappresenta tutte quelle attività economiche che sfuggono all'osservazione statistica per motivi differenti. Le sue principali componenti sono rappresentate dal sommerso economico/statistico e dalle attività illegali. L'economia sommersa rappresenta tutte quelle attività che sono volontariamente occultate alle Autorità fiscali; viene generata da dichiarazioni mendaci riguardanti il fatturato, i costi delle unità produttive (che comporta sotto-dichiarazioni del valore aggiunto), l'utilizzo di *input* di lavoro (impiego di lavoro irregolare). Ulteriori componenti dell'economia sommersa sono rappresentate: dalle mance ricevute sul posto di lavoro da lavoratori dipendenti da parte dei clienti, dai risultati della procedura di riconciliazione delle stime indipendenti dell'offerta e della domanda dei beni e dei

³³ Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva, anno 2020, pag. 27 ss., reperibile in www.mef.gov.it

servizi, dalla valutazione degli affitti in nero. Le attività illegali sono a loro volta rappresentate dalle attività produttive aventi ad oggetto la produzione di bene o servizi illegali svolte senza titolo e senza autorizzazione. Possono consistere nella produzione e traffico di stupefacenti, nel servizio di prostituzione e nel contrabbando³⁴.

LE COMPONENTI DELL'ECONOMIA NON OSSERVATA

Anni 2015-2018 valori in milioni di euro, Incidenze sul PIL in valori percentuali

COMPONENTI	2015		2016		2017		2018	
	milioni di euro	incidenza %						
Economia sommersa	191.145	11,5	189.392	11,2	194.965	11,2	191.764	10,8
da Sottodichiarazione	93.910	5,7	95.020	5,6	98.473	5,7	95.608	5,4
da Lavoro irregolare	79.729	4,8	78.403	4,6	80.234	4,6	78.539	4,4
Altro	17.506	1,1	15.969	0,9	16.257	0,9	17.617	1,0
Attività illegali	17.233	1,0	16.075	1,1	18.896	1,1	19.238	1,1
Economia non osservata	208.379	12,6	207.469	12,2	213.882	12,3	211.002	11,9
Valore aggiunto	1.488.049	-	1.522.754	-	1.557.796	-	1.592.117	-
PIL	1.656.355	-	1.695.787	-	1.736.593	-	1.771.063	-

Figura 6. Le componenti dell'economia non osservata, fonte: ISTAT, Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018..

Dalla tabella riportata nel Rapporto elaborato dall'ISTAT si rileva innanzitutto la diversa portata o peso delle componenti dell'economia sommersa (sotto-dichiarazione, lavoro irregolare, altro), che conducono al suo ammontare complessivo. Nel 2018, l'ammontare complessivo dell'economia sommersa è di 191.764 milioni di euro, in decrescita rispetto all'anno 2017. Si evidenzia, di conseguenza, una lieve variazione del peso delle singole componenti, come si può vedere dal grafico appositamente creato (vedi Figura n. 11). Mentre il minor ammontare si rileva nell'anno 2016 in 189.392 milioni di euro.

ECONOMIA SOMMERSA

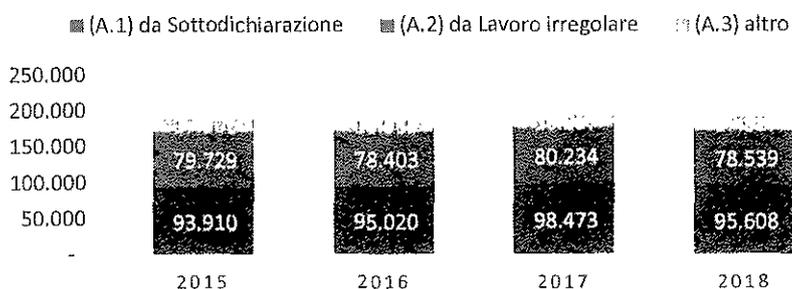


Figura 7. Le componenti dell'economia sommersa. fonte: ISTAT, Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018.

³⁴ Cfr. *L'economia non osservata nei conti nazionali*, anni 2015 – 2018, pag. 2, reperibile sul sito www.istat.it.

Nel 2018, il valore aggiunto determinato dall'economia non osservata (ossia dalla somma di economia sommersa e attività illegali) è di poco più di 211 miliardi di euro, in diminuzione dell'1,3% rispetto al 2017 che ammontava a 213,9 miliardi di euro ma in controtendenza rispetto al valore aggiunto che cresce del 2,2%³⁵.

Con riguardo all'incidenza dell'economia non osservata sul PIL, come si vede nella tabella, nel 2018 si determina con un ammontare dell'11,9% con 0,4 punti percentuali in meno rispetto all'anno precedente (12,3%) e confermando un *trend* decrescente che si sussegue dall'anno 2015. L'andamento in discesa si deve alla diminuzione del valore aggiunto sommerso dalla sotto-dichiarazione (da 98.473 a 95.608 milioni di euro) e dall'utilizzo di input di lavoro irregolare (da 80.234 a 78.539 milioni di euro) in controtendenza rispetto all'aumento delle altre attività illegali (da 16.257 a 17.617 milioni di euro)³⁶. Di conseguenza, dai dati emerge come il PIL nel corso degli anni sia sempre crescente, mentre invece la curva dell'economia non osservata presenta un *trend* alternato, con una tendenza dapprima crescente che raggiunge il suo apice nell'anno 2017 (213.862 milioni di euro), dipoi decrescente nell'anno 2018 (211.002 milioni di euro). Nonostante nel 2018 il *trend* sia decrescente rispetto all'anno precedente, si rileva come invece sia più alto rispetto agli anni 2015 e 2016.

Quanto detto si può cogliere nel grafico che segue, in cui la linea blu dimostra come l'economia non osservata alterni negli anni il suo valore assoluto.

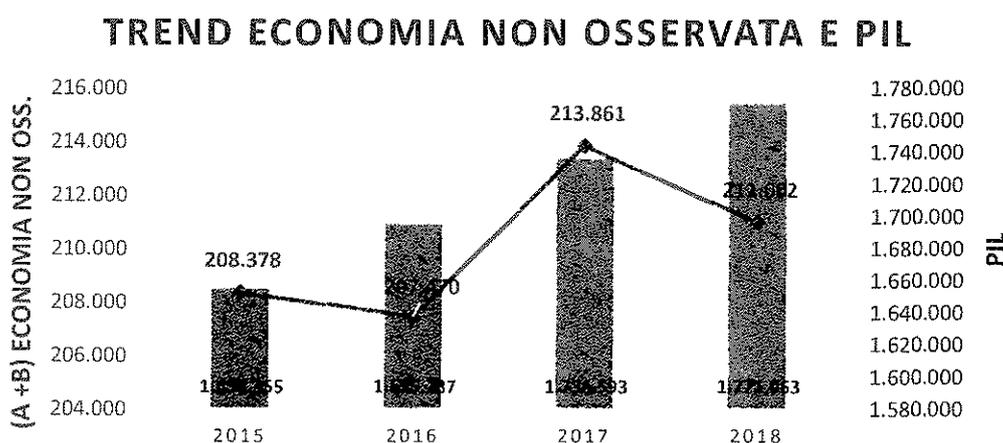


Figura 8. Trend del rapporto tra economia non osservata e PIL, fonte: ISTAT, Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018.

³⁵ Cfr. *L'economia non osservata nei conti nazionali*, anni 2015 – 2018, pag. 2, reperibile sul sito www.istat.it.

³⁶ Cfr. *L'economia non osservata nei conti nazionali*, anni 2015 – 2018, in *ibidem*.

Dai dati presi in considerazione, si può osservare la dimensione percentuale dell'economia non osservata (pari al 10,8%), con le sue due componenti dell'economia sommersa e delle attività illegali, rispetto al PIL (pari al 1,1%).

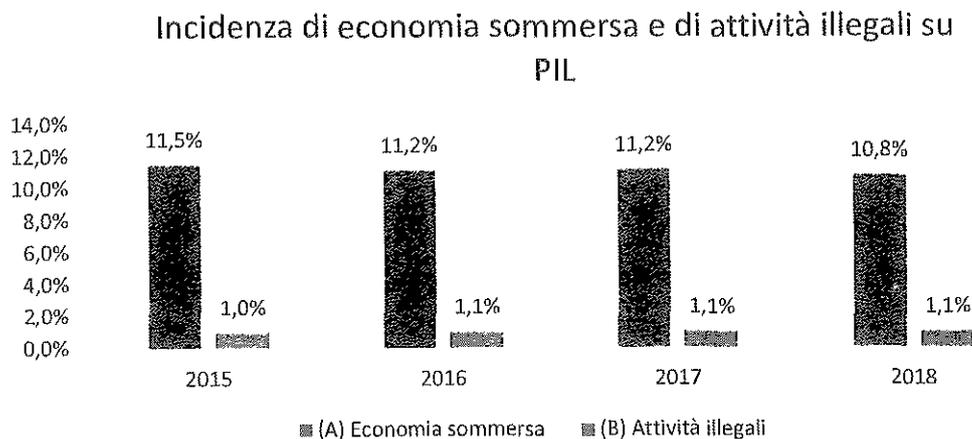


Figura 9, Incidenza dell'economia sommersa e delle attività illegali sul PIL, fonte: ISTAT, Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018.

Inoltre, dal seguente grafico a torta, si può prendere meglio visione dello *split* in relazione alla variazione percentuale delle componenti dell'economia non osservata nel quadriennio che decorre dal 2015 al 2018, che rimangono pressoché stabili.

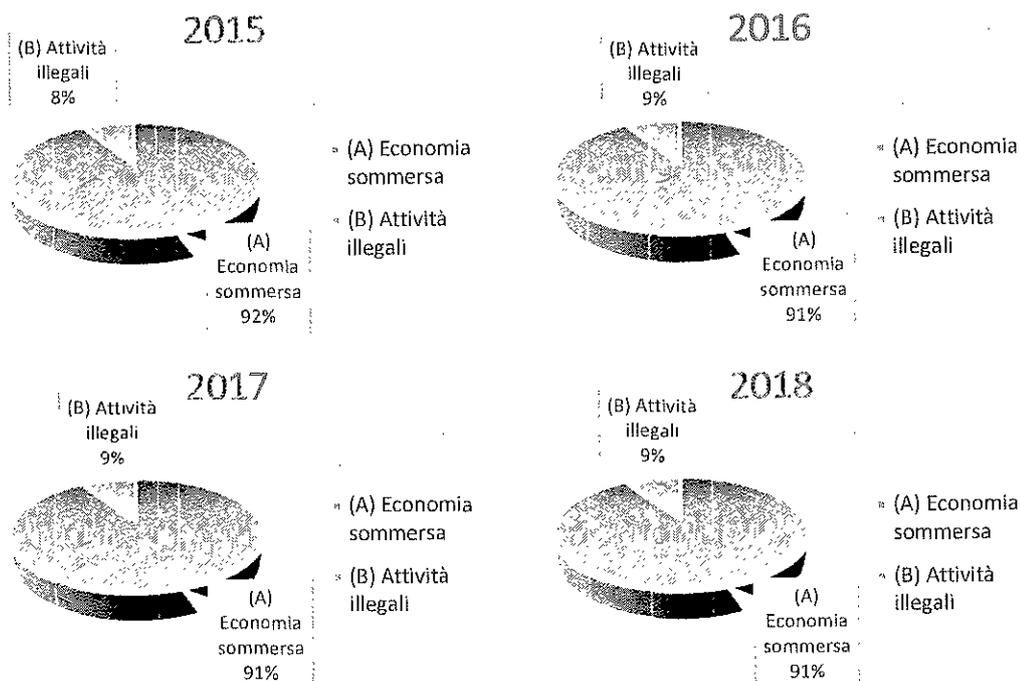


Figura 10, Variazione percentuale delle due componenti dell'economia non osservata negli anni, fonte: ISTAT, Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018.

La grande porzione occupata dall'economia sommersa è fortemente legata al tipo di mercato di riferimento. Nella Relazione condotta dall'ISTAT, per cogliere questa caratteristica viene utilizzata una “*disaggregazione settoriale*” che tiene in considerazione la funzione dei beni e dei servizi oggetto di scambio, piuttosto che il processo produttivo. In questo modo, le attività industriali vengono suddivise in: produzione di beni di consumo, produzioni di beni di investimento e produzioni di beni intermedi; mentre nel settore terziario si distinguono le attività dei servizi professionali dagli altri servizi alle imprese³⁷.

I settori dove si riscontra più economia sommersa sono il commercio, i trasporti, la ristorazione e le costruzioni, in cui viene fatto maggior ricorso alla sotto-dichiarazione. Mentre, minore incidenza si riscontra negli altri servizi alle imprese, nella produzione di beni di investimento e di beni intermedi, in cui il fenomeno della sotto-dichiarazione risulta meno rilevante³⁸.

FIGURA 1. INCIDENZA DELLE COMPONENTI DELL'ECONOMIA SOMMERSA SUL VALORE AGGIUNTO PER ATTIVITÀ ECONOMICA. Anno 2018, valori percentuali

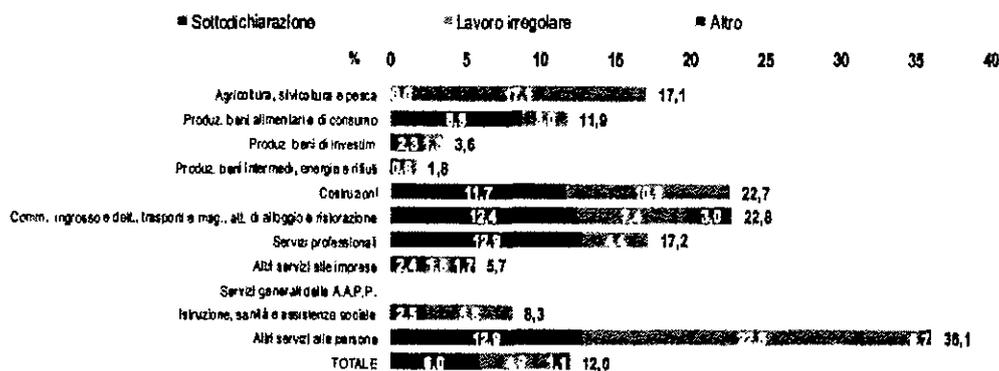


Figura 11, Incidenza componenti dell'economia sommersa nell'anno 2018. fonte: ISTAT, Rapporto sull'economia non osservata nei conti nazionali negli anni 2015-2018.

Per quanto riguarda la distribuzione sul territorio italiano dell'economia non osservata, risulta molto alta l'incidenza che questa ha nel Sud Italia, seguita dal Centro Italia. Minor incidenza si ha invece nel Nord Italia. La Calabria è la regione in cui la portata dell'economia sommersa e delle attività illegali è più alta, mentre presenta una incidenza molto più bassa nella Provincia Autonoma di Bolzano.

³⁷ Cfr. *L'economia non osservata nei conti nazionali*, anni 2015 – 2018, pag. 3, reperibile sul sito www.istat.it.

³⁸ Cfr. *L'economia non osservata nei conti nazionali*, anni 2015 – 2018, in *ibidem*.

La quota relativa alla sotto-dichiarazione è più alta in Puglia e Molise mentre è più bassa nella Provincia Autonoma di Bolzano e di Trento. L'input da lavoro irregolare è invece più elevato in Calabria e Campania, mentre è meno elevato in Lombardia e in Veneto.

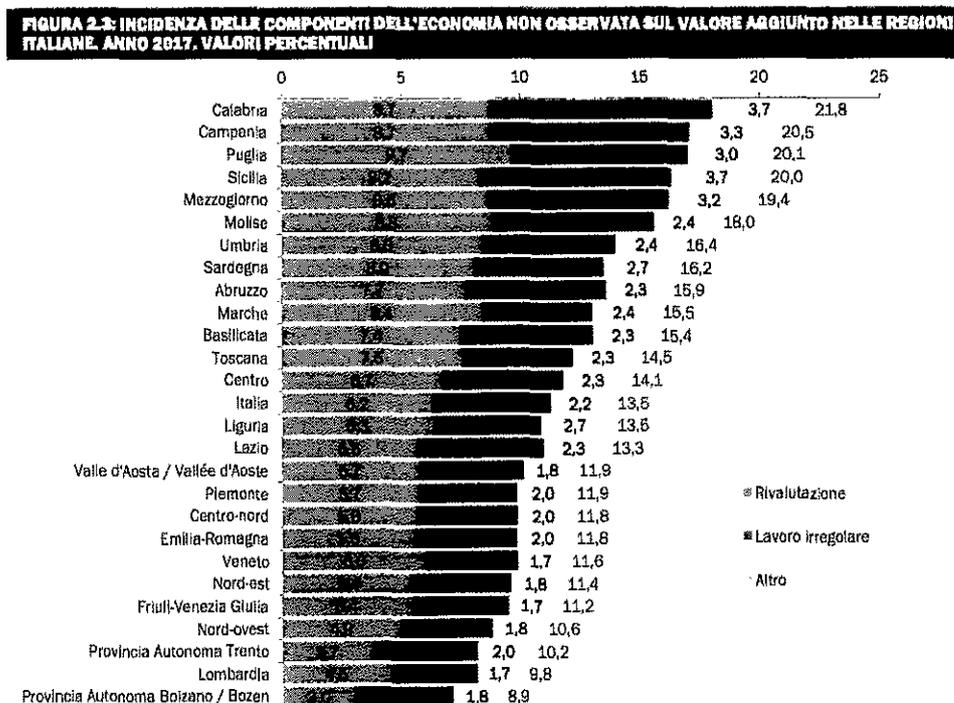


Figura 12. Incidenza dell'economia non osservata nelle regioni italiane, fonte: Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale contributiva 2020.

Si è ritenuto opportuno inserire dei dati con riferimento all'analisi statistica sull'evasione con lo scopo di una miglior comprensione circa la sua portata nel territorio italiano e nelle singole Regioni, nonché a livello europeo. Si può concludere sostenendo che in Italia l'evasione fiscale sia un fenomeno ormai radicalizzato da tempo e con valori ancora importanti e da non sottovalutare. Di qui, si determina l'esigenza di una accurata gestione, nonché controllo, prevenzione e repressione del fenomeno con fine ultimo di ridurlo a livello quantitativo. Accompagnata a tale attività si ritiene complementare anche una riduzione del livello di pressione fiscale che caratterizza il nostro Paese proprio per il suo essere elevata.

2.2 La normativa di contrasto: l'evoluzione storica del sistema sanzionatorio amministrativo

È bene tener presente che il tema della *tax compliance* può declinarsi in un duplice senso, soggettivo e oggettivo. Per quanto riguarda il senso soggettivo, entra in gioco la cd. “*Tax Morale*”, quale attitudine del contribuente a concorrere al pagamento dei tributi sulla base dei principi di etica individuale. Il contribuente agisce, in tal senso, dando al suo comportamento un significato specifico derivante dal “*contratto sociale*”, finalizzato e destinato alla collettività³⁹. In senso oggettivo, la *tax compliance* viene intesa con riferimento al *tax gap*: “*minore è il tax gap, maggiore è la tax compliance*”. Sulla base di ciò, la dottrina si interroga sulla possibilità che lo strumento della sanzione amministrativa possa essere in grado o meno di ridurre il *tax gap* in una possibile ottica di *compliance ex ante* o *compliance ex post*.

Per comprendere al meglio la normativa di contrasto inerente al fenomeno di evasione fiscale, si reputa fondamentale aprire una parentesi in materia di sanzioni amministrative.

Con particolare riferimento alla sanzione amministrativa tributaria, l'attuale disciplina sanzionatoria deriva da una importante evoluzione storica normativa, la quale ha contribuito ad affermare un sistema sanzionatorio incentrato sul carattere afflittivo della sanzione, nonché sulla sua personalità.

Si iniziò a parlare di sanzioni nel periodo tra il 1922 e il 1925, in relazione alla “*restaurazione finanziaria*”⁴⁰, al fine non solo di raggiungere il pareggio di bilancio, ma anche di alleviare il carico della pressione fiscale sui cittadini, riducendo le spese e le imposte. Questi obiettivi mutarono qualche anno dopo, in cui non si parlò più di riduzione della pressione fiscale, ma di rigido rispetto delle direttive finanziarie emanate e di lotta contro gli evasori⁴¹.

³⁹ G. MELIS, *Tax compliance e sanzioni amministrative*, in *Rass. trib.*, n. 3/2017, pag. 752.

⁴⁰ G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 373 ss.

⁴¹ G. MARONGIU, in *ibidem*.

Nel 1928, prese avvio l'utilizzo della sanzione penale in capo al comportamento evasivo, visto in chiave di dovere di dichiarazione e corretta disposizione in materia contabile. In questo modo, l'interesse fiscale iniziò ad avere una considerazione a livello penalistico, con l'ammissione della fattispecie di dichiarazione infedele o omessa dichiarazione a fattispecie di natura criminale, cosa che in passato non era accaduta⁴². Infatti, il legislatore in epoca liberale aveva inteso conferire un carattere risarcitorio alle sanzioni amministrative nei confronti dello Stato, piuttosto che un carattere punitivo verso un comportamento attivo del contribuente.

Fino a quel momento, l'omessa o infedele dichiarazione veniva punita con una soprattassa, che nulla aveva a che fare col carattere punitivo e con i principi di diritto penale. Questo era anche il convincimento della Corte di Cassazione⁴³, la quale, nonostante ciò, iniziò ad affermare la presenza nel nostro ordinamento di sanzioni amministrative aventi sia carattere risarcitorio in relazione al danno subito dall'Erario, nonché aventi carattere di "*una vera e propria pena*".

Nello Stato Assoluto, però, la concezione circa la materia fiscale era differente rispetto a quella caratterizzante il periodo liberale. L'inosservanza del dovere di imposta determinava un vero e proprio illecito amministrativo, quale causa di un danno alle entrate erariali. Di conseguenza, lo scopo delle pene pecuniarie tramutò in quello che era il solo obiettivo di reintegrare ricchezza nelle casse dello Stato, a quello che è anche l'obiettivo di far subire al contribuente inadempiente un male, una pena relativamente alla condotta illecita da lui tenuta. L'obiettivo divenne, dunque, anche quello di punire il trasgressore e non solo di risarcire lo Stato⁴⁴.

Fu la Legge n. 4/1929 a dettare una disciplina generale in materia sanzionatoria per la violazione delle disposizioni finanziarie relative ai tributi dello Stato, determinando così un principio di ultrattività delle norme fiscali⁴⁵.

Ciò che interessa è, però, la previsione nella Legge *de qua* di diverse sanzioni ai fini di reprimere l'illecito fiscale. Nella Legge, infatti, erano previste oltre alle sanzioni penali anche le sanzioni di natura amministrativa, suddivise nella pena pecuniaria e nella soprattassa, aventi entrambe carattere civile. Iniziano così le prime differenze rispetto

⁴² G. MARONGIU, in *ibidem*.

⁴³ Cass., sez. I pen., 8 novembre 1926, in *Dir. Prat. Trib.*, 1927, pag. 202.

⁴⁴ G. MARONGIU, in *Op. cit.*, pag. 373 ss.

⁴⁵ G. MARONGIU, in *ibidem*.

alla precedente visione in ottica liberale improntata sul solo carattere risarcitorio delle sanzioni.

La sanzione rappresentata dalla pena pecuniaria, dettata con lo scopo di punire la condotta illecita e determinata dall'Intendenza di Finanza, era contrapposta alle sanzioni penali: la Legge prevedeva che qualora il fatto costituisse delitto o contravvenzione, esso sarebbe stato assoggettato alle pene previste dal Codice Penale; qualora la violazione non costituisse reato, in capo al trasgressore sarebbe sorta la sola obbligazione al pagamento di una pena pecuniaria. La soprattassa, invece, poteva coesistere sia con la sanzione penale, sia con la pena pecuniaria ed era considerata come un vero e proprio risarcimento verso lo Stato “*corrispondente all'ammontare del tributo ovvero a una frazione o a un multiplo di esso*”, ispirata all'istituto civilistico della responsabilità aquiliana⁴⁶.

È così che la sanzione iniziò ad affacciarsi anche al carattere punitivo (che ad oggi la contraddistingue), e non solo al carattere risarcitorio (il quale rimaneva, però, come carattere principale della sanzione).

Una successiva riforma in materia di sanzioni tributarie si ebbe tra il 1971 e il 1973, un vero e proprio primo tentativo di modifica del sistema sanzionatorio fino a quel momento. Ma questa fu una Legge Delega del tutto generica, frettolosa e non comportava sviluppi innovativi al tema⁴⁷. Essa introdusse analitiche previsioni in tema di sanzioni amministrative per le violazioni relative ai singoli tributi all'interno della disciplina dei tributi stessi, riconoscendo agli uffici amministrativi (e non più all'Intendenza di Finanza) il potere di irrogare la sanzione pecuniaria o la soprattassa all'esito del controllo da questi effettuato⁴⁸. In questo modo, si realizzò ancora più confusione in quanto la funzione di accertamento e quella di irrogazione della sanzioni si sarebbero l'una sovrapposta all'altra. Si crearono così dei “*microsistemi sanzionatori*” inseriti nelle singole leggi d'imposta⁴⁹.

Con la Legge n. 689/1981 venne introdotta una legge generale in materia di sanzioni amministrative, la quale ne riconosceva un carattere di tipo afflittivo improntato sulle regole che caratterizzano la disciplina penale⁵⁰. Era, a questo punto, necessario trovare

⁴⁶ G. MARONGIU, in *ibidem*.

⁴⁷ G. MARONGIU, in *Op. cit.*, pag. 373 ss.

⁴⁸ R. MICELI, *Sanzioni amministrative tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, 2014.

⁴⁹ L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, pag. 90 ss.

⁵⁰ G. MARONGIU, in *ibidem*.

un punto di incontro tra la L. n. 4/1929 e la L. n. 689/1981, con lo scopo di elaborare una efficiente riforma sulla normativa delle sanzioni amministrative tributarie al fine di ottenerne una disciplina forte e unitaria.

La soluzione, al fine del coordinamento tra le due disposizioni normative, si ebbe con la Legge Delega n. 662/1996 che portò all'emanazione di un trittico di Decreti Legislativi nn. 471, 472, 473 del 1997, con la precisazione che nei D.Lgs. nn. 471 e 473 vengono previste le singole fattispecie sanzionatorie, mentre il D.Lgs. n. 472/1997 prevede i principi generali della materia.

Con tale intervento normativo, il Legislatore ha sottoposto la sanzione amministrativa tributaria ai principi della sanzioni amministrativa generale, sulla base di quanto disposto dalla L. n. 689/1981. La sanzione amministrativa tributaria viene, così, catalogata come una sanzione di tipo personalistico e di carattere afflittivo, riconoscendole una sorta di "*identità teleologia e omogeneità funzionale*" al carattere insito nella sanzione penale, tenendo presente che le due sanzioni non possono essere cumulate in capo allo stesso trasgressore⁵¹. In tal senso, al fine di recuperare il rapporto di collaborazione che intercorre tra Amministrazione finanziaria e contribuente, la misura di coercizione punitiva non può adagiarsi a una concezione meramente retributiva della sanzione⁵².

L'illecito tributario, dunque, è ad oggi punito sia con la sanzione amministrativa, sia con la sanzione penale alle quali possono, eventualmente, essere cumulate solo ulteriori misure risarcitorie accessorie (i.e. interessi moratori od obbligazioni risarcitorie).

Successivamente, è stato approvato il D.Lgs. n. 74/2000 contenente una riforma sul sistema sanzionatorio penalistico. Fino a questo momento, non vi erano delle fattispecie penali corrispondenti come quelle qualificate nel D.Lgs. n. 471/1997, per questo motivo il Legislatore penale ha previsto che operasse il principio di specialità con riferimento al D.Lgs. n. 74/2000. Tale principio si esplica come un criterio preferenziale per la sanzione penale rispetto alla sanzione amministrativa, giustificando la sanzione amministrativa tributaria in relazione ad una condotta dalla quale scaturisca "*l'unicità*

⁵¹ R. MICELI, *Sanzioni amministrative tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, 2014.

⁵² G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 99.

dell'illecito fiscale"⁵³, il cui bene giuridico protetto si sostanzia nell'interesse ad un tempestivo adempimento da parte del contribuente.

In particolare, il D.Lgs. n. 472/1997, dettando le disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, entrò nell'ordinamento tributario semplificando la materia (fino ad ora caratterizzata da una notevole incertezza) riconducendola a principi ben specifici.

Fino a questo momento, sulla base di quanto disposto dalla L. n. 4/1929, erano previste due distinte sanzioni tributarie (la pena pecuniaria e la soprattassa), le quali determinavano una sorta di irrazionalità del sistema punitivo⁵⁴. Così il D.Lgs. *de quo*, ai sensi dell'art. 2 comma 1, ha provveduto all'unificazione di queste due sanzioni, determinandone la sola e chiara funzione di natura afflittiva anche alla sanzione amministrativa (ispirata ai canoni introdotti nella L. 689/1981)⁵⁵. Lo scopo è, infatti, quello di sanzionare il soggetto per una violazione da lui commessa in ottica punitiva e non più risarcitoria.

I più recenti interventi in materia di sanzioni amministrative sono stati posti in essere dal Legislatore a seguito della L. n. 23/2014, il quale ha affidato la delega al Governo di rimettere mano sul sistema sanzionatorio amministrativo e penale, prevedendone una revisione essenzialmente basata sul principio di proporzionalità delle sanzioni, nonché sul principio costituzionale di capacità contributiva. Ne è derivato il D.Lgs. n. 158/2015⁵⁶, che ha introdotto una serie di misure incrementando l'ottica punitiva che caratterizza la sanzione verso l'illecito tributario; il D.Lgs. n. 128/2015 in materia di adempimento collaborativo; il D.Lgs. n. 156/2015 in materia di abuso del diritto.

Di fronte a ciò, la dottrina⁵⁷ vi ravvisa una sorta di "depotenziamento" rispetto a quanto determinato nella riforma attuata nel 1997, soprattutto in tema di carattere afflittivo di derivazione penalistica della sanzione a cui non è stata dato "un contenuto effettivo tale

⁵³ Cfr. L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, pag. 129 ss.; R. MICELI, *Sanzioni amministrative tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, 2014.

⁵⁴ G. MARONGIU, in *Op. cit.*, pag. 373 ss.

⁵⁵ G. MARONGIU, in *ibidem*.

⁵⁶ A. CARINCI, *Prime considerazioni sulla riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Il Fisco*, n. 41/2015, pag. 3929 ss.

⁵⁷ G. RAGUCCI, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in AA.VV., *Per un nuovo ordinamento tributario*, a cura di C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA, CEDAM, 2019, pag. 1550.

da incidere significativamente sul rapporto tra Fisco e contribuente". In questo modo, la sanzione è vista dall'opinione pubblica come un solo finanziamento alla spesa pubblica, come una entrata supplementare che arriva nelle casse l'Erario.

Secondo la dottrina, per porre rimedio sarebbe bastato adeguare gli ultimi interventi normativi ad una logica punitiva della sanzione "*più stringente*", ma pare proprio che ciò sia quello che invece è stato trascurato⁵⁸.

2.2.1 I principi generali in tema di sanzioni amministrative tributarie

Una volta delineata l'evoluzione normativa in capo alle sanzioni amministrative, nonché l'evoluzione del carattere conferito alle stesse, si ritiene opportuno delineare i principi generali previsti in materia sanzionatoria.

Ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 472/1997, rubricato "*principio di legalità*", il comma 1 dispone che "*nessuno può essere assoggettato a sanzione se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione ed esclusivamente nei casi considerati dalla legge*". Da questa disposizione si traggono ulteriori principi fondamentali⁵⁹: i) le sanzioni possono essere comminate dalla sola previsione delle stesse dalla legge; ii) il divieto di retroattività, quindi la legge volta a punire la violazione deve essere entrata in vigore prima della violazione stessa; iii) nella legge deve essere prevista la sanzione da applicare in relazione al principio di tassatività.

Ai sensi dei commi 2 e 3 del medesimo articolo, il divieto di retroattività previsto nel comma 1 viene derogato a favore di colui che ha commesso la violazione in forza dell'*abolitio criminis* e del principio di *favor rei*⁶⁰.

Con l'*abolitio criminis*, nel caso in cui interviene l'abrogazione della norma che prevede la sanzione in capo alla fattispecie realizzata, questa cessa di essere sanzionata. Il comma 2 stabilisce che "*se la sanzione è stata già irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di indebito*". Il comma 3 stabilisce, invece, che "*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*".

⁵⁸ G. RAGUCCI, in *ibidem*.

⁵⁹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 316.

⁶⁰ R. MICELLI, *Sanzioni amministrative tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, 2014.

più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo". Di conseguenza, la nuova legge sarà retroattiva se prevede una sanzione più favorevole, mentre non lo sarà se la sanzione è più grave⁶¹.

Ai sensi dell'art. 4 *"non può essere assoggettato a sanzione chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere"*.

Secondo la dottrina prevalente, la capacità di intendere viene associata all'idoneità del soggetto di rendersi conto dei comportamenti che concretamente pone in essere, mentre la capacità di volere viene ravvisata nella *"capacità di autodeterminazione"* del soggetto agente⁶².

Ai sensi dell'art. 5 *"nelle violazioni punite con sanzioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente o volontaria, sia essa dolosa o colposa"*. Ne deriva che l'illecito, per essere tale, richiede un comportamento (sia esso omissivo o commissivo) e un elemento psicologico soggettivo, quale la capacità di intendere e di volere ai fini dell'imputabilità ovvero del dolo e della colpa ai fini della colpevolezza. Il trasgressore viene punito, in questo modo, anche per aver tenuto un comportamento dettato da negligenza e non solo dalla mera volontarietà di porlo in essere⁶³.

Il principio di colpevolezza si basa, per la dottrina maggioritaria, sulla coscienza e sulla volontà nel porre in essere una violazione, a prescindere dal fatto che venga dimostrato che la condotta sia dolosa o colposa⁶⁴. Altri sostengono, invece, che il requisito della colpa estenda in modo eccessivo l'ambito dell'impunità⁶⁵.

L'art. 6 del D.Lgs. 472/1997 prevede cinque specifiche cause di non punibilità per il soggetto trasgressore⁶⁶: i) l'errore incolpevole sul fatto; ii) l'errore di diritto, dettato dalla mera ignoranza della legge tributaria valutata sulla base di un dato soggettivo; iii) l'incerta portata della legge tributaria, fondata sul dato oggettivo di incertezza della

⁶¹ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 317.

⁶² A. ZOCCALI, *Le sanzioni tributarie amministrative: principi generali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pag. 1008.

⁶³ A. ZOCCALI, in *Op. cit.*, pag. 1009.

⁶⁴ G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 373 ss.

⁶⁵ G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 110.

⁶⁶ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 317.

norma che regola la materia; iv) l'imputabilità ad un terzo della mancata contribuzione, ad esempio nel caso in cui venga dato l'incarico di pagare l'imposta ad un soggetto terzo che omette di farlo; v) la forza maggiore.

Si ritiene, inoltre, di particolare importanza quanto disposto dall'art. 7 comma 4, ai sensi del quale la misura della sanzione prevista in relazione ad un determinato comportamento deve essere proporzionata alla gravità della violazione realizzata a seguito di quel comportamento. In questo modo, l'obiettivo è evitare una eccessiva sproporzione tra entità del tributo a cui non si è contribuito e la sanzione di riferimento⁶⁷. Infine, ai sensi dell'art. 13, mediante il cd. "*ravvedimento operoso*", il contribuente può estinguere l'illecito commesso rimediando alla violazione pagando la sanzione in forma ridotta, oltreché le imposte e gli interessi⁶⁸.

2.2.2 Il principio di personalità

Dopo aver esaminato i principali principi introdotti con l'intervento normativo del 1997, merita attenzione un aspetto centrale della riforma, nonché di ampio interesse ai fini della presente dissertazione. Esso è rappresentato dall'art. 2 comma 2 del D.Lgs. n. 472/1997, ai sensi del quale "*la sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione*" e non a chi ne abbia tratto un vantaggio⁶⁹ (cd. "principio di personalità").

In questo modo, il Legislatore mira a imputare l'illecito alla persona fisica che materialmente ha commesso o concorso a commettere la violazione, con il fine ultimo di punirla nonché di rieducarla. Si può quindi affermare che "*il contribuente risponde del tributo; il trasgressore risponde della sanzione*", soggetti che talvolta possono coincidere l'uno con l'altro, ma che di norma sono tenuti distinti⁷⁰.

⁶⁷ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 317.

⁶⁸ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 327.

⁶⁹ G. RAGUCCI, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in AA.VV., *Per un nuovo ordinamento tributario*, a cura di C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA, CEDAM, 2019, pag. 1550.

⁷⁰ L. DEL FEDERICO, *Il principio di personalità*, in AA. VV. *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Giappichelli, Milano, 2000, pag. 11 ss.

Importanti innovazioni in relazione al principio di personalità sono state determinate dall'introduzione del D.Lgs. n. 231/2001, il quale ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa e anche penale delle società e degli enti collettivi in genere, nonché la cd. "colpa da organizzazione" (vedi *infra* Cap. 4 Sez. B, Par. 2.1), e dall'introduzione del D.L. n. 269/2003 convertito dalla L. n. 326/2003.

All'interno del D.L. n. 269/2003 si rinviene, ai sensi dell'art. 7, che "le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica". Di conseguenza, il Legislatore introduce il principio di riferibilità delle sanzioni amministrative anche alle società aventi personalità giuridica che hanno commesso una violazione in materia tributaria, ponendosi in deviazione con il principio di personalità come precedentemente inteso. Sulla base di tale disposizione (ad oggi) la persona giuridica è il soggetto che a fronte della violazione deve rispondere al pagamento della sanzione, senza possibilità di rivalersi sull'autore della violazione (diversamente da quanto precedentemente disposto dalla riforma del 1997).

Con il D.L. n. 269/2003 viene capovolto il brocardo "*societas delinquere non potest*", nel senso che il comportamento sanzionato non può che essere riferito ad una persona umana⁷¹, che ha caratterizzato la società fino a quel momento, in "*societas delinquere potest*"⁷² o ancora per meglio dire "*societas et socii delinquere possunt*"⁷³, in materia di sanzioni amministrative.

Il principio di personalità che caratterizza le sanzioni amministrative tributarie non viene abbandonato a seguito delle disposizioni contenute in tale Decreto Legge, in quanto esse non si estendono a tutte le sanzioni, ma solo a quelle relative al rapporto fiscale della società o di enti con personalità giuridica. Il criterio di personalizzazione e le disposizioni a esso relative continueranno ad applicarsi con riferimento alle persone fisiche che predispongono rapporti fiscali con soggetti diversi dalle persone giuridiche⁷⁴. In questo modo, per le violazioni relative al rapporto fiscale proprio delle

⁷¹ F. BATISTONI FERRARA, *Principio di personalità, elemento soggettivo e responsabilità del contribuente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, pag. 1510 ss.

⁷² G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 373 ss.

⁷³ A. GIOVANNINI, *Societas delinquere non potest? Sulla sanzioni tributaria amministrativa e sulla persona giuridica per una riforma sistematica*, reperibile sul sito www.unibocconi.it.

⁷⁴ A. ZOCCALI, *Le sanzioni tributarie amministrative: principi generali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, pag. 999.

società o enti eventi personalità giuridica, l'unico soggetto responsabile è la società medesima; mentre gli altri soggetti continua a trovare applicazione il principio di personalità ai sensi del D.Lgs. n. 472/1997.

Con l'intervento del Decreto Legge *de quo* rimangono applicabili, anche alle persone giuridiche, alcune delle disposizioni sancite nel D.Lgs. n. 472/1997. In particolare, le disposizioni ai sensi dell'art. 3, in termini del principio di legalità e di *favor rei*; le disposizioni in materia di concorso di persona, a fronte del quale in caso di illecito fiscale commesso da più persone, esse non saranno obbligate in solido, ma ognuna sarà responsabile della propria sanzione irrogata sulla base della condotta attuata⁷⁵; le disposizioni di continuazione, al momento in cui la violazione incorre in più periodi di imposta; le disposizioni in tema di ravvedimento operoso; o le disposizioni in materia di irrogazione delle sanzioni amministrative⁷⁶.

Si può, dunque, affermare che attualmente esiste un sistema dualistico o di “*doppio binario*”: uno in capo alle società e agli enti con personalità giuridica e uno in capo a tutti gli altri soggetti (persone fisiche, società di persone, enti non riconosciuti)⁷⁷.

Sulla base del principio di personalità, la dottrina si interroga sull'applicazione di alcuni principi generali in materia di sanzioni amministrative tributarie. In particolar, la dottrina si interroga in relazione alla possibile applicazione del principio di proporzionalità della sanzione, integrato all'applicazione delle norme in materia del regime di adempimento collaborativo, che mirerebbe a un duplice intervento di riduzione della sanzione a beneficio del contribuente.

Ma non solo, secondo la dottrina, se fosse stato salvaguardato il principio di colpevolezza verso le società o enti di ogni tipo si sarebbe incentivata la prevenzione (piuttosto che indebolita) verso gli illeciti tributari anche in capo a questi soggetti. L'indebolimento delle tecniche di prevenzioni dell'illecito comporta non solo il

⁷⁵ R. CORDEIRO GUERRA, *Concorso di persone ed autore mediato nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2000, pag. 394 ss.

⁷⁶ G. MARONGIU, in *Op. cit.*, pag. 373 ss.

⁷⁷ F. TESAURO, in *Op. cit.*, 2019, pag. 316.

depotenziamento del diritto punitivo, ma anche indebolimento degli istituti giuridici che hanno lo scopo di favorire le forme di collaborazione tra Fisco e contribuente⁷⁸.

Inoltre, ai sensi dell'art. 6 comma 3 del D.Lgs. n. 128/2015 è prevista una riduzione delle sanzioni con riferimento a violazioni comprese nei rischi fiscali rilevati e comunicati in modo tempestivo all'Agenzia delle Entrate, prima della presentazione delle dichiarazioni, ma in questo modo potrebbe rilevarsi l'assenza di volontà dell'illecito realizzato. Così, secondo la dottrina, se il legislatore avesse fatto aderire in modo migliore le novità normative introdotte al carattere punitivo della sanzione, la fattispecie avrebbe avuto una possibile qualificazione diversa e si sarebbe potuta collegare "la mancanza dell'elemento costitutivo della colpevolezza alla non punibilità del fatto"⁷⁹.

2.3 La distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale

Per potersi addentrare in tema di normativa di contrasto al fenomeno dell'evasione fiscale e partendo dal presupposto che ad ogni violazione delle norme di diritto tributario è accompagnata una relativa sanzione (vedi *infra* Par. 2.2), è necessario fare il punto sulla tipologia di illecito in cui si può incorrere.

Si fa riferimento alla distinzione tra gli illeciti amministrativi e gli illeciti penali, tenendo presente che alla relativa tipologia di illecito è correlata la sua tipologia di sanzione.

Di conseguenza, gli illeciti penali si possono riconoscere dal *nomen* della sanzione di riferimento, permettendo, così, di distinguerli dagli illeciti amministrativi e di catalogarli in delitti o in contravvenzioni a seconda della sanzione prevista dal codice penale e su applicazione dell'autorità giudiziaria⁸⁰.

Riassumendo quanto riportato nei paragrafi precedenti, le sanzioni amministrative irrogate dall'Amministrazione finanziaria, invece, erano precedentemente regolate sulla base del sistema della L. n. 4/1929 e avevano da un lato natura risarcitoria in percentuale

⁷⁸ G. RAGUCCI, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in AA.VV., *Per un nuovo ordinamento tributario*, a cura di C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA, CEDAM, 2019, pag. 1554.

⁷⁹ G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 1552.

⁸⁰ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 313.

al danno arrecato per il mancato pagamento del tributo⁸¹, dall'altro presentavano un carattere afflittivo caratterizzato dalla pena pecuniaria in sé. Il sistema è stato poi radicalmente riformato con il D.Lgs. n. 472/1997, che ha segnato il passaggio a quella che oggi è la sua natura afflittiva, intesa come caratteristica della sanzione che tende a punire il soggetto trasgressore, dando così pieno rilievo all'elemento soggettivo qualificato nel dolo o nella colpa. Nel 2003 è poi stato introdotto, sulla base di un sistema dualistico, il principio di separazione tra persona fisica e persona giuridica che commette la violazione, ritenendo che questa con conseguente sanzione amministrativa, se commessa dall'ente o dalla società, sarà esclusivamente a carico della persona giuridica⁸².

Si può, quindi, affermare che le sanzioni amministrative, che si sostanziano in una misura di carattere pecuniario, vanno a toccare il portafoglio, mentre le sanzioni penali vanno a toccare la libertà personale del soggetto che ha commesso la violazione.

In relazione al fenomeno di evasione fiscale, la differenza tra l'applicabilità dell'ambito amministrativo o dell'ambito penale è da considerarsi in base alla previsione delle cd. "*soglie quantitative di punibilità*" previste dal D.Lgs. n. 74/2000 e definite ai sensi della lett. g dell'art. 1.

Il reato tributario risulta in questo modo "speciale" rispetto all'illecito amministrativo proprio perché si realizza nel momento in cui si superano certe soglie di punibilità e, dunque, il collegamento tra ambito amministrativo e ambito penale tributario sta esattamente nell'ammontare dell'evasione. Se la determinazione del *quantum* supera la soglia quantitativa di punibilità scatterà la sanzione penale, mentre se non supera tale soglia l'illecito rimarrà di natura amministrativa senza ripercussioni sulla libertà personale.

A mente del Legislatore, la soglia quantitativa di punibilità, in termini di evasione, circuisce le condotte connotate da una carica offensiva tale che l'applicazione di una mera sanzione amministrativa risulterebbe insufficiente al ripristino dell'ordine violato. Una volta compreso il sistema sanzionatorio e le due tipologie di illecito, appare necessario descrivere quali condotte comportano un mancato rispetto delle norme

⁸¹ G. MARONGIU, *La nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, pag. 264.

⁸² F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 315 ss.

tributarie e tali per cui si possa parlare di realizzazione del fenomeno di evasione fiscale, previste dal D.Lgs. n. 74/2000. Il contenuto di questo decreto legislativo, con riferimento alle sanzioni e alle soglie quantitative di punibilità, è stato oggetto di una recente modifica intervenuta a seguito dell'introduzione del D.L. n. 124/2019 e dalla conseguente L. n. 157/2019. La modifica ha contribuito alla riscrittura del sistema sanzionatorio tributario mediante un inasprimento delle sanzioni e un abbassamento delle soglie di punibilità⁸³.

Ai sensi dell'art. 4, si considera reato di dichiarazione infedele l'apposizione di elementi attivi o passivi fittizi nella dichiarazione tale da comportare il superamento della soglia quantitativa di 100.000 euro, ai fini di imposta evasa (prima prevista in 150.000 euro), e l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione superiore a 2 milioni di euro (prima prevista a 3 milioni di euro). Il superamento di queste due soglie comporta lo scatto da illecito amministrativo ad illecito penale con previsione della pena di reclusione da 2 a 4 anni e sei mesi (prima prevista da 1 a 3 anni).

Ai sensi dell'art. 5, l'omessa dichiarazione è punita quando l'imposta non dichiarata supera i 50.000 euro e non muta rispetto alla soglia prevista precedentemente alla modifica. Qualora si superi la soglia prevista scatta, anche in questo caso, l'illecito penale con reclusione da due a cinque anni (precedentemente prevista da un anno e sei mesi a quattro anni). Essendo una dichiarazione che non viene presentata del tutto non è possibile determinare la soglia quantitativa di punibilità in base agli elementi attivi da dichiarare e quelli effettivamente dichiarati dal contribuente⁸⁴.

Ai sensi dell'art. 8, è prevista l'emissione di fatture false o di altri documenti per operazioni inesistenti (vedi *infra* Par. 1). Il reato si realizza nel momento in cui l'importo è inferiore a 100.000 euro e la reclusione è prevista da un anno e sei mesi a sei anni; se, invece, l'importo supera i 100.000 la cornice edittale sale da quattro a otto anni. Da tenere presente come l'emissione di fatture false sia un reato tenuto distinto da un altro tipo di reato che è quello dell'utilizzo di fatture false (art. 2, D.Lgs. 74/2000), non vi è dunque concorso tra i reati in questione⁸⁵.

⁸³ P. CORSO, *Contrasto all'evasione fiscale: la Guardia di Finanza disegna la strada*, in *Ipsos Quotidiano*, 2020, pag. 4

⁸⁴ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 336.

⁸⁵ F. TESAURO, in *Op. cit.*, pag. 337.

Oltre a queste condotte ve ne sono delle altre (disciplinate nel D.Lgs. 74/2000) quali, ad esempio, l'occultamento o la distruzione di documenti contabili (art. 10) e l'omesso versamento e l'indebita compensazione (art. 10-*bis*), per le quali è prevista sempre una certa soglia quantitativa di punibilità tale da far scattare il passaggio da illecito amministrativo ad illecito penale con conseguenti sanzioni.

L'assetto normativo volto al contrasto di questi comportamenti, che sfociano nel fenomeno di evasione fiscale, diventa uno strumento di "*perequazione sociale*" alla base del rapporto tra Fisco e contribuente⁸⁶. Il comportamento evasivo porta alla lesione del rapporto che intercorre tra Fisco e cittadino contribuente corretto, che è del tutto consapevole che l'elevata pressione fiscale è dovuta in gran parte dalla persistenza di comportamenti illeciti e dalla non collaborazione con lo Stato. Ed è proprio perché lede questo rapporto che, mediante due strumenti in particolare (modello organizzativo ex art. 6 del D.Lgs. 231/2001 e il regime di adempimento collaborativo) si cerca di prevenire il fenomeno dell'evasione fiscale.

Il rapporto che lega i due soggetti, Fisco e contribuente, in questo contesto, deve mirare ad una certa solidarietà economica che la Costituzione italiana rileva quale dovere inderogabile (ex art. 2 Cost.) e che deve essere assicurata proprio mediante la presenza di più aspre sanzioni, di natura amministrativa o penale.

2.3.1 La posizione della Dottrina

Come accennato precedentemente, il D.Lgs. n. 74/2000 è stato oggetto di recenti modifiche ad esso apportate dall'urgente D.L. n. 124/2019, che irrompe improvvisamente nell'ordinamento, e convertito in Legge n. 157/2019.

L'introduzione di questa Legge cd. "*spazza evasori*", la quale comporta un irragionevole aumento dei limiti edittali delle pene e una estensione circa il campo di operatività in sola ottica di deterrenza del fenomeno di evasione fiscale, non passa di

⁸⁶ P. CORSO, in *Op. cit.*, pag. 4

certo inosservata agli occhi della dottrina che muove diverse considerazioni a riguardo⁸⁷.

In primo luogo, secondo la dottrina, si è di fronte ad una legge di conversione di un decreto la cui entrata in vigore viene differita alla sua stessa data di pubblicazione, ai sensi dell'art. 39 comma 3 del D.L. n. 124/2019. In base a ciò i profili valutati in dottrina sono:

- a) L'idoneità del Decreto Legge quale fonte di diritto penale: a tal proposito, in dottrina, prevale la tesi negativa. Essa, infatti, non considera incluso il decreto *de quo* al novero delle fonti di diritto penale in quanto sostiene che la normazione penale non può essere dettata dall'impulsività del momento e dal conseguente bisogno di punire, ma necessita di ampia ponderatezza soprattutto con riferimento all'aspetto costituzionale della materia⁸⁸.
- b) La legittimità costituzionale di un decreto, che postula la sua entrata in vigore solo con la successiva legge di conversione ed emanato fuori dai casi di straordinaria necessità e urgenza: il fatto che venga procrastinata l'entrata in vigore del decreto determina già di per se un profilo di illegittimità costituzionale ex art. 77, comma 2, Cost., proprio perché per definizione il Decreto Legge essere oggetto di immediata applicazione sulla base delle condizioni per la sua emanazione, i.e. "*straordinaria necessità ed urgenza*". L'illegittimità non investe soltanto il Decreto Legge, ma anche la stessa legge di conversione e sul punto è ormai consolidata la giurisprudenza⁸⁹. La dottrina definisce il fenomeno come "*stravolgimento del corretto procedimento costituzionalmente sancito di immissione delle norme nell'ordinamento giuridico*"⁹⁰.

Ulteriori perplessità, mosse dalla dottrina, riguardano lo spropositato e irrazionale aumento delle pene senza dosare l'apparato sanzionatorio che viene irrogato di fronte ad un fenomeno di evasione fiscale, nonché l'irragionevolezza della previsione di soglie

⁸⁷ G. FLORA, *Dalla "spazza corrotti" alla "spazza evasori". Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, n. 1/2020, pag. 253.

⁸⁸ G. FLORA, *Le recenti innovazioni in materia di reati tributari: profili di illegittimità costituzionale*, in *Rass. trib.*, n. 2/2020, pag. 330 ss.

⁸⁹ Corte Cost., 12 gennaio 1995, n. 29; Corte Cost., 9 maggio 2017, n. 171; Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 128. Cfr. G. FLORA, *Le recenti innovazioni in materia di reati tributari: profili di illegittimità costituzionale*, in *Rass. trib.*, n. 2/2020, pag. 333.

⁹⁰ G. FLORA, in *ibidem*.

quantitative di punibilità che integrano la fattispecie delittuosa sia che tale soglia venga superata, sia che non si superi. Si fa riferimento alla previsione ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 74/2000, che prevede delle soglie quantitative di punibilità come circostanza attenuante ad effetto speciale.

Si ritiene dunque che, in questo modo, le sanzioni siano totalmente sconnesse dalla condotta e siano intese con la sola *ratio* di fare cassa⁹¹, soprattutto se si volge lo sguardo verso quelle amministrative.

È bene tener presente che ad oggi, l'apparato sanzionatorio tributario è caratterizzato dall'autonomia tra la funzione repressiva e la funzione di accertamento, abbandonando la logica della dipendenza dell'accertamento dalla constatazione di illeciti tributari. In questo modo il sistema sanzionatorio viene attribuita una funzione sussidiaria all'accertamento e alla riscossione del tributo, ponendosi in un'ottica differente rispetto ai primi anni venti in cui si parlava di funzione di strumentalità, ossia che era la funzione repressiva ad attivare la funzione di accertamento determinando un rapporto di connessione nonché di dipendenza tra le due funzioni in gioco⁹².

Sulla base della logica attuale della funzione di sussidiarietà del sistema sanzionatorio tributario, la dottrina da valutazione positiva. Esso permette di mantenere una autonomia tra la funzione repressiva e la funzione di accertamento, che non possono sovrapporsi ma solo essere l'una complementare all'altra⁹³.

3. Il concetto di “elusione fiscale” e “abuso del diritto”: nozione e introduzione storica dell'istituto

In un contesto come quello attuale, caratterizzato dall'incertezza in ambito fiscale e dalla continua evoluzione dell'assetto normativo reso sempre più di difficile applicazione e interpretazione, accrescono gli oneri in capo all'Amministrazione finanziaria, sia a sostegno dell'attività di accertamento che questa deve compiere verso

⁹¹ Cfr. G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”. Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, n. 1/2020.

⁹² M. BASILAVECCHIA, *Funzione di accertamento tributario e funzione repressiva: i nuovi equilibri (dalla strumentalità alla sussidiarietà)*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2005, pag. 4 ss.

⁹³ M. BASILAVECCHIA, in *ibidem*.

il contribuente, sia a supporto dell'attività svolta dal contribuente⁹⁴. Le problematiche non nascono esclusivamente dall'incertezza normativa, ma anche dal comportamento del contribuente che sfrutta e alimenta la condizione di incertezza e ambiguità della legislazione attraverso comportamenti illeciti, ad esempio sempre più frequente è la realizzazione di pianificazioni fiscali aggressive.

In merito a quanto detto, uno degli istituti che cresce sempre più di importanza sia nel panorama nazionale, sia in quello sovranazionale è quello dell'abuso del diritto (o elusione fiscale). È obiettivo, infatti, di tutti i Paesi di agire per contrastare la pratica abusiva, che non solo concorre a danneggiare la collettività, ma realizza anche condizioni di disparità e divario sociale tra i contribuenti.

Il verbo “eludere” significa evitare, sfuggire da qualcosa o aggirare e dunque, diversamente dall'evasione, l'elusione fiscale consiste in quel comportamento tenuto dal soggetto passivo di imposta conforme a quanto prescritto dalla legge, ma che gli consente di evitare di incorrere nell'applicazione della disposizione a lui più onerosa⁹⁵. A tal proposito, si può parlare di un comportamento attuato in netto contrasto alle regole di buona fede oggettiva (che mira al giudizio in termini di “*correttezza della condotta*”⁹⁶) e di affidamento, tenuto ai danni dello Stato e contro le finalità che lo Stato stesso mira a proteggere⁹⁷.

L'elusione fiscale si differisce dall'evasione fiscale perché non determina una violazione, ma un aggiramento delle norme, tanto che il comportamento posto in essere è conforme alla lettera della legge, ma non alla sua *ratio*⁹⁸. Di conseguenza, colui che elude, abusa anche della norma stessa e realizza vantaggi fiscali indebiti; se invece non eludesse, realizzerebbe un legittimo risparmio di imposta (vedi *infra* Par. 3.1).

Con l'art. 1 del D.Lgs. n. 128/2015 (cd. “*Certezza del diritto*”), in attuazione della legge delega n. 23/2014, il legislatore ha definito meticolosamente le condotte abusive mediante l'inserimento dell'art. 10-*bis* (rubricato “*Disciplina dell'abuso del diritto o*

⁹⁴ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 36 ss.

⁹⁵ M. PROCOPIO, *L'abuso del diritto (o elusione di imposta): una riforma da ripensare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2019, pag. 1446.

⁹⁶ Come sostenuto da U. NATOLI, cfr. A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 3/2016, pag. 904.

⁹⁷ A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 3/2016, pag. 896; F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, n. 6/2015, pag. 1327.

⁹⁸ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 250.

elusione fiscale”) nella Legge n. 212/2000 (cd. “*Statuto dei diritti del contribuente*”). Prima, però, di compiere un’*esegesi* della norma in parola, si ritiene opportuno delineare una breve introduzione storica per comprenderne lo sviluppo e il rilievo che ha avuto l’istituto nel corso degli anni.

L’esigenza nell’ordinamento italiano di respingere il fenomeno di abuso del diritto, dotando il sistema di una sua definizione di portata generale, non risale solo in tempi recenti.

A livello domestico, il concetto di abuso discende dalle regole contemplate nel Codice Civile in relazione all’art. 833 sugli atti emulativi, all’art. 1175 sul comportamento attuato secondo correttezza nonché all’art. 1375 sul concetto di buona fede⁹⁹. Ma la prima vera e propria qualificazione legislativa sul comportamento abusivo, quale clausola antielusiva, prese le mosse con l’art. 10 della Legge n. 408/1990, ai sensi del quale “*è consentito all’Amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione d’azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d’imposta*”. Venne introdotta, così, una definizione di comportamento abusivo, qualificabile come fiscalmente illecito, volto ad ottenere un risparmio di imposta, ma la sua portata fu alquanto limitata.

L’aspetto problematico, sottolineato dalla dottrina, veniva inquadrato nell’impossibilità di applicare, ai fini fiscali, l’art. 1344 del Codice Civile, sul contratto in frode alla legge. Emergeva, dunque, la necessità di ricercare un principio generale estrapolabile dall’ordinamento per poter rendere inopponibile il negozio al Fisco o per determinarne direttamente la sua nullità¹⁰⁰. Le conseguenze messe in luce consistevano nel fatto che, solo nei casi espressamente previsti dalla legge, si potevano qualificare delle operazioni come elusive/abusiva e che mediante il ricorso allo strumento dei contratti atipici ex art. 1322 del Codice Civile si poteva sfuggire all’applicabilità della norma antielusiva¹⁰¹.

⁹⁹ A. GIOVANNINI, *L’abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 3/2016, pag. 899.

¹⁰⁰ F. GALLO, *L’abuso del diritto in materia fiscale nell’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rass. trib.*, n. 4/2016, pag. 839.

¹⁰¹ F. GALLO, in *ibidem*.

Così, per il suo limitato ambito di applicazione, per le difficoltà in sede di prova connesse al concetto del comportamento da esso delineato e per il non essere riuscito a contrastare il fenomeno di abuso, l'art. 10 della Legge n. 408/1990 fu sostituito con l'art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 (ora abrogato).

Ai sensi dell'art. 37-bis “sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzione d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”¹⁰². Con l'introduzione di questa nuova clausola generale antielusiva venne ampliato l'ambito di applicazione della fattispecie (pur rimanendo l'elencazione tassativa nel comma 3 dell'articolo) e, inoltre, furono rese inopponibili all'Amministrazione finanziaria non solo le operazioni prive di sostanza economica volte ad ottenere un risparmio d'imposta, ma anche quelle volte a eludere divieti e obblighi previsti per legge.

Nonostante l'assenza di una clausola generale espressa in materia di abuso/elusione, la giurisprudenza tributaria affermò la vigenza di un principio anti abuso “immanente” e, nel 2005, ne ravvisò un fondamento positivo nell'art. 1344 del Codice Civile, ai sensi del quale “è nullo, per illiceità di causa, il contratto che costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”¹⁰³.

Nel 2006 la giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la famosa sentenza “Halifax”¹⁰⁴, affermò come “il soggetto passivo dell'Iva non ha il diritto di detrarre l'imposta assolta a monte quando vengono poste in essere operazioni che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle norme, procurano un vantaggio fiscale la cui concessione è contraria all'obiettivo perseguito da quelle disposizioni ed hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”¹⁰⁵. In questo modo, la giurisprudenza comunitaria applicò alla fiscalità il principio, già affermato in altri

¹⁰² I casi a cui si applicava tale disposizione erano “le operazioni straordinarie di trasformazione, fusione, scissione, liquidazione volontarie e le distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; i conferimenti in società e i negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende”. Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 250.

¹⁰³ La giurisprudenza aveva, infatti, ritenute nulle le operazioni di “dividend shipping” nonché i contratti di “dividend washing” (Cass., 14 novembre 2005, n. 22932; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398). Cfr. F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2012, pag. 697.

¹⁰⁴ Corte di giustizia, Grande sezione, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 1016.

¹⁰⁵ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 251.

settori del diritto comunitario, secondo il quale nessun soggetto può ricorrere abusivamente alle norme comunitarie¹⁰⁶, in ottica di fedeltà reciproca nel rapporto tra Fisco e contribuente. Estese, inoltre, l'applicabilità del principio anche alle imposte non armonizzate e la giurisprudenza italiana desunse l'applicabilità interna del principio sovranazionale sostenendo, inoltre, come qualsiasi atto o comportamento di per sé elusivo, pur non rientrando nelle categorie dell'art. 37-*bis*, sia da considerare come tale e non legittimo solo perché non rientrante nei casi tassativi previsti¹⁰⁷.

L'applicazione del principio sovranazionale alle imposte non armonizzate fu giudicata una azione poco convincente da parte della dottrina più autorevole. Così, la giurisprudenza italiana, nonostante si fosse già pronunciata sull'immanenza del principio antiabuso, cercò un fondamento positivo riferito a tutte le operazioni indistintamente e lo ravvisò non più nel principio comunitario, ma nel principio costituzionale di capacità contributiva e progressività ex art. 53 Cost¹⁰⁸.

Con le sentenze nn. 30055 e 30057 del 2008 le Sezioni Unite affermarono come fosse insito nel nostro ordinamento costituzionale il principio secondo cui il contribuente non possa conseguire vantaggi fiscali indebiti mediante "uso distorto" di strumenti giuridici, purché tale condotta non sia in contrasto con una specifica disposizione¹⁰⁹. In questo modo, la Corte applicò a tutte le imposte (anche quelle non armonizzate) tale principio generale antiabuso ricavato dalla Costituzione. La parte di dottrina che non condivideva tale impostazione, rilevava invece nell'art. 41 Cost. il fondamento positivo in materia di abuso del diritto, il quale stabilisce la libertà di iniziativa economica, ma ne appone il limite del contrasto con l'utilità sociale¹¹⁰.

A questo punto, però, si era in presenza sia dell'art. 37-*bis*, sia della clausola generale antiabuso di elaborazione giurisprudenziale.

¹⁰⁶ F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2012, pag. 697.

¹⁰⁷ F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rass. trib.*, n. 4/2016, pag. 844.

¹⁰⁸ F. GALLO, in *Op. cit.*, pag. 844 ss.; F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2012, pag. 696 ss.

¹⁰⁹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 252.

¹¹⁰ P. RUSSO, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 1/2016, pag. 6; altre motivazioni si rinvencono in S. LA ROSA, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1/2010, pag. 785; M. BEGHIN, *Poche luci e tante ombre giurisprudenziali in materia di elusione e abuso del diritto nelle imposte sui redditi*, in *Boll. Trib.*, 2009, pag. 997.

3.1 Il profilo attuale dell'istituto ex art. 10-bis della L. 212/2000

Ai sensi dell'art. 10-bis dello Statuto, si configurano come elusive “*le operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*”.

Sono tre gli elementi che connotano la figura di abuso¹¹¹: i) l'assenza di sostanza economica delle operazioni; ii) la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; iii) il vantaggio come obiettivo principale dell'operazione.

Combinando questi presupposti si può affermare che la condotta abusiva risulta inopponibile all'Amministrazione finanziaria; tale condotta determina l'inefficacia ai fini tributari del negozio realizzato dal contribuente, ma non la sua nullità¹¹².

Inoltre, si determina abuso se, tramite la condotta realizzata, si ottiene il conseguimento di un vantaggio indebito; quindi, nel momento in cui la condotta fuoriesce dal confine del legittimo risparmio di imposta, si cade nell'abuso che si arresta nel momento in cui si presentano i presupposti necessari per poter parlare di mera evasione¹¹³ (infatti, ex comma 12 dell'art. 10-bis, se la condotta comporta la violazione di specifiche norme non si può parlare di abuso¹¹⁴).

La L. n. 23/2014, attribuendo delega al Governo di riformare il sistema fiscale nazionale di modo da renderlo più trasparente, orientato alla *tax compliance* e alla crescita economica del Paese, ha previsto una maggiore attenzione alla collaborazione necessaria che è caratteristica del rapporto tra Fisco e contribuente. Ciò ha condotto anche a un maggior sviluppo della disciplina dei controlli, tale da orientarli soprattutto verso quei soggetti che presentano elevati livelli di rischio o che non sono dotati di un idoneo *Tax Control Framework*. In questo modo si consente di identificare i contribuenti che agiscono nel rispetto degli obblighi fiscali, contrastando coloro che pongono in essere un comportamento deleterio per la crescita economica del Paese.

¹¹¹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 39 ss.

¹¹² G. MARINO, in *ibidem*.

¹¹³ A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 3/2016, pag. 906 ss.

¹¹⁴ A. CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2016, pag. 1413.

Con l'avvento di questo nuovo articolo, così, l'obiettivo principale del legislatore è stato proprio quello di delimitare i confini della clausola antiabuso cercando di attuare maggiore certezza nel quadro normativo, aiutando l'interprete a riconoscere quando si trova di fronte ad un comportamento che presenta i connotati dell'abusività, cercando di ridurre l'astrattezza della sua nozione e di far sì che l'Amministrazione finanziaria possa esercitare i suoi poteri sulla base di linee guida più definite. Così, si è passati da una prima definizione ristretta di abuso/elusione visti esclusivamente come condotte di aggiramento ad una definizione più generale di condotta abusiva realizzata in termini di economicità e di utilizzo di forme giuridiche diverse, fino ad arrivare a far coincidere l'abuso con l'"uso distorto" di strumenti giuridici con lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale¹¹⁵, che si qualifica come indebito.

In particolare, al legislatore delegato veniva chiesto di dare una definizione precisa di "assenza di sostanza economica" e di "realizzazione di un vantaggio fiscale indebito". In questo modo, pur presentando una definizione più precisa, l'articolo in questione continua a trovare fonte nel principio ex art. 53 Cost¹¹⁶.

Di conseguenza, sono considerate come operazioni prive di sostanza economica "*i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*". In tal senso, ad esempio, sono indici di mancanza di sostanza economica la non coerenza con il fondamento giuridico delle operazioni realizzate o l'utilizzo di strumenti giuridici in maniera non conforme alle logiche di mercato¹¹⁷.

Sono considerati, invece, vantaggi fiscali indebiti "*i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*". In questo modo, la violazione della *ratio* delle norme o dei principi dell'ordinamento deve considerarsi come presupposto oggettivo ai fini di distinzione tra legittimo risparmio di imposta e condotta elusiva. Il conseguimento del vantaggio fiscale indebito deve risultare lo scopo primario che ha fatto sì che il soggetto realizzasse quella condotta precisa¹¹⁸.

¹¹⁵ F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rass. trib.*, n. 4/2016, pag. 848.

¹¹⁶ F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, n. 6/2015, pag. 1330 ss.

¹¹⁷ A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 3/2016, pag. 902.

¹¹⁸ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 41.

Non si considerano abusive, invece, le operazioni giustificate da valide ragioni extra fiscali che sono rivolte a raggiungere miglioramenti nell'impresa o nell'attività professionale (ex comma 3 art. 10-bis).

Si può dedurre come l'indebito sia elemento costitutivo dell'abuso del diritto ai sensi del comma 4 in quanto “*resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra i regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*”¹¹⁹.

Inoltre, in termini sanzionatori, l'art. 10-bis comma 13 stabilisce che “*le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative*”. In questo modo, viene messo un punto all'incertezza che avvolgeva la giurisprudenza sancendo l'irrilevanza della sanzione penale sulla condotta elusiva e viene confermata l'applicazione della sola sanzione amministrativa¹²⁰.

Ma, ad oggi, resta da capire quali sono gli strumenti più recenti in materia di contrasto all'abuso del diritto o all'elusione fiscale, se vi sono stati sviluppi in merito alla disciplina del fenomeno e come questo possa introdursi in un panorama di *corporate tax governance*.

In particolare, un risvolto rilevante si è avuto con il recepimento in Italia della Direttiva UE 25 maggio 2018, n. 2018/822 (cd. “DAC 6”) attraverso il D.Lgs. n. 100/2020, a cui si deve l'introduzione di un nuovo obbligo di trasparenza e di comunicazione per i contribuenti volto a ridurre l'asimmetria informativa che spesso caratterizza i suoi

¹¹⁹ Un'esemplificazione pratica del fenomeno si rinviene nel contributo di A. CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2016, pag. 1423, con il pedaggio autostradale: si differenzia il soggetto che per attraversare due località sceglie di prendere una strada più tortuosa piuttosto che pagare il pedaggio, da chi usi una autoambulanza per trasportare le merci in autostrada sapendo che queste non sono tenute al pagamento del pedaggio. Nella prima ipotesi si giustifica un legittimo risparmio d'imposta, mentre nella seconda ipotesi il risparmio sul pedaggio contrasta con la ratio dell'esenzione per le autoambulanze che svolgono soccorso e si cataloga così un risparmio indebito e non più legittimo.

¹²⁰ Importante sul punto è ancora una volta la sentenza “*Halifax*” a seguito della quale viene stabilito come il comportamento elusivo possa essere oggetto di sanzione solo se sussiste “*un fondamento normativo chiaro e univoco*” a riguardo.

Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 258; P. RUSSO, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 1/2016, pag. 14; F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2012, pag. 692.

rapporti con l'Amministrazione finanziaria e che d'altro canto non è passata completamente inosservata.

La DAC 6 si sviluppa in coerenza con l'Action 12 relativo alle “*Mandatory Disclosures Rules*” del Progetto BEPS e se ne rinviene una correlazione con l'art. 86 della Legge di Bilancio 2020 rubricato “*Analisi del rischio*”, per il quale è previsto che l'Agenzia delle Entrate possa avvalersi dei dati contenuti nelle banche dati (previa “*pseudonimizzazione*”) con lo scopo di individuare i rischi che conducano all'emersione di posizioni che necessitano di un controllo¹²¹.

Con la Direttiva, quindi, viene introdotto in prima battuta in capo ai professionisti e agli intermediari e in seconda battuta ai contribuenti l'obbligo di comunicare alle Amministrazioni finanziarie i diversi meccanismi transfrontalieri che consentono l'emersione del fenomeno di pianificazione fiscale aggressiva, con lo scopo di contrastarlo, incentivando la *compliance* e creando più equità a livello di tassazione dei contribuenti. In altre parole, per fare in modo che le Amministrazioni finanziarie abbiano l'opportunità di esaminare preventivamente la condotta del contribuente e di decidere prontamente sul da farsi per contrastarla¹²², viene richiesto a questi soggetti di comunicare i dati sensibili nel momento in cui sorge il sospetto circa la realizzazione di operazioni potenzialmente abusive. Si evidenziano, però, le prime perplessità circa i termini utilizzati nella frase anzidetta e cioè il “sospetto” circa l'operazione e il suo essere “potenzialmente” abusiva, termini che messi insieme stonano particolarmente.

Ma non è finita qui: ai fini della Direttiva, per comprendere quando si possa parlare di “abuso”, i meccanismi transfrontalieri devono essere caratterizzati dalla presenza di elementi distintivi (cd. “*Hallmarks*”), classificati in diverse categorie e definiti nel D.Lgs. n. 100/2020 come “*indici di rischio di elusione o evasione fiscale*”, i quali sono finalizzati a far comprendere quando una posizione possa effettivamente qualificarsi come abusiva. Questi elementi distintivi, però, vengono ulteriormente rimessi al Ministero dell'Economia e delle Finanze che, con apposito decreto attuativo, dovrà farne una più puntuale e precisa ricognizione.

¹²¹ A. CARINCI, *Fisco e privacy: storia infinita di un apparente ossimoro*, in *Il Fisco*, n. 46/2019, pag. 4407 ss.

¹²² G. MARINO, *Professionisti e pianificazione aggressiva. Ora non è tempo di “DAC 6”: attuazione da rinviare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2020, pag. 1625 ss.

Perplessità, dunque, sorgono anche in quelli che sono i parametri per riconoscere i connotati di abusività di una specifica operazione e, in un'ottica di contraltare, si può sostenere che probabilmente delle specificazioni ulteriori così precise e numerose contribuiranno ad aumentare l'incertezza e a creare confusione tra i soggetti in gioco. Inoltre, nel panorama di *corporate tax governance* arricchito dal recente D.Lgs. n. 157/2019 e dallo strumento del *whistleblowing*, particolari dubbi sorgono in merito alla previsione nel Decreto dell'esonero del professionista dall'obbligo di informare l'Amministrazione finanziaria qualora possa conseguire una sua responsabilità penale¹²³.

Si può ritenere, in conclusione, che sicuramente lo scambio di informazioni previsto dalla DAC 6 si possa annoverare tra gli strumenti di *tax compliance* tra Fisco e contribuente, collocato come strumento di responsabilizzazione dei soggetti coinvolti in relazione alle proprie scelte di natura fiscale¹²⁴.

D'altro canto, però, in un'epoca come quella attuale fortemente compromessa dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, uno strumento come questo può aggiungere vincoli e specificazioni molto forti che comportano lo sviluppo di preoccupazioni in tema di certezza nei rapporti tra Fisco e contribuente, nonché l'incremento di costi della *compliance* in misura sproporzionata rispetto ai risparmi che conseguono al corretto adempimento degli obblighi fiscali. Sarebbe, quindi, auspicabile un migliore e secco intervento sulla disciplina, volta a contrastare il fenomeno elusivo, che consenta di individuarne la portata oggettiva e soggettiva dello strumento senza aumentare le criticità e le incertezze in ottica di abuso.

Nel capitolo seguente si analizzeranno i vari strumenti che, fino ad oggi, possono essere predisposti in tema di *tax compliance*, tornando anche sul punto appena affrontato della Direttiva "DAC 6".

¹²³ G. MARINO, in *ibidem*.

¹²⁴ G. SELICATO, *Le comunicazioni preventive secondo la Direttiva 822/2018/UE: dalla "collaborazione incentivata" agli "obblighi di disclosure"*, in *Rass. trib.*, n. 1/2019, pag. 132.

CAPITOLO IV

LA GESTIONE DEL RISCHIO FISCALE

Sezione A

Gli strumenti volti alla prevenzione e alla gestione dei rischi fiscali

SOMMARIO: 1. La pianificazione fiscale internazionale. – 1.1 La pianificazione fiscale aggressiva. – 1.1.1 Il rapporto tra la pianificazione fiscale aggressiva e le pratiche di abuso/elusione fiscale. – 1.1.2 Esempi pratici dello schema di pianificazione fiscale aggressiva. – 1.2 La normativa di contrasto: il ruolo dell'OCSE. – 1.3 La normativa di contrasto: il ruolo dell'Unione Europea e dell'Italia. – 1.3.1 Il sistema delle Direttive "DAC": la cd. "DAC 6". – 2. Il *Tax Whistleblowing*. – 3. Il regime di adempimento collaborativo: generalità. – 3.1 I programmi di *Cooperative Compliance* negli altri ordinamenti. – 3.2 Il recepimento in Italia del regime di adempimento collaborativo: la L. n. 23/2014 e il D.Lgs. n. 128/2015. – 3.3 Profili di attualità: il cd. "Piano Colao". – 3.4 I requisiti di accesso. – 3.4.1 Il *Tax Control Framework*. – 3.5 L'ammissione al regime e lo svolgimento della procedura. – 3.6 Gli effetti del regime. – 3.7 Le cause di esclusione e di interruzione del regime e la revoca. – 4. L'interpello sui nuovi investimenti: D.Lgs. n. 147/2015. – 5. Riflessioni conclusive.

In un contesto come quello attuale, sia nazionale sia internazionale, caratterizzato da una forte intensificazione delle relazioni economiche nonché dall'incertezza normativa, vi sono strumenti a cui si attribuisce un ruolo cardine in materia fiscale, soprattutto in ottica di aderenza al principio di antiabuso e di risoluzione preventiva delle controversie che possono sorgere tra Fisco e contribuente-imprese.

Di conseguenza, incentivare sempre più la *compliance* fiscale fa sì che, innanzitutto, migliori il rapporto tra Fisco e contribuente e si riduca il sorgere del contenzioso tributario tra di essi.

In particolare, ad oggi, si rilevano una serie di istituti volti alla gestione e alla prevenzione del rischio fiscale che consentano l'attuazione di un dialogo preventivo con l'Amministrazione finanziaria improntato sui principi di cooperazione, trasparenza e fiducia. Si pensi all'istituto del regime di adempimento collaborativo o, ancora, alla recente Direttiva dell'Unione Europea (cd. "DAC 6") sullo scambio di informazioni che coinvolge anche le segnalazioni delle ipotesi di pianificazione fiscale aggressiva, nonché all'istituto del "*tax whistleblowing*", o ancora alla disciplina in materia di interpello sui nuovi investimenti e gli accordi preventivi.

Sono tutti istituti in continua evoluzione e che vengono, mediante procedure adeguate, predisposti all'interno delle imprese con lo scopo di gestire al meglio il rischio fiscale che può scaturire dalle loro condotte ed attività.

1. La pianificazione fiscale internazionale

Sulla base dello scenario finanziario attuale, particolare importanza acquisisce il governo della variabile fiscale nel contesto aziendale, in relazione soprattutto allo sviluppo delle attività e all'incremento della creazione di valore.

Il concetto di "pianificazione" racchiude al suo interno tutte quelle attività condotte dall'impresa, o dal *Management*, col fine di determinare i suoi obiettivi, la sua strategia, le attività di controllo, le linee guida da seguire e le risorse da destinare all'attività stessa. Pianificare consiste nel "*determinare ciò che si dovrà fare*", nell'organizzare, nel controllare, nel dirigere e nell'assistere¹.

In questo contesto di definizione delle attività aziendali a livello strategico, si inserisce il meccanismo di pianificazione "fiscale" (cd. "*tax planning*").

La pianificazione fiscale rappresenta l'insieme delle scelte effettuate dal contribuente-impresa, dirette ad organizzare la propria attività reperendo e destinando nel modo migliore le risorse finanziarie, con lo scopo di ottenere la maggior riduzione possibile del carico fiscale. Tale pratica si risolve in maniera del tutto legittima sulla base della normativa tributaria, non cadendo in ipotesi di comportamento elusivo² (vedi *supra* Cap. 3 Par. 3.1), rappresentando un comportamento del tutto fisiologico.

Va intesa, dunque, come un'attività predisposta all'interno dell'impresa e diretta all'individuazione di problematiche relative alla gestione della variabile fiscale al fine di ottimizzare l'onere ad essa relativo. In questo modo si mira a ridurre la pressione fiscale, pianificando le risorse finanziarie del contribuente-impresa rispondendo

¹ P. VALENTE e C. OSTINELLI, *Pianificazione fiscale finanziaria*, IPSOA, 2017, pag. 4.

² P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 163.

all'esigenza di adempimento agli obblighi tributari. Il tutto attuato mediante un attento studio alla legislazione fiscale del Paese di riferimento³.

In un contesto internazionale, l'attività di pianificazione fiscale mira a minimizzare il carico fiscale globale con lo scopo di creare valore massimo per gli azionisti, conducendo le imprese multinazionali a predisporre politiche adeguate a valutare la variabile fiscale, in connessione con le attività da essa intraprese, e ad attuare un'efficace gestione del rischio fiscale in ottica dei principi di *tax governance*.

La pianificazione fiscale internazionale richiede, come elemento fondamentale per l'impresa, la conoscenza del sistema legislativo fiscale dello Stato in cui essa opera o in cui intende investire, dello Stato in cui essa ha sede, nonché della normativa fiscale eurounitaria, attuando così una migliore combinazione tra le diverse variabili fiscali e i flussi finanziari⁴.

Ai fini di una concreta realizzazione della pianificazione fiscale in ottica globale è necessario⁵: i) un allineamento strategico della variabile fiscale agli obiettivi che l'impresa intende perseguire; ii) giungere a una effettiva riduzione dell'imposizione fiscale mediante scelte gestionali che mirano a una più efficiente gestione delle risorse finanziarie; iii) la massimizzazione all'utile netto consolidato; iv) l'eliminazione della pratica delle doppie imposizioni⁶.

Lo scopo di questa attività di pianificazione è, dunque, quello di attuare una efficiente ed efficace gestione dell'attività, perseguendo l'obiettivo dell'ottimizzazione del carico fiscale, nonché quello di consentire una precisa gestione del rischio fiscale, tutto nel completo rispetto della normativa in vigore.

Con il passare del tempo, gli schemi di pianificazione fiscale hanno raggiunto strutture ancora più complesse, difficili da controllare, venendo così definite come "aggressive". Di qui, lo sviluppo della struttura cd. "pianificazione fiscale aggressiva" ("*aggressive tax planning*"). In merito a questo fenomeno e in relazione al momento storico attuale

³ A. PALMIERI, *Elusione e frode fiscale*, 2009, articolo consultabile sul sito www.altalex.com.

⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 163.

⁵ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

⁶ Vi è doppia imposizione nel momento in cui uno stesso presupposto diviene più volte oggetto di tassazione mediante la stessa imposta o diverse imposte, nei confronti dello stesso soggetto o di soggetti diversi. Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 221.

dovuto alla pandemia da Covid-19, si ritiene opportuno segnalare il documento redatto dall'OCSE nell'aprile 2020 dal titolo "*Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis*", nel quale viene analizzato l'impatto del virus sulla pianificazione fiscale. Nello specifico, l'obiettivo dell'intervento dell'OCSE è quello di stabilire un confine netto tra la pianificazione fiscale legittima e gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, anche sulla base dell'operato condotto dalle organizzazioni internazionali stesse volto a mantenere una cooperazione internazionale forte⁷.

1.1 La pianificazione fiscale aggressiva

Nel momento in cui si supera il confine della pianificazione fiscale per così dire "legittima", il passo successivo è quello di porre in essere uno schema di pianificazione fiscale aggressiva.

Essa consiste in quella pratica, che si sviluppa a fronte delle diverse giurisdizioni di Stati differenti, mediante la quale una impresa attua una serie di procedure col fine ultimo di spostare la materia imponibile in altri Stati, che presentano un regime fiscale più favorevole, ossia con un livello di tassazione più basso rispetto allo Stato di partenza. In questo modo, viene sfruttata la differenza dei *target* fiscali dei vari Stati ponendo in essere delle vere e proprie operazioni attive elusive, in grado di consentire di evitare il pagamento dell'imposta sfruttando proprio la diversità dei sistemi normativi degli Stati.

Il comportamento realizzato mediante uno schema di pianificazione fiscale aggressiva mira, così, a ridurre l'ammontare di imposta dovuta all'Erario, realizzando un effetto economico deleterio per quello che è l'interesse di quest'ultimo (e non solo), allarmando le Amministrazioni finanziarie che si vedono sottrarre la materia imponibile a vantaggio del contribuente-impresa⁸.

⁷ S. D. LA FERLA, *International Tax Cooperation and Multilateralism. Webinar, 17 July*, in *Riv. Diritto tributario internazionale*, n. 3/2019, pag. 424.

⁸ P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016.

L'attuazione dello schema di pianificazione fiscale aggressiva può realizzare effetti deleteri anche per la determinazione del reddito imponibile delle società appartenenti ad un gruppo multinazionale⁹.

L'effetto dannoso provocato da questi schemi, in termini economici, comporta l'erosione della base imponibile, lo spostamento di ingenti capitali in Paesi con fiscalità privilegiata, la diseguaglianza tra gli Stati in materia di riscossione delle imposte sugli utili, diverse problematiche in materia di concorrenza leale, nonché un forte impatto negativo relativo alla produttività economica¹⁰.

Per determinare l'operazione abusiva, la dottrina ritiene che gli elementi che costituiscono lo schema di pianificazione fiscale aggressiva siano, essenzialmente, tre¹¹:

- a) lo sfruttamento della disparità tra i diversi sistemi giuridici fiscali col fine di trarne un vantaggio fiscale: in questo modo, vengono sfruttate le asimmetrie che presentano le norme tributarie impositive dei diversi Paesi, ad esempio mediante lo sfruttamento di definizioni diverse di istituti giuridici fiscali;
- b) il “*disallineamento*” tra il luogo in cui avviene la produzione e il luogo in cui si realizza l'imposizione: questo effetto dimostra come, con questo schema aggressivo, si determina una erosione della base imponibile e/o lo spostamento degli utili in un altro Stato così da generare una discrepanza tra il luogo in cui avviene la produzione e il luogo in cui avviene la tassazione. Il reddito derivante dall'attività viene, infatti, prodotto in uno Stato, ma tassato in un altro e ciò comporta non solo ingiustizia sociale, ma anche l'indebolimento o, addirittura si potrebbe parlare di erosione, della sovranità dello Stato che non riceve l'entrata impositiva;
- c) la sussistenza di una “*doppia non imposizione*” che gli Stati interessati non hanno inteso concedere: questa “*doppia non imposizione*” viene definita come involontaria e consiste nel fatto che il risparmio d'imposta, nascente dallo sfruttamento della diversità dei sistemi giuridici fiscali degli Stati, non è qualificabile come una forma di “*doppia non imposizione*” che gli Stati abbiano

⁹ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 164.

¹⁰ P. ACCIARI, *La pianificazione fiscale internazionale e la complessità organizzativa delle imprese multinazionali*, 2016, documento reperibile sul sito www.finanze.gov.it.

¹¹ P. PISTONE, in *ibidem*.

permesso e perseguito intenzionalmente. Questo elemento si realizza nel momento in cui il reddito non viene tassato né nello Stato di origine né nello Stato in cui questo viene spostato.

Proprio per gli effetti disastrosi che una pratica come la pianificazione fiscale aggressiva può comportare, si è sviluppata l'esigenza in capo agli Stati di contrastare e debellare questo fenomeno.

In particolare, i motivi che hanno spinto al contrasto di questa pratica si rinvencono in¹²:

- motivi di carattere finanziario: in quanto, tali pratiche (soprattutto nel corso degli ultimi anni) hanno comportato e comportano ingenti perdite di gettito fiscale agli Stati;
- motivi di carattere economico: la pianificazione fiscale aggressiva comporta una perdita di efficienza del mercato a livello nazionale che viene sovrastato dai vantaggi conseguiti dalle multinazionali;
- motivi politici e giuridici: in quanto, mediante l'attuazione di questi schemi di pianificazione fiscale aggressiva, si generano situazioni di disuguaglianza per il fatto che il peso dei tributi ricade su coloro che sono più onesti di altri.

1.1.1 Il rapporto tra la pianificazione fiscale aggressiva e le pratiche di abuso/elusione fiscale

È inevitabile nel momento in cui si parla di pianificazione fiscale aggressiva fare una connessione con il comportamento di abuso/elusione fiscale, ma è bene chiarire quale sia il rapporto tra questi due fenomeni. In particolare, si ritiene opportuno stabilire quali siano gli elementi in comune tra le due fattispecie e quali, invece, siano gli elementi di diversità.

Un primo elemento in comune consiste nel fatto che entrambi i fenomeni determinano un risparmio d'imposta non in conformità con la *ratio* delle norme dell'ordinamento tributario.

¹² S. GRILLI, *La "pianificazione fiscale aggressiva" come non-categoria del diritto*, in *Diritto tributario internazionale e dell'UE*, 2018, pag. 528.

Un secondo elemento che accomuna i due fenomeni in questione, riguarda il fatto che entrambi scaturiscono da un “*problema tra forma e sostanza*”¹³.

Sulla base di quest’ultimo elemento in comune si ricava una prima differenza tra i due fenomeni che riguarda il luogo in cui si realizza il risparmio d’imposta: nel comportamento elusivo/abusivo il risparmio avviene nello stesso Stato in cui questo si realizza; nelle operazioni di pianificazione fiscale aggressiva, invece, il risparmio avviene in uno Stato, ma effettivamente si concreta in un altro con il presupposto fondamentale dello sfruttamento della diversità degli ordinamenti tributari dei vari Stati che determinano un trattamento fiscale differente¹⁴.

Un ulteriore possibile elemento di diversità s’incentra sul fatto che, di norma, un comportamento viene considerato anti-giuridico nel momento in cui determina una violazione o un aggiramento di una norma specifica o di un principio giuridico. Parte della dottrina¹⁵ afferma, a tal proposito, che non esiste ad oggi un “*diritto tributario internazionale di matrice consuetudinaria*”. Senza la presenza di un ordinamento internazionale non sarebbe, dunque, possibile individuare una specifica regola che verrebbe violata mediante l’attuazione di uno schema di pianificazione fiscale aggressiva. A fronte di ciò, si potrebbe parlare di una ulteriore differenza tra la pianificazione fiscale aggressiva e la pratica di abuso/elusione, in quanto senza una norma da aggirare (elemento costitutivo dell’abuso/elusione fiscale) non si può determinare l’anti-giuridicità¹⁶.

Di conseguenza però, sulla base di quanto appena esposto, si può affermare che in realtà è più corretto pensare al fenomeno di pianificazione fiscale aggressiva come un modo volto a sfruttare la differenza tra le varie norme dei diversi sistemi giuridici degli Stati e perciò è per forza da considerare come un comportamento attivo; il contribuente non può mettere in pratica tale comportamento per negligenza, ma compie una valutazione consapevole e ben studiata a fronte di pagare meno imposte.

Si può, infine, sostenere che la realizzazione di una struttura di pianificazione fiscale aggressiva costituisca in realtà “*una nozione sociale, metagiuridica e non una categoria*

¹³ P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016.

¹⁴ P. PISTONE, in *ibidem*.

¹⁵ A. GIOVANNINI, *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014, pag. 130 ss.

¹⁶ S. GRILLI, in *Op. cit.*, pag. 529.

*del diritto*¹⁷. Per questo motivo, la sua anti-giuridicità deriva sia dalla violazione di una norma, ma soprattutto dall'effetto deleterio che essa determina in capo all'Erario, comportandogli non solo una perdita di entrate, ma anche una forte erosione della sua sovranità in ambito di imposizione fiscale.

Si può concludere, quindi, che i due fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva e di elusione/abuso del diritto rappresentino due fattispecie diverse di risparmio di imposta entrambi non consentiti nell'ordinamento tributario, ma questo non preclude che in uno schema di pianificazione fiscale internazionale essi non possano coesistere o, addirittura, non possano sovrapporsi¹⁸.

1.1.2 Esempi pratici dello schema di pianificazione fiscale aggressiva

Per comprendere al meglio cosa accade, in concreto, nel momento in cui si rileva una struttura di pianificazione fiscale aggressiva, si ritiene opportuno riportare alcuni esempi pratici.

Un primo esempio¹⁹ prende in considerazione una società residente in uno Stato A che ha trasferito il diritto di sfruttare delle proprie licenze nella sua sede secondaria residente in uno Stato B. Quest'ultimo però, secondo il proprio dettato legislativo, non considera la sede secondaria della società come una stabile organizzazione²⁰ e così non viene prevista la tassazione delle *royalties* da essa ricevute, in quanto viene considerata la sede non residente e la produzione come avvenuta in un altro territorio.

¹⁷ S. GRILLI, in *ibidem*.

¹⁸ P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, pag. 18, 2016.

¹⁹ S. GRILLI, *La "pianificazione fiscale aggressiva" come non-categoria del diritto*, in *Diritto tributario internazionale e dell'UE*, 2018, pag. 530.

²⁰ Art. 162 Tuir. La stabile organizzazione può essere materiale, intesa come "la sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato"; la stabile organizzazione è personale, invece, quando un soggetto nel territorio dello Stato conclude abitualmente, in nome e per conto dell'impresa, contratti diversi da quelli di acquisto di beni. Si parla di stabile organizzazione come un mero "centro di imputazione di situazioni giuridiche" ad effetti costitutivi. Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte speciale*, Milano, UTET giuridica, 2019, pag. 174 ss.

Le *royalties* in questione, però, non sono oggetto di tassazione nemmeno nello Stato A, in quanto le considera conseguite direttamente dalla stabile organizzazione della società con sede nello Stato B.

Il risultato è una mera doppia non imposizione involontaria dovuta ad una asimmetria dei sistemi giuridici dei due Stati presi in considerazione.

Un secondo esempio²¹ può consistere nel fatto che un soggetto residente nello Stato A sottoscriva una quota di partecipazione in una società residente in uno Stato B, che a sua volta consegue dei redditi passivi derivanti dalla partecipazione ad un fondo che si trova in uno Stato C.

Essendo il fondo fiscalmente esente, i redditi non saranno tassati nello Stato C; essendo la società fiscalmente trasparente, i redditi non saranno tassati sulla società residente nello Stato B. Di conseguenza i redditi saranno imputati direttamente ai soci e in questo caso al soggetto residente nello Stato A, in quanto investitore.

I redditi tassati nello Stato A beneficiano, comunque, di una imposizione ridotta in quanto classificati come dividendi (i.e. utili da partecipazione).

In questo modo i redditi prodotti dal fondo di investimento non sono mai pienamente tassati con riferimento alla produzione e beneficiano, inoltre, della imposizione ridotta prevista dall'ordinamento dello Stato A.

Di fronte a questi due esempi si rileva, in modo particolare, come il problema non è tanto il comportamento tenuto dal contribuente-impresa, ma è il coordinamento delle norme dei vari ordinamenti internazionali in materia tributaria. L'allineamento dei diversi sistemi giuridici in ambito fiscale potrebbe quindi essere un punto di partenza per porre fine a queste pratiche di pianificazione fiscale aggressiva.

1.2 La normativa di contrasto: il ruolo dell'OCSE

A fronte dello sviluppo delle varie pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, è stato inevitabile l'intervento dell'OCSE, il quale ha scandito in diversi rapporti alcune raccomandazioni chiare e specifiche. In particolare, ha previsto:

²¹ S. GRILLI, in *ibidem*.

- Il “*Progress Report*” nel 2009, aggiornato nel 2011;
- Le “*Guidelines for Multinational Enterprises*” nel 2011, con l’inserimento della “Raccomandazione n. XI”;
- Il Rapporto “*Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*”, nel 2011;
- Il Rapporto “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, ossia il Rapporto “BEPS”, nel 2013.

Con riguardo al primo punto, nel 2009 l’OCSE ha pubblicato il “*Progress Report*” contenente le informazioni circa lo stato di implementazione, da parte di 84 giurisdizioni prese in considerazione, degli *standards* internazionali di trasparenza e di scambio di informazioni in ambito fiscale elaborati dal *Global Forum on Transparency and Exchange of Information* dell’OCSE²².

L’obiettivo che l’OCSE si era preposto consisteva nello sviluppare un parametro univoco per le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni concluse sia tra gli Stati membri che non membri dell’OCSE²³.

Sulla base di tale Rapporto sono state create tre liste differenti. Nella cd. “*white list*” sono stati collocati rispettivamente gli Stati che hanno implementato gli *standards* previsti o comunque che hanno stipulato un numero minimo di 12 accordi specifici in termini di trasparenza e scambio di informazioni; nella cd. “*grey list*” sono stati inseriti gli Stati che si sono politicamente impegnati ad adottare gli *standards*, ma che non hanno dato attuazione a un numero sufficiente di accordi previsto dall’OCSE; infine, nella cd. “*black list*” sono stati inseriti gli Stati che non hanno manifestato alcun impegno con riferimento agli *standards* internazionali previsti dall’OCSE e che non hanno dato attuazione a nessuno di essi²⁴.

Le “*Guidelines for Multinational Enterprises*” consistono in alcune raccomandazioni delineate dall’OCSE, aggiornate nel 2011, destinate alle imprese multinazionali con lo scopo di far sì che vengano implementate condotte e pratiche commerciali responsabili,

²² P. VALENTE, *Cooperazione internazionale e principi comunitari in tema di lotta a frode fiscale, evasione e tax planning aggressivo*, in *Il Fisco*, n. 47/2012, pag. 7540.

²³ P. VALENTE, in *ibidem*.

²⁴ P. VALENTE, in *ibidem*.

promuovendo un miglior contesto economico internazionale²⁵. I principi contenuti nelle Linee Guida sono focalizzati nel sostenere l'impegno delle multinazionali nell'attuare pratiche commerciali corrette nonché una ottimale gestione dell'azienda e delle persone che ne fanno parte. La *ratio* è quella di incoraggiare lo sviluppo di attività che possano dare un forte e positivo contributo all'economia e sul tessuto sociale²⁶.

Tali principi poggiano sulla caratteristica di non essere vincolanti per i loro destinatari, che possono rispettare queste raccomandazioni senza alcun vincolo. Sono, dunque, principi basati sulla volontà di una impresa di adottarli, senza la sussistenza di uno specifico obbligo o eventuale sanzione conseguente dalla mancata osservanza²⁷.

Per ciò che concerne l'ambito fiscale, secondo le Linee Guida, le multinazionali sono tenute al rispetto degli obblighi fiscali, a recepire e attuare i corretti principi di *corporate governance* e a non porre in essere comportamenti in contrasto con le finalità delle Autorità.

All'interno delle Linee Guida, vi è la "Raccomandazione n. XI" relativa alla fiscalità internazionale e in particolare al tema della *tax compliance* e alla gestione del rischio fiscale all'interno delle multinazionali. Secondo il testo: "*Le imprese dovrebbero contribuire alle finanze pubbliche dello Stato ospitante mediante l'adempimento tempestivo degli obblighi tributari. In particolare, le imprese dovrebbero rispettare sia il dato letterale sia lo spirito delle leggi e dei regolamenti degli Stati in cui operano. Il rispetto dello spirito della legge richiede alle imprese di comprendere e seguire l'intento del legislatore. Non è necessario che l'impresa proceda a versamenti ulteriori rispetto a quelli richiesti in conformità a tale interpretazione. La tax compliance include tutte quelle misure in grado di fornire alle autorità competenti informazioni tempestive e rilevanti, o richieste dalla legge, ai fini della corretta determinazione delle imposte da accertarsi in relazione alle attività svolte e alla prassi sul transfer pricing conformi al principio di libera concorrenza.*

Le imprese dovrebbero considerare la governance fiscale e la tax compliance quali importanti aspetti dei loro più ampi sistemi di risk management. In particolare, i consigli di amministrazione delle società dovrebbero adottare strategie di gestione del

²⁵ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 167 ss.

²⁶ P. VALENTE, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: "tax compliance" e rispetto dello spirito della legge*, in *Corriere trib.*, n. 41/2011, pag. 3376.

²⁷ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

*rischio fiscale al fine di assicurare che i rischi finanziari, regolamentari e reputazionali connessi alla variabile fiscale vengano adeguatamente identificati e valutati*²⁸.

Tale Raccomandazione, dunque, determina che la cd. “*corporate citizenship*” richiede alle imprese multinazionali: i) il rispetto del dato letterale e dello spirito della legge in modo da interpretare e applicare le norme fiscali sulla base di quello che è l'intento del legislatore; ii) la cooperazione con le Autorità fiscali; iii) il riferimento di ogni informazioni rilevante o richiesta dalla legge in modo tempestivo e mediante uno specifico accordo in materia di scambio di informazioni²⁹.

La cooperazione delle imprese multinazionali con le Autorità ai fini di attuazione della *tax compliance* e della trasparenza in ambito fiscale riflette sulla logica di *tax risk management*. La condotta delle multinazionali può essere poi misurata, sulla base delle Linee Guida, in termini di “*tax liability*” in relazione alle relazioni economiche da esse intrattenute o dalle transazioni intercorse³⁰. Il *transfer pricing*³¹ ad esempio può rappresentare, quale operazione infragruppo, una variabile da prendere in considerazione in relazione alla “*tax liability*”, in quanto è un elemento in grado di incidere sulla distribuzione della base imponibile tra i Paesi in cui l'impresa multinazionale opera³².

Nel 2011, sempre in materia di aggressive tax planning, l'OCSE ha redatto il Rapporto “*Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*” in cui determina l'importanza per le Amministrazioni fiscali e per gli organi che si occupano di *tax policy* di ricevere informazioni “*tempestive, mirate e complete*” volte a contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva fornendo anche una panoramica di misure di “*disclosure*” applicate in alcuni Stati membri dell'OCSE³³.

Le misure di “*disclosure*” fornite nel Rapporto dell'OCSE consistono in³⁴:

²⁸ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 171.

²⁹ P. VALENTE, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: “tax compliance” e rispetto dello spirito della legge*, in *Corriere trib.*, n. 41/2011, pag. 3376 ss.

³⁰ P. VALENTE, in *ibidem*.

³¹ Art. 110, comma 7, Tuir: l'Amministrazione finanziaria può rettificare i componenti di reddito derivanti da operazioni poste in essere da una impresa italiana e una impresa estera (entrambe parte dello stesso gruppo), quando i prezzi non corrispondano al valore normale.

³² P. VALENTE, in *ibidem*.

³³ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *Op. cit.*, pag. 177 ss.

³⁴ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, in *ibidem*.

- *Early mandatory disclosure rules*: a fronte del quale è previsto un obbligo di *disclosure* quando l'operazione presenti determinati parametri;
- *Additional reporting*: previsti a carico del contribuente;
- Questionari: rivolti a particolari categorie di contribuenti relativi a specifiche aree di rischio e volti a individuare i contribuenti da sottoporre a specifici controlli;
- Programmi di “*cooperative compliance*”: consistenti in un rapporto di fiducia reciproca tra contribuente e Amministrazione finanziaria;
- *Rulings*: su questioni scelte dal contribuente e in grado di fornire informazioni;
- *Disclosure rules* con l'applicazione di sanzioni: disposizioni che incoraggiano i contribuenti alla “*disclosure*” in relazione alle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, con conseguente applicazione ridotta delle sanzioni previste a carico.

Tutte queste misure consistono in un vero e proprio incentivo per il contribuente ad agire fornendo informazioni utili alle Amministrazioni finanziarie volte all'individuazione di forme di pianificazione fiscale aggressiva.

Infine, nel 2013, l'OCSE ha pubblicato il Rapporto “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” anche detto “Rapporto BEPS” (vedi *supra* Cap. 2, Par. 2.1), con l'obiettivo di promuovere e semplificare le relazioni fiscali tra i differenti Paesi.

In base a quanto suggerito nel Rapporto BEPS, l'OCSE ha pubblicato un *Action Plan* nel quale vengono catalogate 15 differenti azioni volte a contrastare il fenomeno di erosione della base imponibile realizzato mediante lo spostamento dei profitti in Stati diversi, e a mitigare quelle operazioni elusive che conducono a benefici fiscali scaturenti da questi comportamenti.

Tra le azioni previste, si rileva l'*Action 12* (“*Mandatory Disclosure Rules*”), la quale come regola di *disclosure*, prevede la possibilità per le Amministrazioni finanziarie di identificare le maggiori aree di rischio nelle quali possono svilupparsi pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, con la possibilità di agire in modo più tempestivo possibile³⁵. In questo modo, oltre ad agevolare l'attività delle Amministrazioni

³⁵ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 190 ss.

finanziarie e l'acquisizione di informazioni specifiche, si mira a incentivare la trasparenza dei contribuenti nonché la loro fiducia nell'efficienza e nell'efficacia delle politiche fiscali che vengono implementate³⁶.

L'OCSE promuove, in tal senso, l'adozione nei vari Paesi (i quali comunque non sono soggetti ad un vero e proprio obbligo di adozione) di queste raccomandazioni con lo scopo di far adottare una normativa efficace e che possa svolgere un'azione deterrente verso gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, che sono sempre più in via di sviluppo³⁷.

1.3 La normativa di contrasto: il ruolo dell'Unione Europea e dell'Italia

In tema di contrasto agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva e ai fenomeni di elusione, evasione e frode fiscale non è mancato anche l'intervento da parte dell'Unione Europea a seguito delle azioni poste in essere dell'OCSE.

In particolare, si può scandire il suo intervento iniziale in tre date fondamentali:

- Il 27 giugno 2012, in cui la Commissione Europea ha pubblicato la Comunicazione n. 351: in questa Comunicazione vengono illustrate le modalità volte all'eliminazione dei fenomeni di elusione, evasione e frode fiscale con lo scopo di migliorare la *compliance* tra contribuente e Amministrazione finanziaria. Secondo questa Comunicazione è, dunque, necessario per migliorare la cooperazione un rafforzamento degli strumenti esistenti ai fini della riscossione dei tributi, incentivando lo scambio di informazioni a vantaggio sia dei contribuenti sia delle Amministrazioni finanziarie e garantendo l'adempimento dei contribuenti³⁸;
- Il 6 dicembre 2012, in cui la Commissione Europea ha presentato al Parlamento Europeo il Piano d'Azione per la lotta alla frode, all'evasione fiscale e alla pianificazione fiscale aggressiva con il fine di far sì che gli Stati ponessero in essere interventi mirati a questi obiettivi. Il Piano d'Azione include al suo

³⁶ A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, *Pianificazione fiscale aggressiva: obblighi di disclosure*, in *Amn. e fin.*, n. 11/2017, pag. 17.

³⁷ A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, in *ibidem*.

³⁸ P. VALENTE, *Good governance fiscale e aggressive tax planning: l'istituzione della UE Platform*, in *Il Fisco*, n. 32/2013, pag. 4952 ss.

interno la Raccomandazione relativa alla *good governance* fiscale rivolta ai Paesi considerati come “paradisi fiscali” e la Raccomandazione relativa all’*aggressive tax planning* che mira a far sì che gli Stati adottino delle misure specifiche intervenendo su tutte le lacune giuridiche presenti e sfruttate dalle imprese con l’obiettivo di sottrarsi al pagamento delle imposte, adottando norme generali anti-abuso³⁹;

- Il 23 aprile 2013, in cui la Commissione Europea ha istituito l’*EU Platform “for Tax Good Governance, Aggressive Tax Planning and Double Taxation”*. La *EU Platform* ha l’obiettivo di promuovere il dialogo tra le imprese e le Amministrazioni finanziaria in termini di *good governance* fiscale, contribuire a fornire informazioni alla Commissione Europea relative alle maggiori problematiche di modo da porre in essere tempestivamente tutte le azioni mirate e contribuire a far adottare le varie Raccomandazioni determinate. I membri della *EU Platform* sono massimo 15, scelti tra le Autorità tributarie degli Stati membri⁴⁰.

D’altronde, i fenomeni di elusione fiscale internazionale devono necessariamente essere affrontati in ambito sovranazionale e successivamente in ambito nazionale, essendo pratiche fonti di grandi criticità lesive dello sviluppo e della crescita economica e dei principi di giustizia tributaria garantiti anche nella Costituzione italiana. L’obiettivo perseguito rimane, dunque, anche in ambito sovranazionale quello di porre in essere misure e interventi efficaci volti al contrasto delle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che mirano allo scopo di ottenere quelle che vengono chiamati “vantaggi fiscali indebiti”.

L’Unione Europea, su questa scia, ha emanato altresì delle Direttive fondamentali in materia, tra le quali meritano di essere menzionate: la Direttiva 2016/1164/UE (cd. “ATAD I”) e la successiva Direttiva 2017/952/UE (cd. “ATAD II”).

La Direttiva ATAD I si pone in linea con quanto già disposto dall’OCSE nel Rapporto BEPS, in particolare prevedendo disposizioni specifiche in materia di limitazione alla

³⁹ P. VALENTE, *Le Raccomandazioni UE in materia di aggressive tax planning e good governance fiscale*, in *Il Fisco*, n. 10/2013, pag. 1478 ss.

⁴⁰ P. VALENTE, *Good governance fiscale e aggressive tax planning: l’istituzione della UE Platform*, in *Il Fisco*, n. 32/2013, pag. 4956 ss.

deducibilità degli interessi, imposizioni in uscita, una norma generali antiabuso, norme sulle società controllate estere e norme volte al contrasto dei disallineamenti da ibridi⁴¹. A tal proposito, si rileva l'art. 5⁴² della Direttiva *de qua*, il quale dispone che nel momento in cui un'impresa sposti la sua residenza fiscale dallo Stato di riferimento, questo Stato può assoggettare al pagamento di imposte qualsiasi plusvalenza realizzata al suo interno riconoscendo al contribuente la facoltà di dilazione il pagamento in cinque anni mediante rateizzazione⁴³.

L'art. 6 introduce una norma generale antiabuso, la cui *ratio* è quella di contrastare gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, prevedendo di eliminare quelle "costruzioni" non genuine e artificiose volte al conseguimento di vantaggi in contrasto con la finalità del diritto, andando a colmare tutte le lacune presenti poi in campo domestico. Tale norma generale antiabuso viene rilevata dal legislatore nazionale nel,

⁴¹ P. VALENTE, *Contrasto all'elusione fiscale internazionale: il recepimento della Direttiva ATAD I e successive modifiche*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 12/2018, pag. 6-7.

⁴² Art. 5, comma 1, Direttiva 2016/1164: "Un contribuente è soggetto ad imposta per un importo pari al valore di mercato degli attivi trasferiti, al momento dell'uscita degli attivi, meno il loro valore a fini fiscali, in una delle seguenti situazioni: a) un contribuente trasferisce attivi dalla sua sede centrale alla sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della sede centrale non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento; b) un contribuente trasferisce attivi dalla sua stabile organizzazione situata in uno Stato membro alla sua sede centrale o a un'altra stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della stabile organizzazione non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento; c) un contribuente trasferisce la sua residenza fiscale in un altro Stato membro o in un paese terzo, ad eccezione degli attivi che rimangono effettivamente collegati a una stabile organizzazione situata nel primo Stato membro; d) un contribuente trasferisce le attività svolte dalla sua stabile organizzazione da uno Stato membro a un altro Stato membro o a un paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della stabile organizzazione non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento".

Art. 5, comma 2, Direttiva 2016/1164: "Un contribuente ha il diritto di dilazionare il pagamento dell'imposta in uscita di cui al paragrafo 1 mediante pagamenti rateizzati ripartiti su un arco di cinque anni in uno dei seguenti casi: a) un contribuente trasferisce attivi dalla sua sede centrale alla sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo parte contraente dell'accordo sullo Spazio economico europeo (accordo SEE); b) un contribuente trasferisce attivi dalla sua stabile organizzazione situata in uno Stato membro alla sua sede centrale o a un'altra stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo parte contraente dell'accordo SEE; c) un contribuente trasferisce la sua residenza fiscale in un altro Stato membro o in un paese terzo parte contraente dell'accordo SEE; d) un contribuente trasferisce le attività svolte dalla sua stabile organizzazione in un altro Stato membro o in un paese terzo parte contraente dell'accordo SEE.

Il presente paragrafo si applica ai paesi terzi parti contraenti dell'accordo SEE che abbiano concluso un accordo con lo Stato membro del contribuente o con l'Unione relativo all'assistenza reciproca in materia di recupero di crediti fiscali, equivalente all'assistenza reciproca prevista dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio".

⁴³ P. VALENTE, in *ibidem*.

già esistente, art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente, non prevedendone alcuna modifica sulla base della Direttiva⁴⁴.

Nel 2017, la Direttiva ATAD I è stata oggetto di modifica con la Direttiva ATAD II nella parte relativa ai disallineamenti ibridi tra Paesi terzi non solo membri dell'Unione Europea, ponendosi in linea con l'*Action 2* ("*Hybrid Mismatch Arrangements*") del Rapporto BEPS dell'OCSE⁴⁵.

Le Direttive ATAD I e ATAD II sono state recepite e attuate in Italia mediante il D.Lgs. n. 142/2018.

1.3.1 Il sistema delle Direttive "DAC": la cd. "DAC 6"

Oltre alle Direttive ATAD I e ATAD II, l'Unione Europea è intervenuta emanando anche la Direttiva 2018/822/UE (cd. "DAC 6"), sulle mosse del Rapporto BEPS e in particolare dell'*Action 12* in tema di *disclosure* e recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. n. 100/2020 (vedi *supra* Cap. 3, Par. 3.1). La Direttiva DAC 6, pur avendo una funzione molto simile alle Direttive ATAD ed essendo anch'essa di matrice eurounitaria, è il frutto di un sistema autonomo di Direttive: il cd. "*Sistema delle DAC*".

Il punto di partenza è stato segnato dalla Direttiva 2011/16/UE (cd. "DAC 1"), la quale ha introdotto le norme e le procedure per attuare una forma di cooperazione amministrativa nel settore fiscale mediante uno scambio di informazioni tra gli Stati membri e le Amministrazioni finanziarie con l'obiettivo di contrastare la frode e l'evasione fiscale e gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Nel corso del tempo, la Direttiva DAC 1 è stata oggetto di diverse modifiche, le quali hanno determinato una vera e propria sequenza di Direttive DAC.

Così, la Direttiva 2014/107/UE (cd. "DAC 2") ha introdotto e reso operativo lo *standard* comune di comunicazione di informazioni, il cd. "*Common Reporting Standard*" (CRS) elaborato dall'OCSE. Il CRS consente uno scambio di informazioni a livello globale

⁴⁴ A. PURPURA, *Contrasto alle condotte abusive nelle economie digitali in chiave italiana ed europea*, in *Corriere trib.*, n. 4/2020, pag. 334 ss.

⁴⁵ P. VALENTE, *Contrasto all'elusione fiscale internazionale: il recepimento della Direttiva ATAD I e successive modifiche*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 12/2018, pag. 8. I disallineamenti da ibridi vengono intesi quali strumenti e strategie che mirano a sfruttare le asimmetrie dei vari ordinamenti giuridici. In particolare, gli ibridi sono istituti giuridici che vengono considerati in modo diverso da due o più Stati differenti.

relativamente all'attività finanziaria dei contribuenti fiscalmente non residenti. In seguito, la Direttiva 2015/2376/UE (cd. "DAC 3") ha introdotto lo scambio di informazioni in materia di *ruling* preventivi e di accordi preventivi sui prezzi di trasferimento. La Direttiva 2016/881/UE (cd. "DAC 4") ha introdotto lo scambio automatico di informazioni obbligatorio tra i gruppi multinazionali e le Amministrazioni finanziarie, in materia di rendicontazione Paese per Paese (cd. "Country by Contry Reporting"). Infine, la Direttiva 2016/2258/UE (cd. "DAC 5") ha introdotto l'obbligo per gli Stati membri di fornire l'accesso alle Autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio⁴⁶.

Sulla base di questo scenario, si pone la Direttiva DAC 6, avente come obiettivo principale quello di attuare uno scambio di informazioni completo e tempestivo verso le Autorità fiscali. Non solo, contribuendo anche alla creazione di un ambiente di "fair taxation"⁴⁷ con il fine di scoraggiare la realizzazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva, spesso elaborati dagli intermediari e rivolti ai contribuenti (quali clienti). La Direttiva in parola influisce sul "sistema delle DAC" innovando la definizione di "scambio automatico" e introducendo nuovi istituti, in particolare il meccanismo transfrontaliero e gli elementi distintivi.

Venendo al punto, la Direttiva DAC 6 agisce in materia di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva, prevedendo come strumento di contrasto l'obbligo di segnalazione e lo scambio di informazioni circa i "Reportable Cross-Border Arrangements" (RCBA)⁴⁸.

⁴⁶ B. FERRONI, *In dirittura di arrivo il recepimento della DAC 6*, in *Il Fisco*, n. 42/2019, pag. 4047.

⁴⁷ B. FERRONI, in *ibidem*.

⁴⁸ Secondo la Direttiva DAC 6, l'RCBA consiste in un meccanismo che interessa più Stati membri o uno Stato membro e un Paese terzo laddove sussista una delle seguenti condizioni: a) non tutti i partecipanti sono residenti ai fini fiscali nella stessa giurisdizione; b) uno o più partecipanti al meccanismo sono residenti ai fini fiscali in più giurisdizioni; c) uno o più dei partecipanti svolgono un'attività d'impresa in un'altra giurisdizione tramite una stabile organizzazione situata in tale giurisdizione e il meccanismo fa parte dell'attività d'impresa o costituisce l'intera attività d'impresa della suddetta stabile organizzazione; d) uno o più dei partecipanti svolgono un'attività in un'altra giurisdizione senza essere residenti ai fini fiscali né costituire una stabile organizzazione situata in tale giurisdizione; e) tale meccanismo ha un possibile impatto sullo scambio automatico di informazioni o sull'identificazione del titolare effettivo. Cfr. Deloitte, *Mandatory Disclosure (DAC 6). Le nuove disposizioni in materia di trasparenza fiscale e i conseguenti effetti sugli obblighi di reporting per intermediari e contribuenti*, 2019, pag. 4.

L'obbligo in parola grava sugli intermediari⁴⁹ o in alcuni casi sugli stessi contribuenti⁵⁰ (quali responsabili delle pratiche e puniti con eventuale sanzione amministrativa) con le Autorità fiscali in materia di operazioni fiscali, o meglio di “*meccanismi transfrontalieri*”⁵¹, potenzialmente aggressivi⁵². Tali meccanismi vengono individuati sulla base dei cd. “*hallmarks*”, ossia dei veri e propri elementi distintivi quali indici di un potenziale rischio fiscale all'interno di una operazione. In questo modo, viene attuato un maggiore incentivo alla trasparenza fiscale. Ovviamente non tutti i meccanismi transfrontalieri devono essere oggetto di segnalazione specifica, ma solo nei casi in cui sia presente uno degli *hallmarks* previsti.

Questi *hallmarks* sono divisi in cinque categorie e alcuni di essi vengono collegati al cd. “*criterio del vantaggio principale*” (“*main benefit test*”). Tale criterio presuppone la valutazione e l'individuazione del vantaggio fiscale derivante dall'operazione per poi compararlo ad altri possibili benefici scaturenti da questa operazione e qualora questi fossero prevalenti rispetto a quello fiscale, non sorgerebbe l'obbligo di comunicazione previsto⁵³.

Tra le cinque categorie vi sono quelle cd. “*generic hallmarks*”, che consentono di individuare gli elementi di rischio fiscale presenti nelle classiche operazioni di pianificazione fiscale aggressiva, e quelle cd. “*specific hallmarks*”, che consentono di individuare aree specifiche di rischio fiscale già note e le criticità delle diverse giurisdizioni⁵⁴.

⁴⁹ Art. 2, comma 2, lett. c) del D.Lgs. 100/2020: definisce il termine “*intermediario*” un soggetto “*che elabora, commercializza, organizza o mette a disposizione ai fini dell'attuazione un meccanismo transfrontaliero da comunicare o ne gestisce in autonomia l'intera attuazione, ovvero un soggetto che direttamente o attraverso altri soggetti, svolge un'attività di assistenza o consulenza riguardo all'elaborazione, commercializzazione, messa a disposizione ai fini dell'attuazione o gestione dell'attuazione del meccanismo transfrontaliero da comunicare, qualora, avuto riguardo alle informazioni disponibili e alle competenze necessarie per svolgere tale attività, sappia o abbia un motivo ragionevole per concludere che il medesimo meccanismo sia rilevante ai sensi dell'articolo 5*”.

⁵⁰ Art. 2, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 100/2020: definisce il termine “*contribuente*” come “*un qualsiasi soggetto che attua o a favore del quale viene messo a disposizione, ai fini dell'attuazione, un meccanismo transfrontaliero*”.

⁵¹ Art. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 100/2020: definisce il termine “*meccanismo transfrontaliero*” come “*uno schema, un accordo o un progetto riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere*”.

⁵² La Direttiva DAC 6 in merito parla di “*Reportable Cross-Border Agreement*” (RCBA), quale meccanismo che interessa più Stati membri o uno Stato membro più un Paese terzo e ai fini del quale sussistano determinate condizioni.

⁵³ B. FERRONI, *In dirittura di arrivo il recepimento della DAC 6*, in *Il Fisco*, n. 42/2019, pag. 4045 ss.

⁵⁴ B. FERRONI, in *ibidem*.

Nella categoria A è presente un *hallmark* generico connesso al criterio del vantaggio principale, ad esempio il caso in cui si impone al cliente mediante clausola di riservatezza di non comunicare lo schema che viene attuato e che mira a far conseguire un vantaggio fiscale. Nella categoria B rientra un *hallmark* specifico collegato al criterio del vantaggio principale che consiste in un meccanismo volto all'acquisizione di perdite fiscali mediante misure artificiose. Nella categoria C vi è un elemento distintivo specifico relativo a operazioni transfrontaliere collegati al criterio del vantaggio principale quale un meccanismo che prevede dei pagamenti transfrontalieri deducibili posti in essere da due o più imprese dove, però, il destinatario risiede in un Paese in cui non è prevista alcuna imposta sul reddito delle società o che è soggetto a una esenzione totale dal pagamento delle imposte; sempre nella medesima categoria si rinviene un *hallmark* sempre specifico ma non connesso al criterio del vantaggio principale (ad esempio il caso in cui viene previsto il pagamento transfrontaliero deducibile determinato da due o più imprese dove però il destinatario non sia residente ai fini fiscali in alcuna giurisdizione). Nella categoria D vi è un *hallmark* specifico relativo allo scambio automatico di informazioni e la titolarità effettiva, l'elemento indica un meccanismo che possa compromettere l'obbligo di comunicazione o eventuali accordi in materia di scambio di informazioni con le Amministrazioni finanziarie. Infine, nella categoria E si rinviene un *hallmark* specifico in materia di *transfer pricing*⁵⁵.

L'attuazione della Direttiva DAC 6 di per sé presenta dei profili applicativi di notevole complessità (vedi *supra* Cap. 3, Par. 3.1), che devono essere presi in considerazione non solo dalle imprese e dai professionisti coinvolti, ma anche dalla stessa Amministrazione finanziaria e che fanno scaturire una serie di perplessità.

Secondo la dottrina, è da ritenere che un eventuale silenzio da parte dell'Amministrazione di fronte alla segnalazione di una particolare operazione, non deve essere interpretato come accettazione della stessa⁵⁶.

Inoltre, in tema di elementi distintivi, nel D.Lgs. n. 100/2020 attuativo della Direttiva DAC 6, viene previsto che questi ultimi saranno oggetto di ulteriori specificazioni mediante un apposito Decreto ministeriale. Più precisamente, si fa riferimento al

⁵⁵ A. VALENTE, *Pianificazione fiscale aggressiva: nuovi obblighi di comunicazione per gli intermediari*, in *Ipsos quotidiano*, 2020, pag. 1 ss.; B. FERRONI, *In dirittura di arrivo il recepimento della DAC 6*, in *Il Fisco*, n. 42/2019, pag. 4045 ss.

⁵⁶ F. PACELLI e P. PALAZZI, *DAC 6: ennesimo obbligo di trasparenza o nuova spinta alla compliance preventiva?*, in *Corriere trib.*, n. 8-9/2020, pag. 759 ss.

recentissimo Decreto attuativo del 17 novembre 2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze con conseguente Provvedimento direttoriale n. 364425/2020. A tal proposito, come già evidenziato, si ritiene che questa specificazione ulteriore⁵⁷ comporti una maggior confusione e una maggiore difficoltà nel rintracciare operazioni potenzialmente abusive, già di per sé difficili da individuare e sempre più in espansione. Dunque, una configurazione troppo dettagliata non è una condizione vantaggiosa, tenendo conto che la Direttiva si pone come strumento volto a incentivare la trasparenza dei contribuenti in materia di operazioni abusive o di schemi di pianificazione fiscale aggressiva mantenendo, però, un'ottica di credibilità ai fini dello sviluppo degli strumenti stessi⁵⁸.

Si auspica, infine, che gli schemi di pratiche elusive vengano registrati e mantenuti a disposizione delle Amministrazioni finanziarie con il fine ultimo di determinare un orientamento univoco nella determinazione, individuazione e considerazione di operazioni di pianificazione fiscale aggressiva. In questo modo, si mira anche a diffondere un certo senso di responsabilità fiscale tra i contribuenti-imprese, facendo in modo che questo ulteriore dovere di *compliance* fiscale sia, poi, integrato agli strumenti giù previsti in tema, come ad esempio i programmi di *cooperative compliance*⁵⁹.

Queste non sono le uniche perplessità che sorgono a seguito della Direttiva DAC 6, a tal proposito si rimanda al seguente paragrafo.

2. Il Tax Whistleblowing

Il tema appena affrontato, in materia di pianificazione fiscale aggressiva e di scambio di informazioni attuato mediante la Direttiva DAC 6 si lega inevitabilmente al concetto di “*whistleblowing*”, che si ritiene opportuno affrontare successivamente all'analisi degli schemi di *aggressive tax planning*.

Il termine “*whistleblowing*”, di origine anglosassone, è un istituto di derivazione dei sistemi di *common law* che tradotto letteralmente equivale all'espressione “soffiare nel

⁵⁷ Si veda l'Allegato A del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 17 novembre 2020.

⁵⁸ B. FERRONI, *In dirittura di arrivo il recepimento della DAC 6*, in *Il Fisco*, n. 42/2019, pag. 4051 ss.

⁵⁹ B. FERRONI, in *Op. cit.*, pag. 4045 ss.

fischietto”, e assume dal punto di vista giuridico un significato specifico con riferimento a tutte quelle denunce particolari o segnalazioni di un illecito da parte di un soggetto interno all’impresa, scoperto durante lo svolgimento dell’attività lavorativa.

Si tratta di un termine complesso e nuovo, ormai entrato comunemente nel lessico giuridico dell’ordinamento italiano, che si fonda su due “immagini” ben precise: da un lato, quella del poliziotto che per strada fischia con il proprio fischietto (“*to blow the whistle*”) con lo scopo di segnalare una infrazione o un imminente pericolo; dall’altro, quella dell’arbitro che suona il suo fischietto durante gli incontri sportivi per sanzionare eventuali comportamenti scorretti posti in essere dai giocatori.

La figura del cd. “*whistleblower*” agisce con lo scopo di far emergere tutti quegli episodi caratterizzati da abusi o irregolarità e proprio per questo motivo, in realtà, è una figura molto controversa. Il *whistleblower*, proprio per il suo ruolo, viene spesso associato a una serie di considerazioni negative culturali che lo assimilerebbero alla figura di una spia, mentre altre volte viene visto in modo positivo proprio per aver contribuito a far emergere un comportamento deleterio che altrimenti avrebbe comportato conseguenze disastrose.

Al di là dei sentimenti contrastanti di biasimo o ammirazione, pur svolgendo un ruolo di notevole importanza e di per sé anche rischioso, è portatore di un interesse pubblico volto a far luce (anche tempestivamente) a problematiche o comportamenti illeciti posti in essere da altri soggetti e che altrimenti, senza il suo intervento, rimarrebbero celati.

Nell’ambito del diritto tributario, il meccanismo di segnalazione è considerato come uno strumento che mira al contrasto di fenomeni di evasione e frode fiscale, di comportamenti elusivi come ad esempio gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, che continuano ad assumere particolare rilievo e necessitano di maggiore attenzione e prevenzione soprattutto a seguito della digitalizzazione dell’economia che contribuisce alla crescita di questo “*disvalore sociale*”. A livello internazionale, in particolare, il *tax whistleblowing* assume rilevanza a seguito dei numerosi fenomeni di segnalazioni anonime, i quali hanno contribuito a far emergere i principali scandali fiscali internazionali⁶⁰.

⁶⁰ S. D. LA FERLA, *International Tax Cooperation and Multilateralism. Webinar, 17 July*, in *Riv. Diritto tributario internazionale*, n. 3/2019, pag. 425.

Con il passare del tempo, anche in Italia, si è arrivati a riconoscere il comportamento del *whistleblowing* come un vero e proprio diritto meritevole di tutela e, prima ancora, di un dovere protetto dall'ordinamento e altrimenti sanzionabile. Tale fenomeno, sulla base del contesto sociale, ha faticato ad affermarsi nel diritto tributario italiano: difficile è, infatti, percepire l'interesse dell'Erario come un vero e proprio bene collettivo⁶¹.

Ogni ordinamento⁶² presenta la sua disciplina e un approccio diverso in materia di *whistleblowing*, comune a tutti è però l'esigenza dell'istituto di tutelare l'interesse pubblico alla scoperta, alla prevenzione e alla repressione di tutti quei comportamenti illeciti in modo da contribuire a migliorare la società.

A seguito di una accurata previsione e tutela del fenomeno a livello sovranazionale, in Italia il fenomeno del *whistleblowing* e nello specifico il *tax whistleblowing*, si sono affermati proprio grazie alla spinta proveniente dall'Unione Europea.

Nell'ordinamento italiano, il *tax whistleblowing* inizia ad affermarsi a seguito della Direttiva 2005/60/UE in materia del contrasto al riciclaggio, la quale prevede il dovere di segnalare tutte quelle operazioni considerate sospette. Tale Direttiva venne attuata mediante il D.Lgs. n. 231/2007 prevedendo l'obbligo di segnalare operazioni sospette anche in tema di evasione e frode fiscale quali reati presupposto al riciclaggio. È, però, solo con la Legge n. 179/2017 che si è data una tutela effettiva del diritto di segnalazione agli autori delle medesime, con riferimento a reati scoperti durante lo svolgimento dell'attività lavorativa in ambito sia pubblico (integrandosi alla previsione della Legge Severino) sia privato⁶³.

In ambito privato, merita di essere segnalato l'art. 3 della L. n. 179/2017, il quale prevede che nelle ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate ai sensi dell'art. 6 del

⁶¹ G. MARINO, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2020, pag. 1348 ss.

⁶² Nell'ordinamento statunitense il *whistleblowing* trae origine dal *False Claims Act* del 1863 e attualmente presenta una disciplina comprendente una serie di fattispecie poliedriche; nel Regno Unito vi è una disciplina che prevede un unico e semplice atto che prevede diverse forme di protezione per il fenomeno (*Public Interest Disclosure Act*); nell'ordinamento tedesco, invece, non esiste una disciplina specifica in materia di *whistleblowing* questo a fronte dello storico regime nazista; nell'ordinamento francese una disciplina a favore del *whistleblowing* fu introdotta dal 1691 tutelando le segnalazioni, ma senza prevedere alcun tipo di ricompensa. Di indennizzo si iniziò a parlare nel 2017 con la legge finanziaria. Cfr. G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 1355 ss.

⁶³ G. MARINO, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, n.4/2020, pag. 1376 ss.

D.Lgs. n. 231/2001 “*il perseguimento dell’interesse all’integrità delle amministrazioni private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall’obbligo del segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del Codice Penale e all’articolo 2105 del Codice Civile*”.

In questo modo, il Legislatore mira a dare priorità assoluta al perseguimento dell’interesse all’integrità degli enti privati piuttosto che alla previsione del segreto d’ufficio o aziendale, a meno che la segnalazione non venga effettuata per finalità diverse alla repressione del comportamento illecito o mediante un canale diverso da quello predisposto per legge⁶⁴.

Inoltre, al comma 2 dell’art. 3 è previsto che “*La disposizione di cui al comma 1 non si applica nel caso in cui l’obbligo di segreto professionale gravi su chi sia venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l’ente, l’impresa o la persona fisica interessata*”. Tale previsione mira a tutelare l’affidamento del cliente verso il ruolo che nei suoi confronti svolge il professionista⁶⁵.

La tutela verso la figura del *tax whistleblower* si è intensificata nel momento in cui, in materia fiscale, la Legge di Bilancio 2020 (L. n. 157/2019) ha aggiunto i reati tributari all’elenco dei reati di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

A tal proposito, si osserva come nella tutela stabilita manchi una vera e propria forma di protezione della persona giuridica da sé stessa: il Legislatore, infatti, prende in considerazione una visuale di tipo *bottom up*, ossia le ipotesi di segnalazioni che provengono dal basso verso l’alto. In realtà, non è da escludere una possibile visione *top down*, ossia quando siano proprio i vertici che dall’alto segnalano illeciti tributari commessi dai dipendenti⁶⁶.

È, inoltre, opportuno menzionare la recentissima Direttiva 2019/1937/UE⁶⁷ attraverso la quale l’Unione Europea attua una disciplina con riferimento alla tutela di soggetti che segnalano operazioni volte a mettere in pericolo gli interessi finanziari della stessa. L’obiettivo è quello di migliorare il contesto fiscale all’interno dell’Unione Europea,

⁶⁴ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 1381.

⁶⁵ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 1382.

⁶⁶ G. MARINO, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all’evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, n.4/2020, pag. 1384.

⁶⁷ Per approfondimenti cfr. A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema Penale*, 2019.

rendendolo più trasparente ed equo con il fine ultimo di agevolare gli Stati membri all'individuazione di operazioni abusive e/o elusive e di scoraggiarle dal principio. Aspetto di rilevante interesse circa la Direttiva consiste nel fatto che le disposizioni al suo interno non mirano esclusivamente a far emergere costruzioni o comportamenti criminalmente rilevanti, ma anche operazioni di rilevanza amministrativa (i.e. gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva)⁶⁸.

A questo punto, si ritiene opportuno ai fini della dissertazione effettuare uno specifico collegamento tra il fenomeno del *tax whistleblowing* (visto in ottica di strumento di contrasto all'evasione e alla frode fiscale) agli obblighi di segnalazione previsti in prevenzione agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva dalla Direttiva DAC 6.

Sulla base delle informazioni ottenute dall'Amministrazione finanziaria, come una sorta di accertamento predittivo, questa potrà decidere in flagranza sul comportamento catalogato come potenzialmente abusivo incidendo fortemente al suo contrasto e intensificando le azioni di controllo⁶⁹.

La Direttiva DAC 6 presenta di per sé una serie di perplessità (vedi *infra* Par. 1.3) che incidono anche in materia di *whistleblowing*.

Tali perplessità riguardano, in particolare, i principi di certezza, in quanto non si riesce a immaginare un equilibrio del contraddittorio tra Fisco e contribuente in tema di segnalazioni preventive nel momento in cui queste sono fornite da intermediari che svolgono il ruolo di assistere il contribuente nella determinazione degli schemi che vengono considerati abusivi, e di proporzionalità, in quanto l'obbligo di segnalazione in tal senso finirà col creare una nuova figura di segnalatore che andrà ad aggiungersi alle figure già esistenti di sostituto d'imposta e responsabile di imposta⁷⁰.

Oltre alle perplessità in termini di principio di certezza e di proporzionalità, ulteriori spunti di riflessione vengono determinati sulla base del segreto professionale. In Italia, il Decreto attuativo della Direttiva non menziona il segreto professionale come limite alla segnalazione, ma conferisce la possibilità all'intermediario di esonerarsi dall'obbligo di segnalazione nel momento in cui svolga compiti di difesa o di

⁶⁸ S. D. LA FERLA, *International Tax Cooperation and Multilateralism. Webinar, 17 July*, in *Riv. Diritto tributario internazionale*, n. 3/2019, pag. 427.

⁶⁹ P. CORSO, *Con la Direttiva DAC 6 arriva il whistleblower fiscale*, in *Ipsa quotidiano*, 2020.

⁷⁰ G. MARINO, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, n.4/2020, pag. 1388 ss.

rappresentanza verso il cliente. Non solo, il professionista e il contribuente sono esonerati da tale obbligo anche nel caso in cui in capo ad essi possa sorgere una responsabilità penale: nel caso dell'intermediario, questo dovrebbe così informare gli altri intermediari coinvolti o eventualmente direttamente il contribuente di modo che sia quest'ultimo o altri intermediari a effettuare la segnalazione⁷¹.

Nel caso in cui anche il contribuente possa incorrere in responsabilità penale, la segnalazione potrebbe essere effettuata da qualsiasi altra persona a conoscenza della realizzazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva, a cui però la Direttiva non conferisce alcun tipo di tutela mancando di evidenziare una collaborazione che possa giungere anche da questi soggetti⁷². Secondo la dottrina, tale figura però potrebbe essere assoggetta alla tutela specifica conferita dalla L. n. 179/2017.

A conclusione di quanto fino ad ora riportato si ritiene che, in un'epoca come quella attuale fortemente pregiudicata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 in particolare a livello economico, questo strumento nuovo di segnalazione di fronte a operazioni potenzialmente elusive dà luogo a numerosi vincoli. Sono proprio questi vincoli che contribuiscono ad accrescere le notevoli perplessità in materia e il timore circa la violazione dei principi di certezza e proporzionalità già citati. Sarebbe, dunque per la dottrina, più opportuno rinviare l'attuazione della Direttiva DAC 6 in futuro sottoponendola a maggiori riflessioni più accurate⁷³.

3. Il regime di adempimento collaborativo: generalità

Sulla base del contesto economico, storico e politico attuale si ritiene che un miglioramento nella gestione dei rapporti che intercorrono tra Fisco e contribuenti, in un'ottica di *corporate tax governance* e di *compliance* fiscale, sia essenziale.

Da sempre, la percezione del contribuente è quella di una forte incertezza nei rapporti che lo vedono come protagonista assieme all'Amministrazione finanziaria. Tale

⁷¹ G. MARINO, in *ibidem*.

⁷² P. CORSO, *Con la Direttiva DAC 6 arriva il whistleblower fiscale*, in *Ipsos quotidiano*, 2020.

⁷³ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 1391 ss.; G. MARINO, *Professionisti e pianificazione aggressiva. Ora non è tempo di "DAC 6": attuazione da rinviare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2020.

disvalore determinato dall'incertezza fiscale deriva da diversi fattori, tra cui ad esempio la presenza di una attività di accertamento (verso il contribuente) molto incisiva e basata su parametri di difficile inquadramento, ma anche dall'assenza di certezza e di affidabilità verso la normativa tributaria, troppo intricata e in continua evoluzione spesso contraddittoria⁷⁴. Sicuramente una maggior certezza nei rapporti intercorrenti tra Fisco e contribuenti sarebbe vista con occhio di favore dai contribuenti-imprese italiani, ma anche da imprese estere che sarebbero più incentivate a effettuare investimenti in Italia.

Un sistema di gestione del rischio fiscale improntato verso la collaborazione preventiva e la trasparenza tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente determinerebbe una relazione *ex ante* tra i due, volta a una migliore e corretta interpretazione e applicazione della normativa fiscale e del raggiungimento di un adeguato livello di certezza. Sulla base di questo scenario, si mira ad accantonare il tradizionale rapporto *ex post* caratterizzato da numerosi contenziosi e dispendio delle risorse, i cui risultati sono pressoché negativi e sconvenienti⁷⁵. Maggiore certezza in cambio di trasparenza e tempestività nelle comunicazioni, è questo l'obiettivo.

È l'OCSE, a livello internazionale, a farsi promotore di rapporti aventi tali caratteristiche dando attuazione alla predisposizione di principi relativi a specifici programmi di cd. "Cooperative Compliance"⁷⁶, improntati sull'adozione di un *Tax Control Framework*, facendo fronte alla necessità di una più stretta collaborazione tra Fisco e impresa-contribuente, basati sul dialogo preventivo e sulla fiducia reciproca piuttosto che sulla conflittualità, e rendendo quest'ultimo consapevole del proprio rischio fiscale e *compliant* con la normativa tributaria.

In Italia, con l'art. 3 del D.Lgs. n. 128/2015, è stato implementato uno specifico modello di rapporto tra Amministrazione finanziaria e impresa-contribuente denominato "regime di adempimento collaborativo". A livello meramente introduttivo, attraverso tale regime si attua un rapporto basato su interlocuzioni costanti con l'Amministrazione

⁷⁴ C. ROMANO e L. CHIODAROLI, *Regime di adempimento collaborativo: la risposta all'incertezza nei rapporti tra Fisco e contribuente*, in *Corriere trib.*, n. 20/2015, pag. 1541 ss.

⁷⁵ G. ALLEVATO, *La "cooperative compliance" italiana e il progressivo allineamento agli standard internazionali*, in *Corriere trib.*, n. 4/2016, pag. 3175.

⁷⁶ OECD (2008), *Study into the Role of Tax Intermediaries*, OECD Publishing.; OECD (2013), *Co-operative Compliance. A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing.; OECD (2016), *Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks*, OECD Publishing, Paris.

finanziaria, in modo da condividere ed esaminare in via preventiva tutte le possibili situazioni suscettibili a far emergere il rischio fiscale, inteso come il rischio di realizzazione da parte dell'impresa-contribuente di operazioni in violazione della normativa tributaria o in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento⁷⁷.

Per poter accedere al regime di adempimento collaborativo sono richiesti dei requisiti peculiari (vedi *infra* Par. 3.4) che le imprese devono possedere, ora in termini soggettivi ora oggettivi. In particolare, il presupposto essenziale per poter accedere al regime è l'adozione da parte dell'impresa, di un sistema di controllo interno volto alla gestione della variabile fiscale (cd. "*Tax Control Framework*") che consenta la conoscenza effettiva dei rischi fiscali presenti, una loro autovalutazione aziendale interna e un aggiornamento costante sulla posizione dell'impresa all'Amministrazione finanziaria in ottica di trasparenza e cooperazione, in modo che ottenga la comunicazione tempestiva di eventuali rischi di natura fiscale. I contribuenti che accederanno al regime avranno diritto ad una serie di effetti "*premiali*" (vedi *infra* Par. 3.6).

Il regime di adempimento collaborativo consente, dunque, di implementare una forma di cooperazione con l'Amministrazione finanziaria (consentendole di raggiungere il suo interesse) avente forte impatto sulla *compliance* del contribuente e sul suo livello di maturità. Consente di rafforzare e migliorare l'attenzione nell'assetto aziendale al governo della variabile fiscale, di incentivare maggiore responsabilità e prevenzione da parte del contribuente nella realizzazione delle varie operazioni. Si può affermare che l'adempimento collaborativo consente una più incisiva partecipazione del contribuente "*alla definizione dell'obbligazione tributaria*"⁷⁸, conferendogli l'opportunità di gestire le situazioni di incertezza in materia fiscale mediante un contraddittorio preventivo con l'Amministrazione finanziaria, in ottica deflativa al contenzioso tributario.

⁷⁷ Art. 3 D.Lgs. n. 128/2015.

⁷⁸ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 28.

3.1 I programmi di *Cooperative Compliance* negli altri ordinamenti

Oltre che all'interno dell'ordinamento italiano, anche negli altri ordinamenti sono presenti, e attualmente attivi, dei programmi di *Cooperative Compliance* basati su principi sanciti dall'OCSE a livello internazionale.

I principali Paesi, oltre all'Italia, che hanno implementato al loro interno dei modelli diretti a migliorare la gestione e la *compliance* fiscale sono⁷⁹:

- Australia: “*Annual Compliance Arrangements*”;
- Irlanda: “*Cooperative Approach to Tax Compliance*”;
- Nuova Zelanda: “*Cooperative Compliance Initiative*”;
- Olanda: “*Horizontal Monitoring*”;
- Regno Unito: “*Tax Compliance Risk Management Process Template*”;
- Spagna: “*Forum for Large Taxpayers*”;
- Stati Uniti: “*Compliance Assurance Process*”.

Tra questi Paesi si prendono in considerazione, a titolo esemplificativo, l'Olanda, il Regno Unito e gli Stati Uniti.

L'Olanda⁸⁰, con l'implementazione del regime di “*Horizontal Monitoring*”, mira a porre sullo stesso piano il Fisco e i contribuenti (siano essi multinazionali o piccole e medie imprese). In questo modo, il contribuente si troverà in un rapporto “orizzontale” con l'Amministrazione finanziaria basato su una forte collaborazione, eliminando la tradizionale concezione della posizione di soggezione che ha il contribuente nei confronti del Fisco (visione di un rapporto “verticale”). Il regime di “*Horizontal Monitoring*” si pone come un approccio alla gestione dei rischi fiscali con l'obiettivo di accrescere la collaborazione, la trasparenza e il senso di responsabilità tra i soggetti in gioco nel rapporto fiscale e l'adempimento spontaneo dei contribuenti.

⁷⁹ P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pag. 137.

⁸⁰ Cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 16 ss.; L. VAN DER HEL-VAN DIJK E T. POOLEN, *Horizontal Monitoring in the Netherlands: at the crossroads*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 12/2013.

Nel Regno Unito⁸¹, lo specifico programma di *Cooperative Compliance* è attuato mediante il “*Tax Compliance Risk Management Process Template*” che viene riservato ai soli grandi contribuenti considerati “*low-risk*” sulla base dell’attività da essi svolta e dalle dimensioni dell’impresa. Per poter accedere a questo processo, i contribuenti devono essere anche dotati di un “*appropriate accounting arrangement*” che consenta di rilevare i possibili rischi fiscali, di presidiare le aree più sensibili a tale rischio e di ripartire ruoli e responsabilità all’interno dell’assetto aziendale.

Negli Stati Uniti⁸², viene adottato il “*Compliance Assurance Process*” (CAP), il quale mira alla realizzazione di un rapporto di cooperazione tra contribuenti e *Internal Revenue Service* (IRS) volto a una maggior trasparenza in ottica fiscale, che consente la segnalazione tempestiva di possibili problematiche andando a semplificare le attività di controllo. Per poter accedere al CAP è necessario che l’impresa-contribuente sia dotata di un sistema di controllo del rischio fiscale, il quale consenta una *disclosure* preventiva mediante un *Memorandum of Understanding* tra il contribuente e l’*Internal Revenue Service*.

3.2 Il recepimento in Italia del regime di adempimento collaborativo: la L. n. 23/2014 e il D.Lgs. n. 128/2015

L’istituto del regime di adempimento collaborativo trae origine dalla necessità dell’Italia di uniformarsi ai principi stabiliti a livello internazionale in materia di certezza fiscale e di trasparenza, prevenzione e collaborazione nei rapporti instaurati dal contribuente con l’Amministrazione finanziaria⁸³. Tale rapporto poggia su una cd. “*enhanced relationship*”, definita così dall’OCSE nel documento “*Study into the role of Tax Intermediaries*” (vedi *supra* Cap. 2, Par. 2).

⁸¹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 17 ss.; “*Executive summary*” consultabile sul sito www.gov.uk.

⁸² G. MARINO, in *ibidem.*; “*Compliance Assurance Process*” documenti consultabili sul sito www.irs.gov.

⁸³ C. MELILLO, *L’evoluzione del rapporto Fisco-impresa secondo le linee guida dell’OCSE*, in *Rass. trib.*, n. 4/2015, pag. 392 ss.

Il regime (opzionale) di adempimento collaborativo, pensato per l'ordinamento italiano, prese le mosse tra il giugno e il luglio del 2013 in cui l'Agenzia delle Entrate decise di dare avvio alla sperimentazione del regime mediante il cd. "Progetto Pilota"⁸⁴, a cui si poteva aderire su base volontaria. Con il Progetto Pilota vennero individuati gli elementi e le caratteristiche sui quali avrebbe dovuto poggiare il nuovo schema di interlocuzione con l'Amministrazione finanziaria. In particolare, oggetto di valutazione era anche la volontà e l'impegno del contribuente più virtuoso a fornire informazioni tempestive e veritiere al Fisco, in un'ottica di *compliance* fiscale⁸⁵.

Lo scopo fu, dunque, quello di valutare la possibilità di poter introdurre un tipo di forma di controllo basata su un approccio *ex ante* e se questa fosse in grado di determinare effetti positivi sul livello di *compliance* del contribuente e in materia di certezza fiscale.

I requisiti⁸⁶ essenziali per poter accedere al Progetto Pilota erano:

- Il qualificarsi come "grandi contribuenti": ossia le imprese con volume d'affari o ricavi superiore a 100 milioni di fatturato;
- L'adozione dei modelli organizzativi di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 o di un sistema di gestione e controllo del rischio fiscale (i.e. *Tax Control Framework*).

I requisiti preferenziali, invece, erano:

- L'essere parte di un gruppo multinazionale o lo svolgimento dell'attività in Italia o all'estero mediante una stabile organizzazione;
- L'aver aderito ad altri programmi di *Cooperative Compliance*;
- L'aver attuato misure inerenti al regime di adempimento collaborativo.

Al Progetto Pilota si candidarono 84 imprese.

Successivamente, nel marzo 2014, entrò in vigore la L. n. 23/2014 recante "Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato

⁸⁴ Il Progetto fu delineato per far fronte all'imminente approvazione della L. n. 23/2014, al cui art. 6 fu attribuito al Governo il compito di migliorare la certezza dei rapporti tra Fisco e contribuenti e a cui fu data attuazione con il D.Lgs. n. 128/2015. Cfr. I. CARACCIOLI, F. GHISELLI, M. SALVATORE, P. VALENTE, *Proposta di un manifesto generale per la "tax compliance" e i rapporti tra Stato e cittadino-contribuente*, in *Corriere trib.*, n. 22/2014, pag. 1725 ss.; B. FERRONI, *Cooperative Compliance: finalmente ai blocchi di partenza il regime di adempimento collaborativo*, in *Il Fisco*, n. 21/2016, pag. 2015 ss.

⁸⁵ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 20 e 142.

⁸⁶ C. MELILLO, *Regime di adempimento collaborativo e monitoraggio del rischio fiscale: incentivi, semplificazioni e oneri*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6/2015, pag. 968 ss.

alla crescita". In particolare, è in attuazione degli artt. 5, 6 e 8 comma 2 che venne istituito il regime di adempimento collaborativo, dando incentivo alla creazione di una forma di collaborazione e comunicazione più rafforzata per i contribuenti più virtuosi. A dare attuazione alla Legge Delega Fiscale del 2014 è il D.Lgs. n. 128/2015 recante "*Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente*".

Precisamente, viene disciplinato il regime di adempimento collaborativo nelle relazioni intercorrenti tra Fisco e imprese-contribuenti dotati di "*un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale*", che consenta il monitoraggio e la possibilità di effettuare una autovalutazione dei rischi da parte del contribuente. Sulla base di tale regime, si attua uno scambio continuo di informazioni tra i soggetti oggetto della relazione fiscale, caratterizzata da una forma di interlocuzione costante e preventiva in ottica deflativa del contenzioso tributario. Ciò è sicuramente un elemento ottimale per il contribuente, il quale può venire a conoscenza della posizione dell'Amministrazione finanziaria su operazioni idonee a far sorgere dei rischi fiscali, prima della presentazione delle dichiarazioni fiscali, ed eventualmente adeguarsi.

La gestione del rischio fiscale sulla base del regime di adempimento collaborativo prevede degli impegni specifici per entrambe le parti. Da un lato, per il contribuente, vi è il dovere di istituire e mantenere il sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo interno del rischio fiscale, collaborando in modo tempestivo e trasparente con l'Agenzia delle Entrate, fornendole tutte le informazioni relative alle aree di rischio e alla pianificazione fiscale sulla base dei principi di affidabilità, correttezza e onestà⁸⁷. Dall'altro lato, per l'Amministrazione finanziaria, vi è il dovere di valutare in termini di ragionevolezza e proporzionalità il sistema di gestione del rischio adottato dal contribuente, nonché di pubblicare periodicamente sul sito istituzionale l'aggiornamento delle operazioni considerate come pianificazione fiscale aggressiva, di promuovere la relazione con il contribuente in ottica di certezza del diritto, semplificazione della materia e cooperazione⁸⁸.

⁸⁷ Art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 128/2015. Cfr. G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 61.

⁸⁸ Art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 128/2015.

Di seguito, sono intervenuti il Provvedimento direttoriale dell’Agenzia delle Entrate n. 54237 del 2016, che ha fornito specificazioni ulteriori in tema di requisiti di accesso al regime, e la Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 38/E/2016⁸⁹.

Infine, il Provvedimento direttoriale dell’Agenzia delle Entrate n. 101573 del 2017⁹⁰, che ha precisato le forme e i termini per lo svolgimento della procedura del regime, le varie competenze e i controlli.

Dopo aver delineato una visione complessiva dell’istituto del regime di adempimento collaborativo, nei paragrafi seguenti si procederà ad una breve parentesi sull’attualità e, di seguito, all’illustrazione vera e propria della disciplina.

3.3 Profili di attualità: il cd. “Piano Colao”

L’emergenza epidemiologica da Codiv-19, presente ormai dagli inizi dell’anno 2020, ha colpito fortemente l’Italia. Le misure precauzionali attuate per evitare il dilagare di una nuova ondata hanno chiaramente contribuito a generare una grave crisi, economica e sociale, in tutto il mondo.

A seguito di questo scenario, molte imprese devono far fronte a drastici cali del loro volume di affari e cercare di porre in essere manovre specifiche che, in una situazione come questa, siano in grado di farle riemergere dalla crisi economica.

Oggetto di questi paragrafi è il regime di adempimento collaborativo e, a tal proposito, si ritiene opportuno menzionare il cd. “Piano Colao”: un documento recante “*Iniziativa per il rilancio Italia 2020-2022*” proprio a fronte della situazione di estrema crisi dovuta alla pandemia, elaborato da un Comitato di esperti in materia economica e sociale presieduto dal dottor Vittorio Colao.

L’obiettivo perseguito attraverso la redazione di questo Piano consiste nel potenziamento delle infrastrutture economiche e sociali italiane, nell’offrire misure di

⁸⁹ Cfr. B. FERRONI, *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi imprese*, in *Il Fisco*, n. 25/2017, pag. 2407 ss.; G. ALLEVATO, *La “cooperative compliance” italiana e il progressivo allineamento degli standard internazionali*, in *Corriere trib.*, n. 41/2016, pag. 3168 ss.

⁹⁰ F. PISTOLESI, *Le regole procedurali nel provvedimento di attuazione del regime di adempimento collaborativo*, in *Corriere trib.*, n. 30/2017, pag. 2412 ss.

sostegno ai soggetti e alle imprese, nel ridurre l'economia sommersa e nel trasformare l'Italia in un Paese "più resiliente, più reattivo e competitivo, più equo e sostenibile"⁹¹. Il Piano Colao è suddiviso in 6 aree relative a diverse azioni: i) imprese e lavoro; ii) infrastrutture e ambiente; iii) turismo, arte e cultura; iv) Pubblica Amministrazione; v) istruzione, ricerca e competenze; vi) individui e famiglie.

Stando alla crisi economica attuale, sulla base di alcune considerazioni mosse all'interno del Piano, una riforma sulla fiscalità sarà un tema che dovrà necessariamente essere preso in considerazione. In particolare, si auspica venga intrapresa una strategia fiscale di "ampio respiro", incentrata sull'equità e su un rapporto reciproco di fiducia e collaborazione tra Fisco e cittadini-contribuenti⁹².

Le aree del Piano che sono oggetto di interesse relativamente al tema in parola, sono l'area dedicata all'impresa e al lavoro e l'area relativa alla Pubblica Amministrazione. Più specificamente, si ritiene che il punto di partenza per il rilancio dell'Italia siano proprio le attività economiche. Il Comitato propone una serie di interventi mirati⁹³ tra i quali emerge l'incentivare l'adozione di sistemi di *Tax Control Framework* nelle imprese rafforzando il rapporto di comunicazione preventivo tra queste ultime e l'Amministrazione finanziaria. Tale intervento mira, anche, alla introduzione della non applicabilità delle sanzioni amministrative e penali per le società che: abbiano implementato il regime di adempimento collaborativo o, anche solamente, un modello specifico di gestione e controllo del rischio fiscale (i.e. *Tax Control Framework*) e che abbiano segnalato e documentato tutte quelle operazioni possibilmente soggette a rischi fiscali. Emerge, così, quanto la presenza di un sistema di gestione e di controllo del rischio fiscale sia ormai un elemento estremamente vantaggioso e idoneo anche a valutare il contribuente in termini di affidabilità.

Sempre in tema di adempimento collaborativo e più precisamente in materia di rapporto di collaborazione tra Fisco e contribuente, importante è l'area relativa alla Pubblica Amministrazione, nella quale vengono descritti una serie di interventi finalizzati a renderla più trasparente, più moderna e veloce nei rapporti con i cittadini. Il Comitato

⁹¹ "Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022", pag. 5, documento consultabile sul sito www.governo.it.

⁹² "Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022", pag. 10, in *ibidem*.

⁹³ "Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022", pag. 14 ss., in *ibidem*.

elabora delle azioni specifiche aventi l'obiettivo di trasformare la Pubblica Amministrazione in un forte alleato dei cittadini e, in particolare, delle imprese⁹⁴.

In conclusione, secondo il Comitato *“è oggi urgente riformare, trasformare e innovare il nostro Paese con decisione e coraggio, traducendo piani e iniziative in atti concreti in grado di produrre risultati già nel breve termine. Solo così sarà possibile stimolare il rilascio delle energie individuali e collettive necessarie per rilanciare il Paese e creare una Italia più forte, resiliente ed equa”*.

3.4 I requisiti di accesso

Per poter accedere al regime di adempimento collaborativo le imprese-contribuenti necessitano di alcuni requisiti: soggettivi, relativi a requisiti dimensionali (quantitativi) che l'impresa deve presentare, e oggettivi, quali requisiti qualitativi come la presenza del *Tax Control Framework*⁹⁵.

In particolare, con riferimento ai requisiti soggettivi, occorre far riferimento all'art. 7 del D.Lgs. n. 128/2015, il quale stabilisce che sono ammessi al regime:

- a) I contribuenti che inoltrano domanda telematica sulla base del modello predisposto sul sito istituzionale dell'Agenzia delle entrate, la quale deve comunicare l'eventuale ammissione del contribuente entro i 120 giorni successivi alla sua domanda⁹⁶;
- b) I contribuenti *“di maggiori dimensioni”*, residenti e non residenti, che conseguono un volume di affari o di ricavi non inferiore a dieci miliardi di euro⁹⁷ e, negli anni 2020-2021, ai sensi del D.L. n. 120/2020, anche ai contribuenti un volume di affari o di ricavi non inferiore a cinque miliardi di euro (la soglia viene abbassata a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19);

⁹⁴ *“Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022”*, pag. 30 ss., in *ibidem*.

⁹⁵ G. ALLEVATO, *La “cooperative compliance” italiana e il progressivo allineamento degli standard internazionali*, in *Corriere trib.*, n. 41/2016, pag. 3171 ss.

⁹⁶ Art. 7, comma 2, D.Lgs. n. 128/2015.

⁹⁷ Art. 7, comma 4, lett. a), D.Lgs. n. 128/2015.

- c) I contribuenti che abbiano presentato istanza di adesione al Progetto Pilota sul regime di adempimento collaborativo del 2013, i quali conseguono un volume di affari o di ricavi non inferiore a un miliardo di euro⁹⁸.

Oltre a queste disposizioni, ai sensi dell'art. 2, comma 3, del D.Lgs. n. 147/2015 (*“Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese”*), sono ammessi (con forma alternativa) al regime di adempimento collaborativo⁹⁹:

- a) Le imprese, anche prive di requisiti dimensionali prescritti dal D.Lgs. n. 128/2015, che, a seguito di interpello sui nuovi investimenti, intendono dare esecuzione alla risposta dell'Agenzia delle entrate.

Inoltre, ai sensi dell'art. 1-bis, comma 10, del D.L. n. 50/2017, possono accedere al regime di adempimento collaborativo¹⁰⁰:

- a) Le imprese (quali società non residenti, appartenenti a gruppi multinazionali con ricavi superiori a un miliardo di euro annui e che effettuino cessioni di beni e prestazioni di servizi nel territorio dello Stato per un ammontare superiore a 50 milioni di euro) che si sono avvalse della *“procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata”*, che sono dotate di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato avendone estinto i debiti.

Infine, il Provvedimento direttoriale dell'Agenzie delle entrate n. 54237/2016 prevede che le imprese che presentano i requisiti dimensionali hanno la facoltà di chiedere l'ammissione al regime anche delle imprese residenti o non residenti con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, che svolgano funzioni di indirizzo¹⁰¹ relativamente al sistema di gestione e controllo del rischio fiscale e anche non in possesso dei requisiti dimensionali, mediante il cd. *“ingresso per trascinamento”*. Il trascinamento è applicabile anche alle imprese che conseguono un volume di affari o di ricavi non superiore a un miliardo di euro, qualora la domanda di accesso al Progetto

⁹⁸ Art. 7, comma 4, lett. b), D.Lgs. n. 128/2015.

⁹⁹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 144 ss.

¹⁰⁰ G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 68 ss.

¹⁰¹ Per *“funzione di indirizzo”* si intende la previsione e attuazione di una relazione organizzativa in forza della quale un soggetto ha il potere di emanare provvedimenti in materia di sistema di controllo interno, verificando che sia in linea con gli obiettivi strategici e la propensione al rischio dell'impresa. Cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 147.

Pilota sia stata presentata dall'impresa appartenente al gruppo che svolge funzioni di indirizzo relativamente al sistema di gestione e controllo del rischio fiscale¹⁰².

3.4.1 Il *Tax Control Framework*

Per poter accedere al regime di adempimento collaborativo, le imprese, oltre ad essere dotate di requisiti dimensionali/quantitativi, devono disporre necessariamente di un requisito qualitativo di fondamentale importanza.

Si parla, a tal proposito, di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale¹⁰³, già implementato e funzionante all'interno dell'impresa che chiede di accedere al regime. Dunque, il presupposto oggettivo per accedere al regime consiste nella dotazione dell'impresa del cd. "*Tax Control Framework*" (TFC).

A seguito dell'evoluzione in materia di definizione del *Tax Control Framework* condotta dall'OCSE (vedi *supra* Cap. 2, Par. 2), in Italia, l'introduzione di un sistema di *Tax Control Framework* a livello normativo, è avvenuta con la L. n. 23/2014 ai sensi dell'art. 6, comma 1, che prevede in delega al Governo l'introduzione "*di norme che prevedano forma di comunicazione e di cooperazione rafforzata, anche in termini preventivi rispetto alle scadenze fiscali, tra le imprese e l'Amministrazione finanziaria, nonché, per i soggetti di maggiori dimensioni, la previsione di sistemi aziendali strutturati di gestione e di controllo del rischio fiscale, con una chiara attribuzione di responsabilità nel quadro del complessivo sistema dei controlli interni (...)*".

A dare attuazione a tale disposizione è il D.Lgs. n. 128/2015 e, precisamente, in materia di *Tax Control Framework* gli artt. 3 e 4.

¹⁰² In merito all'"ingresso per trascinamento", cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 144 ss.; B. FERRONI, *Cooperative compliance: partecipazioni dei gruppi e profili di corporate governance*, in *Il Fisco*, n. 42/2016, pag. 4044 ss.; C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 158.

¹⁰³ Art. 3 D.Lgs. n. 128/2015, il rischio fiscale è da intendersi "*quale rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario*".

L'art. 4, in particolare, fornisce l'indicazione di quelli che sono i requisiti specifici che un sistema di *Tax Control Framework* deve possedere, che consistono in¹⁰⁴:

- Una strategia fiscale: intesa come un documento scritto e firmato dagli amministratori della società e che rifletta gli obiettivi con riferimento alla gestione della variabile fiscale sulla base di un piano di azione elaborato a livello strategico e operativo¹⁰⁵;
- La definizione di ruoli e responsabilità: requisito attuato sulla base del principio di separazione dei compiti (cd. "*segregation of duties*");
- Le procedure: il sistema di controllo deve essere in grado di svolgere efficacemente una azione di presidio dei rischi fiscali mediante apposite procedure di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio;
- Il monitoraggio: il sistema di controllo deve consentire di individuare possibili errori o carenze nel sistema operativo, nonché consentire di porre in essere ottimali misure correttive;
- L'adattabilità: al contesto aziendale di riferimento, sia interno sia esterno;
- Una relazione agli organi di gestione: avente cadenza annuale, ai fini di poter valutare l'operato del sistema di controllo.

Il legislatore, oltre a questi requisiti, non individua uno schema normativo predefinito per l'implementazione del *Tax Control Framework*. Dunque, secondo la dottrina, è possibile far riferimento al contesto internazionale, inquadrando il TCF come una specie di sistema di controllo interno. In questo modo, si potrà fare riferimento al modello di *Enterprise Risk Management* (elaborato dal COSO, vedi *supra* Cap. 2, Par. 3.1), come "*best practice*" per poter attuare un efficiente ed efficace controllo all'interno delle imprese soddisfacendo i requisiti ai fini di accesso al regime di adempimento collaborativo¹⁰⁶.

Si ritiene, inoltre, che l'attuazione di un regime di collaborazione tra Fisco e amministrazione finanziaria che poggia sul requisito oggettivo del *Tax Control*

¹⁰⁴ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 149 ss.; Cfr. Provvedimento direttoriale n. 54237/2016, punto 3.3, consultabile sul sito www.agenziaentrate.gov.it.

¹⁰⁵ G. ALLEVATO, *La "cooperative compliance" italiana e il progressivo allineamento degli standard internazionali*, in *Corriere trib.*, n. 41/2016, pag. 3170.

¹⁰⁶ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 152 ss.

Framework, è da valutare con estremo favore sulla base dei valori di onestà, correttezza e trasparenza che dovrebbero sempre caratterizzare l'attività di impresa.

È, infatti, proprio attraverso l'affidabilità del sistema di gestione e controllo del rischio fiscale che l'Amministrazione finanziaria mira a debellare tutte le operazioni fiscalmente illecite¹⁰⁷.

3.5 L'ammissione al regime e lo svolgimento della procedura

I Provvedimenti direttoriali n. 54237/2016 e n. 101573/2017, attuativi delle disposizioni previste nel D.Lgs. n. 128/2015 ai sensi dell'art. 7, hanno regolato la procedura di accesso al regime.

Nello specifico, sulla base del Provvedimento n. 54237, l'impresa che vuole accedere al regime di adempimento collaborativo è tenuta a presentare l'istanza di accesso al regime (reperibile sul sito dell'Agenzia delle Entrate) alla Direzione Centrale Accertamento, attraverso l'utilizzo della posta elettronica certificata (Punto 4.2). Per i soggetti non residenti, la domanda può essere presentata attraverso la posta elettronica ordinaria (Punto 4.3).

L'istanza di accesso al regime deve contenere (Punto 4.4): i) la denominazione dell'impresa, gli elementi identificativi del suo legale rappresentante, la sede legale o il domicilio fiscale, se diverso, il codice fiscale o la partita IVA, l'indicazione dei recapiti del domiciliatario per la procedura presso il quale si richiede di inoltrare le comunicazioni ad essa inerenti; ii) la dichiarazione di possedere uno dei requisiti soggettivi previsti; iii) la dichiarazione di implementazione di un sistema di controllo del rischio fiscale; iv) l'eventuale richiesta di ammissione al regime dell'impresa che svolge funzioni di indirizzo in relazione al sistema di controllo del rischio fiscale; v) la sottoscrizione dell'istanza da parte dell'istante o del suo rappresentante legale.

Inoltre, la domanda di accesso deve essere accompagnata dalla seguente documentazione (da presentare entro 30 giorni dall'istanza, Punto 4.5): i) una descrizione dell'attività svolta dall'impresa; ii) la strategia fiscale adottata; iii) la

¹⁰⁷ G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 72-73.

descrizione del sistema di gestione e di controllo del rischio fiscale e del suo funzionamento; iv) la mappa dei processi aziendali; v) la mappa dei rischi fiscali individuati dal sistema di controllo.

Nel caso in cui non venga presentata tale documentazione richiesta, ai fini di accesso al regime, seguirà la rinuncia del contribuente alla procedura.

Durante l'attività istruttoria, volta a valutare la possibile ammissione al regime dell'impresa, i dipendenti dell'Agenzia delle Entrate hanno la facoltà di accedere nelle sedi di svolgimento dell'attività d'impresa per reperire qualsiasi elemento necessario alla valutazione (Punto 5.4). Tutte le informazioni acquisite durante l'attività istruttoria sono coperte dal segreto d'ufficio e non sono utilizzabili per innescare delle verifiche o dei controlli ulteriori¹⁰⁸.

Alla conclusione dell'attività istruttoria e, comunque, entro 120 giorni dal ricevimento dell'istanza di accesso al regime, l'Agenzia delle Entrate provvede a comunicare al contribuente l'ammissione (inserendo il contribuente nell'elenco redatto sul sito istituzionale dell'Agenzia delle Entrate) o il diniego al regime, con le stesse modalità con cui il contribuente presenta l'istanza (Punto 5.6).

Per quanto riguarda la fase successiva all'ammissione del regime, in materia di interlocuzione preventiva e costante tra impresa-contribuente e Amministrazione finanziaria, sulla base del Provvedimento n. 101573/2017, viene prevista l'assegnazione a ciascuna impresa di due funzionari di riferimento che avranno il compito di interfacciarsi direttamente con l'Agenzia e apprendere tutti gli elementi e le problematiche che caratterizzano l'impresa (Punto 4.2). Tali funzionari non sono dotati di poteri decisionali, ma devono necessariamente essere coinvolti nelle attività volte alla valutazione dell'efficacia del *Tax Control Framework*¹⁰⁹.

Una volta attuata la procedura, il contribuente e l'ufficio dell'Agenzia competente procederanno a concordare la soglia di materialità quantitativa e qualitativa relativa ad una fattispecie specifica idonea a far nascere dei rischi fiscali, sulla quale saranno operanti i doveri di collaborazione tra le parti (Punto 4.4). In questo modo, viene

¹⁰⁸ Cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 158.

¹⁰⁹ B. FERRONI, *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi imprese*, in *Il Fisco*, n. 25/2017, pag. 2409 ss.

definito il “*perimetro*” degli obblighi di comunicazione¹¹⁰ che comprenderà anche la comunicazione di modifica delle circostanze di fatto o di diritto oggetto di interlocuzione e l’invio di una relazione annuale relativa a verifiche e controlli effettuare per presidiare i rischi fiscali¹¹¹.

L’attività di interlocuzione tra Amministrazione finanziaria e contribuente sarà oggetto di formalizzazione in merito alle posizioni assunte dalle parti¹¹².

Il Provvedimento in parola prevede la possibilità di redigere un “*accordo di adempimento collaborativo*” (Punto 5.4) con il fine di formalizzare le posizioni condivise tra le parti relativamente al trattamento fiscale di operazioni strategiche dell’impresa. Il contenuto di questo accordo “*vincola le parti per il periodo di imposta nel corso del quale è stata definita la soluzione condivisa e per i periodi di imposta successivi, fatti salvi i mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto rilevanti*”.

Inoltre, viene previsto che con cadenza annuale le parti redigano una “*nota di chiusura della procedura*” (Punto 5.5), nella quale vengano riepilogate le posizioni oggetto di accordo di adempimento collaborativo, le posizioni che richiedono specifici approfondimenti tecnici o accertamenti di notevole complessità che possono essere rinviate (cd. “*posizioni rinviate*”) e le posizioni dell’Agenzia non condivise dal contribuente (cd. “*posizioni sospese*”)¹¹³.

Il sistema di controllo interno all’interno dell’impresa rappresenta un vero e proprio dovere al quale deve far fronte il contribuente. D’altro canto, l’Agenzia delle Entrate, durante lo svolgimento della procedura, dovrà impegnarsi a comunicare periodicamente i risultati da essa riscontrati relativi al regime e a collaborare con il contribuente agendo prontamente in caso di necessità tenendo conto delle valutazioni effettuate dagli organi di gestione dell’impresa (Punto 2.3).

All’Agenzia delle Entrate (in particolare, all’Ufficio *Cooperative Compliance* della Direzione Centrale Accertamento) spetta, inoltre, la competenza in via esclusiva (e il tutoraggio per i grandi contribuenti) del controllo relativamente all’attività del regime di adempimento collaborativo, al corretto adempimento degli obblighi tributari e delle

¹¹⁰ B. FERRONI, in *ibidem*.

¹¹¹ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 159.

¹¹² B. FERRONI, in *ibidem*.

¹¹³ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 160 ss.

dichiarazioni rispondendo, in tal senso, a una esigenza di efficienza, efficacia e economicità dell'attività amministrativa¹¹⁴.

3.6 Gli effetti del regime

Essendo il regime di adempimento collaborativo, uno strumento avente lo scopo di evitare che il contribuente incorra in una violazione della normativa tributaria, fornendogli la possibilità di interfacciarsi in via preventiva con l'Amministrazione finanziaria e permettendogli di essere fiscalmente trasparente, gli effetti che derivano dall'accesso al regime di adempimento collaborativo e al suo mantenimento sono effetti vantaggiosi per il contribuente. In particolare, si segnalano la facoltà per il contribuente-impresa di avvalersi di una procedura abbreviata di interpello preventivo¹¹⁵ e la riduzione della sanzione applicata in caso di violazione¹¹⁶. Si tratta di effetti che mirano a incentivare il contribuente ad aderire al regime.

Ai sensi dell'art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 128/2015 *“l'adesione al regime comporta altresì per i contribuenti una procedura abbreviata di interpello preventivo in merito all'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti, in relazione ai quali l'interpellante ravvisa rischi fiscali?”*.

È il Decreto attuativo n. 148/2016 del Ministero dell'Economia e della Finanza a disciplinare le modalità di applicazione dell'istituto. Nello specifico, l'istanza di interpello abbreviato è destinata all'Agenzia delle Entrate, la quale entro 15 giorni provvede a verificarne l'idoneità e la presenza dei requisiti richiesti e, successivamente, entro il termine 45 giorni provvede a dare risposta. La risposta avrà efficacia solo in relazione alla fattispecie oggetto di interpello e ai comportamenti tenuti dal contribuente oggetto della stessa fattispecie. I contribuenti che, in seguito, non si adeguano al parere reso a fronte dell'interpello dall'Agenzia delle Entrate, devono informare quest'ultima. Per quanto riguarda l'effetto relativo all'apparato sanzionatorio, l'accesso al regime di adempimento collaborativo comporta la riduzione delle sanzioni amministrative per la

¹¹⁴ G. MARINO, in *Op. cit.*, pag. 170.

¹¹⁵ A. MERCATELLI, *Cooperative Compliance: come funziona il nuovo interpello "sprint"*, in *Pratica fiscale e professionale*, n. 32-33/2016, pag. 27 ss.

¹¹⁶ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 163 ss.

comunicazione tempestiva (prima della presentazione delle dichiarazioni) di fattispecie suscettibili di generare rischi fiscali e sulle quali l’Agenzia non condivide la posizione del contribuente. Precisamente, ai sensi dell’art. 6, comma 3, D.Lgs. n. 128/2015, la riduzione è della metà e, comunque, la sanzione non può superiore al minimo edittale. La riscossione è sospesa fino alla definitività dell’accertamento.

Si ritiene che la previsione di una riduzione dell’apparato sanzionatorio amministrativo sia da inquadrare come un effetto “premiale”, principalmente volto a salvaguardare una forma di collaborazione tra contribuente e Amministrazione finanziaria anche dopo l’irrogazione della sanzione¹¹⁷. Si può affermare che sia proprio la riduzione della sanzione amministrativa applicata, con conseguente pagamento volto all’eliminazione degli effetti provocati dall’illecito, il “*miglior mezzo per assicurarsi la futura lealtà del contribuente*”¹¹⁸. Questo sulla base di un orientamento della dottrina che conferisce agli istituti di *tax compliance* una funzione di depotenziamento dell’imperio determinato dalla funzione impositiva, derivante proprio dalla creazione di più forme di collaborazione tra Fisco e contribuente che di per sé sono posti in posizioni differenti¹¹⁹. È fatta salva la previsione in merito al fatto che qualora il contribuente, in seguito alle interlocuzioni preventive con l’Amministrazione finanziaria, non si adegui alla posizione espressa da quest’ultima, potrà avvalersi delle norme in materia di ravvedimento operoso fino al momento in cui non avviene l’emanazione dell’atto impositivo¹²⁰.

In merito alla responsabilità penale, ex art. 6, comma 4, D.Lgs. n. 125/2018 è previsto che in caso di denuncia per reati fiscali, l’Agenzia delle Entrate comunica alla Procura della Repubblica se il contribuente abbia aderito al regime, fornendo, se richiesta, ogni informazione utile relativa al controllo del rischio fiscale e ai ruoli e alle responsabilità previste. La sanzione penale derivante dovrà essere letta in un’ottica di funzione rieducativo-riparatoria (orientata alla collaborazione) e non di funzione preventiva¹²¹.

¹¹⁷ G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 75-76.

¹¹⁸ G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 53.

¹¹⁹ G. RAGUCCI, in *ibidem*.

¹²⁰ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 168.

¹²¹ G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 76.

3.7 Le cause di esclusione e di interruzione dal regime e la revoca

Una volta che il contribuente-impresa accede al regime di adempimento collaborativo, può accadere che sia oggetto di successiva esclusione da parte dell'Agenzia delle Entrate. Ai sensi dell'art. 7, comma 3, D.Lgs. n. 128/2015 l'Agenzia delle Entrate, con provvedimento motivato, ha la facoltà di dichiarare l'esclusione dal regime del contribuente¹²² qualora quest'ultimo non sia più in possesso dei requisiti espressamente previsti per l'accesso al regime o nel caso di mancato rispetto degli impegni di cui all'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 128/2015.

In particolare, le cause di esclusione specifiche vengono elencate nel Provvedimento direttoriale n. 101574/2017 (Capo III, Punto 9) e consistono:

- Nel *“conseguimento, per tre esercizi consecutivi, di volumi di affari o di ricavi significativamente inferiori ai limiti dimensionali di cui all'art. 7, comma 4, D.Lgs. n. 128/2015, sempre che tale evento non dipenda da fattori di mercato, esogeni all'impresa e da essa non controllabili, valutati dall'ufficio come non significativi ai fini della perdita dei requisiti di permanenza nel regime. In ogni caso non si tiene conto della perdita dei requisiti dimensionali derivanti da operazioni di aggregazione o disaggregazione aziendale infragruppo”*;
- Nella mancata rilevazione o comunicazione all'Amministrazione finanziaria del rischio fiscale *“rilevante”*;
- Nell'attuazione di uno o più comportamenti lesivi del rapporto di collaborazione improntato sulla trasparenza (i.e. la realizzazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva);
- Nella presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato per reati tributari di amministratori, dirigenti o firmatari delle dichiarazioni fiscali di soggetti ammessi al regime di adempimento collaborativo;
- Nella presentazione di memorie inidonee o non presentate nel termine previsto da parte del soggetto contribuente.

¹²² F. PISTOLESI, *Le regole procedurali nel provvedimento di attuazione dell'adempimento collaborativo*, in *Corriere trib.*, n. 30/2017, pag. 2417.

L'interruzione del regime di adempimento collaborativo può generarsi anche per espressa volontà del contribuente, in qualsiasi momento, a cui provvederà l'Agenzia delle Entrate provvederà con provvedimento di esclusione.

Infine, entra in gioco l'istituto della revoca nel momento in cui, ai fini di ammissione al regime, si ravvisino episodi gravi relativi ad una non veritiera e parziale rappresentazione delle circostanze di ammissione¹²³.

4. L'interpello sui nuovi investimenti: D.Lgs. n. 147/2015

Introducendo brevemente l'argomento, la disciplina degli interpelli "generale", ex art. 11 L. n. 212/2000, è stata oggetto di innovazione attraverso il D.Lgs. n. 156/2015¹²⁴.

L'interpello è il primo istituto del diritto tributario che fonda le proprie radici verso l'incentivazione della *tax compliance* e verso la tutela della certezza del diritto, relativamente ai rapporti tra Fisco e contribuente improntati sui principi di collaborazione e buona fede¹²⁵. È il contribuente (volontariamente), una volta individuata la questione da sottoporre all'Agenzia delle Entrate, che deve valutare quale tipologia di interpello varare, presentando l'istanza entro il termine previsto per l'assolvimento degli obblighi tributari. Si possono, attualmente, distinguere gli interpelli "*ad uso comune*": ordinario interpretativo (volto a risolvere le incertezze in materia di corretta interpretazione di norme tributarie) e ordinario qualificatorio (volto alla qualificazione della fattispecie); disapplicativo (volto alla disapplicazione di norme che, per contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive del soggetto passivo ammesse dall'ordinamento tributario); probatorio (nei casi previsti, volto a dimostrare la presenza e l'idoneità di elementi probatori richiesti per l'adozione di determinati regimi fiscali); antiabuso

¹²³ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 172.

¹²⁴ G. M. COMMITTERI e G. SCIFONI, *Revisione degli interpelli: migliorano dialogo e collaborazione tra Fisco e contribuente?*, in *Corriere trib.*, n. 42/2015, pag. 4193 ss.; A. MASTROMATTEO e B. SANTACROCE, *Istruttoria degli interpelli tra regolarizzazione dell'istanza e documentazione integrativa*, in *Il Fisco*, n. 24/2016, pag. 2329 ss.

¹²⁵ G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 18 ss.

(volto a stabilire se una determinata condotta contrasti con l'art. 10-*bis* dello Statuto in materia di abuso del diritto¹²⁶).

Ricevuta l'istanza di interpello, l'Agenzia delle Entrate deve rispondere (espressamente o tacitamente mediante "silenzio-assenso") entro 90 giorni nel caso di interpello ordinario, mentre entro 120 giorni negli altri casi. Il parere vincola l'Amministrazione finanziaria, ma non il contribuente, il quale può scegliere se adeguarsi o meno alla risposta¹²⁷.

Venendo al punto, l'interpello sui nuovi investimenti, introdotto ai sensi dell'art. 2¹²⁸ del D.Lgs. n. 147/2015 (cd. "*Decreto internazionalizzazione*"), non è stato oggetto di modifiche ai sensi del D.Lgs. n. 156/2015. Tale strumento è da considerarsi come un ulteriore meccanismo volto alla *tax compliance* d'impresa, il cui obiettivo è proprio quello di incentivare la certezza delle disposizioni tributarie e le operazioni fiscali internazionali qualificandosi come uno strumento finalizzato alla collaborazione tra Fisco e contribuente.

L'istanza, oggetto di tale interpello, può riguardare i profili fiscali relativamente a un piano di investimento, le operazioni per poterlo realizzare, l'esistenza di un'azienda o l'assenza di elementi di abuso/elusione, la sussistenza di condizioni specifiche per la disapplicazione di disposizioni antielusive o l'accesso a eventuali regimi speciali previsti dall'ordinamento tributario¹²⁹. L'Agenzia delle Entrate dovrà rispondere all'interpello entro 120 dalla presentazione dell'istanza, prorogabili di ulteriori 90 giorni

¹²⁶ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019, pag. 174 ss.

¹²⁷ F. TESAURO, in *ibidem*

¹²⁸ Art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 147/2015: "1. *Le imprese che intendono effettuare investimenti nel territorio dello Stato di ammontare non inferiore a trenta milioni di euro e che abbiano ricadute occupazionali significative in relazione all'attività in cui avviene l'investimento e durature possono presentare all'Agenzia delle Entrate un'istanza di interpello in merito al trattamento fiscale del loro piano di investimento e delle eventuali operazioni straordinarie che si ipotizzano per la sua realizzazione, ivi inclusa, ove necessaria, la valutazione circa l'esistenza o meno di un'azienda. Possono formare oggetto dell'istanza anche la valutazione preventiva circa l'eventuale assenza di abuso del diritto fiscale o di elusione, la sussistenza delle condizioni per la disapplicazione di disposizioni antielusive e l'accesso ad eventuali regimi o istituti previsti dall'ordinamento tributario. Con riferimento ai tributi non di competenza dell'Agenzia delle Entrate, quest'ultima provvede ad inoltrare la richiesta dell'investitore agli enti di competenza che rendono autonomamente la risposta*".

¹²⁹ A. MASTROMATTEO e B. SANTACROCE, *Accordi preventivi per l'internazionalizzazione e interpello sui nuovi investimenti*, in *Il Fisco*, n. 38/2015, pag. 3612 ss.

nel caso in cui sia necessario incrementare il materiale per fornire risposta in merito ai profili fiscali riguardanti l'investimento¹³⁰.

I soggetti aventi la facoltà di presentare l'istanza per questa tipologia di interpello, secondo l'art. 2, sono "le imprese" che intendono effettuare investimenti sul territorio nazionale di un ammontare non inferiore a 30 milioni di euro e con ricadute occupazionali "significantive e durature": si rilevano, così, tre condizioni specifiche.

È da ritenere, dunque, che i soggetti che esercitano una attività d'impresa possano essere gli imprenditori individuali, le società di persone o di capitali, i *trust*, i gruppi appartenenti a reti di impresa, le *joint ventures* o i consorzi¹³¹. Vengono inclusi anche tutti i soggetti che siano intenzionati ad effettuare investimenti volti allo svolgimento di una attività commerciale, anche mediante operazioni di "asset deal" (i.e. cessione di azienda), di "share deal" (i.e. cessione di partecipazioni), o di "Leveraged Buy-Out"¹³². La risposta a seguito dell'interpello è vincolante per l'Agenzia delle Entrate, salvo un successivo mutamento delle condizioni di fatto e di diritto, e quest'ultima potrà esercitare i poteri di controllo ai fini di una esatta comprensione e applicazione della risposta. A tal proposito, è da segnalare come nella disciplina non sia prevista alcuna facoltà per l'istante di impugnare la risposta dell'Agenzia e questo è sicuramente un punto di carenza in materia di tutele verso il contribuente¹³³.

L'interpello sui nuovi investimenti può collegarsi all'istituto del regime di adempimento collaborativo nel momento in cui, ai sensi dell'art. 2, comma 3 e 4, D.Lgs. n. 147/2015, il contribuente che si adegua alla risposta dell'Agenzia in materia di interpello sui nuovi investimenti potrà accedere al regime anche nel caso in cui sia privo dei requisiti prescritti per l'accesso.

Con riferimento all'interpello sui nuovi investimenti si possono muovere alcuni spunti di riflessione. In primo luogo, l'elemento caratterizzante di questa forma specifica di interpello sta nel fatto che con un'unica istanza, i soggetti possono sottoporre un quesito all'Agenzia delle Entrate relativo al proprio piano di investimento basato su una

¹³⁰ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 147 ss.

¹³¹ G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pag. 29.

¹³² M. LEO, *L'interpello sui nuovi investimenti: i chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate e le questioni ancora aperte*, in *Il Fisco*, n. 42/2016, pag. 4039.

¹³³ G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 34 ss.

molteplicità di operazioni (o di atti) collegate tra loro all'interno di un *business plan* (relativo anche a più periodi di imposta), evitando istanze duplici su medesime questioni e soddisfacendo in questo modo anche delle dinamiche di *tax compliance* preventiva in materia di pianificazione fiscale aggressiva¹³⁴. Questo, a riprova che tale strumento introduce una novità rispetto ai classici interpelli, i quali prendono ad oggetto un quesito pressoché circoscritto basato su un singolo fatto, una singola operazione.

Altra caratteristica di questa tipologia di interpello consiste nella peculiarità prevista dal disposto normativo, il quale consente all'Amministrazione finanziaria di accedere al luogo in cui è effettuato l'investimento per poter effettuare ulteriori valutazioni. Questa previsione consente di creare una sorta di analogia con l'istituto degli accordi preventivi (ex art. 31-ter, D.P.R. n. 600/1973), nonostante la differenza di fondo per la quale l'interpello acquista sostanza finale con un atto unilaterale posto in essere dall'Amministrazione finanziaria¹³⁵.

5. Riflessioni conclusive

Gli strumenti volti alla gestione e al controllo del rischio fiscale in ottica di *tax compliance* come il regime di adempimento collaborativo e gli interpelli sui nuovi investimenti non sono gli unici strumenti di gestione del rischio. Possono essere inclusi anche gli accordi preventivi stipulati tra Fisco e imprese che svolgono attività internazionale, il ravvedimento operoso che viene attuato mediante la regolarizzazione alla normativa tributaria da parte del contribuente in seguito al controllo dell'Amministrazione finanziaria, il meccanismo di "*accertamento con adesione*" definito in contraddittorio tra Amministrazione finanziaria e contribuente che deve essere sottoposto a verifiche e ispezioni e altri ancora¹³⁶.

Lo scopo che si prefiggono è quello di far sì che il contribuente adempia spontaneamente agli obblighi tributari e riesca a porre in essere una relazione di stretta collaborazione con il Fisco, basata sulla fiducia e sui principi di trasparenza, efficienza e onestà.

¹³⁴ G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 30.

¹³⁵ M. LEO, in *Op. cit.*, pag. 4039-4040.

¹³⁶ Cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 172 ss.

Prendendo in considerazione gli istituti passati in rassegna, un elemento salta subito all'occhio: la logica con cui il Legislatore introduce gli strumenti di *tax compliance* e con cui il Fisco agisce mutano da una funzione strettamente repressiva del rischio fiscale ad una funzione preventiva dello stesso. Una funzione preventiva, la quale in alcuni strumenti è improntata sull'affidabilità del contribuente-impresa che ha già implementato un efficace sistema di controllo del rischio.

Sulla base di tale prospettiva, si può rilevare un incentivo verso controlli attuati *ex ante* dall'Amministrazione finanziaria verso il contribuente, a discapito delle forme tradizionali di controllo *ex post* in relazione all'adempimento dell'obbligazione tributaria, che hanno sempre caratterizzato il rapporto Amministrazione finanziaria e contribuente-impresa¹³⁷.

¹³⁷ Cfr. G. MELIS, *Tax compliance e sanzioni tributarie*, in *Rass. trib.*, n. 3/2017, pag. 755 ss.

Sezione B

La gestione del rischio fiscale nei Modelli Organizzativi 231

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra *Corporate Tax Governance* e *Financial Crime Risk*. – 2. Il D.Lgs. n. 231/2001: generalità. – 2.1 I criteri di imputazione della responsabilità dell'ente da reato. – 3. La Direttiva UE 2017/1371 (cd. "Direttiva PIF") e il percorso attuativo. – 3.1 La *vexata quaestio* sull'introduzione dei reati tributari tra i reati presupposto: argomentazioni a sfavore. – 3.1.1 Argomentazioni a favore. – 4. Considerazioni finali: integrazione tra Modello 231 e *Tax Control Framework*.

1. Il rapporto tra *Corporate Tax Governance* e *Financial Crime Risk*

All'interno della *Corporate Tax Governance* si deve tener conto delle attività svolte e delle valutazioni da esse scaturenti, espresse da tutti i soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e nell'attività di *Tax Risk Management*. Ciò è necessario al fine di poter rilevare, misurare, gestire e monitorare i principali rischi aziendali, in particolare il rischio fiscale, definendo le fonti di rischio e assicurando dei controlli mirati.

Di conseguenza, per poter gestire efficacemente il rischio fiscale appare di notevole importanza in questo ambito tenere conto anche dei profili di responsabilità penale, specialmente nelle strategie adottate e nelle analisi effettuate dall'impresa, ai fini del *tax crime risk management*.

La logica che spinge una impresa a valutare e gestire il rischio fiscale, tenendo conto anche dell'aspetto penale, è impostata su una politica aziendale avente un approccio cd. "*risk-based*" (piuttosto che cd. "*rule-based*"), ossia incentrata sul monitoraggio dei flussi informativi e dei rapporti economico-finanziari interni dell'impresa e pronta a intervenire qualora un'attività lecita possa tradursi in un'attività penalmente rilevante ai fini fiscali¹.

Sulla base di questa visione, assume centralità il ruolo del diritto penale tributario, settore che è sempre più in progressiva espansione sul tema², da considerare anche in una prospettiva internazionale. È, infatti, importante rilevare il fenomeno del *financial*

¹ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 115 ss.

² A riguardo in C. MBLILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 314 ss., si parla anche di "*criminologia tributaria*" come una disciplina che si concentra sulle implicazioni penali e criminologiche di comportamenti a sfondo fiscale.

crime risk sulla base dei rapporti commerciali che la società può intrattenere anche con altri Paesi e, di conseguenza, con ordinamenti giuridici che possono prevedere normative diverse rispetto a quello italiano.

In Italia, si rilevano due principali testi normativi in materia: il D.Lgs. n. 74/2000, modificato con il D.Lgs. n. 158/2015 e nel quale sono inserite diverse fattispecie di reati tributari, e il D.Lgs. n. 231/2001, relativo alla responsabilità amministrativa da reato delle società e degli enti.

2. Il D.Lgs. n. 231/2001: generalità

Protagonista in un sistema di *Corporate Tax Governance* progettata con lo scopo di individuare e prevenire i *financial crime risks* è il D.Lgs. n. 231/2001, il quale ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano la disciplina della responsabilità amministrativa "e anche penale" delle società e degli enti collettivi in genere anche privi di personalità giuridica³, in attuazione dell'art. 11 della L. n. 300/2000.

Questa responsabilità si determina soltanto in occasione della commissione di alcune categorie di cd. "reati presupposto" e purché il reato sia commesso nell'interesse (sussistente *ex ante*, al momento della commissione del fatto) o a vantaggio (verificabile concretamente *ex post*) di "potenziale e di effettiva utilità"⁴ dell'ente⁵.

La *ratio* su cui poggia la disciplina sta nello stravolgimento del dogma "*societas delinquere non potest*", accettando l'idea che anche una impresa possa incorrere nella previsione di una responsabilità e di una sanzione nel caso di reati commessi in relazione alla propria attività⁶.

I "reati presupposto", che consentono di far sorgere la responsabilità dell'ente, vengono tassativamente elencati dagli artt. 24 a 26 del D.Lgs. n. 231/2001⁷. L'elenco di questi

³ Art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 231/2001: le disposizioni "non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale".

⁴ Trib. Milano, sez XI, 28 aprile 2008.

⁵ Cass., Sez. II, 29 settembre 2016, n. 52316; Cass., Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363.

⁶ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 118.

⁷ All'interno di questa categoria vengono ricompresi reati tra i quali: i reati contro la Pubblica Amministrazione (come ad esempio la corruzione o la truffa a danno dello Stato), reati informatici, delitti di criminalità organizzata, reati societari, reati contro la salute e la sicurezza sul lavoro, illeciti ambientali, manipolazione del mercato, riciclaggio.

reati è in costante aggiornamento e ampliamento nel corso degli anni (vedi *infra* Par. 3).

Ai sensi dell'art. 9 del D.Lgs. n. 231/2001 vengono disciplinate le sanzioni che possono essere comminate a fronte dell'accertamento della responsabilità amministrativa da reato dell'ente. Esse sono: sanzioni pecuniarie, sanzioni interdittive (ad esempio l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle licenze o delle autorizzazioni; il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione; esclusione o revoca da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi; divieto di pubblicizzare beni o servizi), confisca del prezzo e/o del profitto del reato e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Più in generale, dalla disciplina ex 231 si ricava un particolare strumento di gestione del rischio che consiste nell'adozione dei Modelli Organizzativi (anche detti "*compliance programs*"). Tale strumento suscita ampio interesse all'interno dell'assetto aziendale soprattutto qualora questi siano volti a prevenire i reati oggetto della disciplina, nonché volti a ridurre la possibilità di violazione della normativa tributaria.

La *ratio* con la quale vengono redatti questi Modelli Organizzativi consiste nel determinare regole di condotta volte a impedire la commissione dei reati presupposto, nonché nel vigilare le varie attività aziendali.

Nello specifico, i "*Modelli di organizzazione e di gestione*" vengono menzionati nell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, il quale al comma 2 prevede che essi debbano: i) individuare le attività nelle quali può essere commesso un reato; ii) prevedere protocolli specifici per la prevenzione dei reati; iii) determinare le modalità di gestione delle risorse finanziarie per impedire la commissione dei reati; iv) prevedere obblighi di informazione in capo all'Organismo di Vigilanza; v) introdurre un meccanismo disciplinare volto all'irrogazione di sanzioni in caso di violazione o mancato rispetto del Modello Organizzativo.

Ai sensi di quanto disposto dal comma 3 e 4 dell'art. 7⁸ del D.Lgs. n. 231/2001, si può dedurre che il Modello 231 deve poggiare sui principi di specificità e di adeguatezza.

⁸ Art. 7, comma 3 e 4, D.Lgs. n. 231/2001: "*Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti*

Per quanto riguarda il primo, nel senso che l'impresa deve dotarsi di un Modello organizzativo originale, in linea con le sue dimensioni e con le tipologie di attività da essa svolte; per quanto riguarda il secondo, il Modello deve essere in grado di adempiere alle proprie funzioni in modo adeguato rispetto a quella che è la realtà aziendale di riferimento. Tutto ciò, presuppone un aspetto dinamico nella procedura, ossia una verifica periodica circa l'efficacia del Modello, nonché l'eventuale modifica e aggiornamento dello stesso⁹.

2.1 I criteri di imputazione della responsabilità dell'ente da reato

Sul tema appare necessario fare una premessa importante sulla natura della responsabilità *de qua*.

La responsabilità prevista a carico degli enti viene denominata nel D.Lgs. n. 231/2001 come "*amministrativa*".

Secondo il ragionamento del Legislatore, la natura di questa tipologia di responsabilità, essendo legata alla commissione di un reato e alle garanzie previste per il processo penale, si differenzia rispetto a quanto previsto dalla L. n. 689/1981 con riferimento all'illecito amministrativo (vedi *supra* Cap. 3, Par. 2.2). Nasce, così, un *tertium genus* di sistema punitivo, il quale combina al suo interno i tratti essenziali della responsabilità amministrativa e di quella penale, rendendole omogenee¹⁰.

La dottrina¹¹, a tal proposito, parla in parte di una responsabilità molto più vicina alla forma penalistica, in primo luogo perché la responsabilità dell'ente viene sottoposta a principi tipici della responsabilità penale (ad esempio il principio di colpevolezza, di irretroattività), e in secondo luogo perché colui che dovrà giudicare la responsabilità dell'ente sarà lo stesso giudice penale che attesta la commissione del reato da parte della

nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello".

⁹ C. MELILLO, in *Op. cit.*, pag. 341 ss.

¹⁰ Relazione Ministeriale del D.Lgs. n. 231/2001, pag. 2 e 5.

¹¹ Cfr. G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 118; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri "oggettivi" d'imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, pag. 8; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pag. 517 ss.; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 1127 ss.

persona fisica per conto dell'ente. Non solo, per far scattare la responsabilità dell'ente viene prevista come *conditio sine qua non* la commissione di un illecito penale, dunque di conseguenza la responsabilità dovrebbe ritenersi di natura penale¹².

Vi è, però, anche un'altra parte di dottrina¹³ che sostiene che tale responsabilità sia, invece, di natura amministrativa dando importanza alla qualificazione che viene data dallo stesso Legislatore. A sostegno di questa tesi, la dottrina fa riferimento anche al regime di prescrizione previsto per questa responsabilità, caratteristico di illeciti amministrativi, o anche alle vicende modificative della società aventi un forte stampo civilistico¹⁴.

Anche all'interno della giurisprudenza la questione è particolarmente confusa. La tesi della responsabilità di natura amministrativa è condivisa da alcuni giudici di merito e definita dalle Sezioni Unite "*amministrativa da reato*"¹⁵. La Corte di Cassazione tende ad appoggiare la tesi del *tertium genus*¹⁶.

Per quanto concerne i criteri di imputazione della responsabilità si possono distinguere¹⁷:

- Un primo requisito, a fronte del quale la responsabilità deve essere commessa da soggetti citati nella norma;
- Un secondo requisito, il quale si suddivide in un criterio normale rappresentato dalla cd. "*colpa da organizzazione*" e un criterio speciale rappresentato dall'espressione della "*politica d'impresa*".

Ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 231/2001, l'ente è responsabile per i reati commessi da soggetti in posizione apicale all'interno dell'azienda, come il dirigente, gli amministratori o i consulenti della società, e da soggetti dipendenti, sottoposti alla loro vigilanza e direzione. La responsabilità è esclusa nel momento in cui questi soggetti

¹² G. DE SIMONE, in *Op. cit.*, pag. 15 ss.

¹³ Cfr. G. MARINUCCI, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 1201 ss.; G. DE SIMONE, in *Op. cit.*, pag. 8, in cui si parla anche di un *quartum genus* di responsabilità che inquadrebbe al suo interno gli elementi della responsabilità civile extracontrattuale, penale e amministrativa.

¹⁴ G. DE SIMONE, in *Op. cit.*, pag. 12 ss.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 23 gennaio 2011, n. 34476. Cfr. G. DE SIMONE, in *Op. cit.*, pag. 10 ss.

¹⁶ Cass. Pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735; Cass. Pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083. Cfr. G. DE SIMONE, in *Op. cit.*, pag. 10 ss.

¹⁷ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 118 ss.

abbiano agito nell'interesse proprio o di terzi¹⁸, ma non lo è nel caso in cui il soggetto finisca per realizzare l'interesse dell'ente, pur perseguendo l'interesse proprio¹⁹.

L'attribuzione della responsabilità dell'ente può dipendere anche dalla “*colpa da organizzazione*” e dall'espressione della “politica d'impresa”.

La colpa da organizzazione deriva dalla mancata adozione di Modelli di organizzazione e di gestione volti alla prevenzione dei reati presupposto o dalla mancata assegnazione dei compiti di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei Modelli all'OdV²⁰, dunque va intesa in senso normativo e sociale a fronte del non aver ottemperato al dovere da parte della società di adozione di questi Modelli²¹.

Il criterio della “*colpa da organizzazione*”, dunque, discenderebbe dal dover adattare il Modello di responsabilità penalistica all'ente, il quale diverge dalla persona fisica. Sulla base di quanto sostenuto dalla dottrina, che ravvisa nella responsabilità dell'ente una responsabilità di tipo penalistico, questo criterio discenderebbe dal rispetto del principio di colpevolezza della responsabilità penale ex art. 27 Cost., con la conseguenza che l'applicazione della sanzione può essere effettuata sulla base della presenza del criterio “*minimo*” della colpa²². Per contro, tale previsione costituzionale è indipendentemente dalla matrice della responsabilità (amministrativa o penalistica) e, dunque, applicabile anche ai “*modelli sanzionatori penal-tributari*”, ai sensi della L. n. 689/1981²³.

Nel caso in cui il reato sia espressione della politica aziendale, questo si fonderà sul “*dolo dell'ente*” e non sulla “*colpa da organizzazione*”²⁴.

Non sempre, inoltre, gli atti posti in essere dai vertici della società sono espressivi della politica aziendale. Per questo motivo, sulla base di quanto disposto dall'art. 6, comma 1, se il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale, l'ente non risponde della responsabilità qualora riesca a provare che: i) l'organo dirigente abbia adottato e posto in essere Modelli Organizzativi idonei a prevenire i reati presupposto; ii) sia stato istituito un Organismo di Vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo

¹⁸ Art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265.

²⁰ G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018, pag. 122.

²¹ Questa impostazione è criticata dalla dottrina e considerata come un “*modello debole di colpa*”. Cfr. G. RAGUCCI, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in AA.VV., *Per un nuovo ordinamento tributario*, a cura di C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA, CEDAM, 2019, pag. 1559

²² G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 1557 ss.

²³ G. RAGUCCI, in *ibidem*.

²⁴ G. MARINUCCI e E. DOLCINI, in *Op. Cit.*, pag. 808.

che abbia svolto il compito di vigilare sul funzionamento e sul rispetto dei Modelli e che abbia provveduto ai loro aggiornamenti; iii) i soggetti in questione abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i Modelli Organizzativi; iv) sia stata omessa o insufficiente la vigilanza dell'OdV. In questo modo, si rileva una inversione dell'onere probatorio a fronte del quale spetta alla società provare la commissione dell'illecito da parte di un soggetto, con una prova tale da essere in grado di dimostrarlo e che spesso è difficile reperire. Questa sorta di "rigida" disciplina potrebbe essere vista, con occhio critico, come un vincolo che renderebbe meno appetibile l'adozione nelle società dei Modelli Organizzativi 231 per la gestione dei rischi²⁵.

Qualora il reato fosse stato commesso da soggetti sottoposti ai soggetti in posizione apicale, ai sensi dell'art. 7, comma 1 e 2, del D.Lgs. n. 231/2001 "*l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*", a meno che non abbia adottato in modo efficace un Modello Organizzativo e di gestione volto alla prevenzione del reato che si è verificato.

Per concludere, a fronte di quanto delineato si rileva come il D.Lgs. n. 231/2001 preveda due forme di "*corresponsabilizzazione*" dell'ente: la prima riferita alla commissione di un fatto da parte del soggetto in posizione apicale, per la quale vige un "*principio di immedesimazione*" in quanto il reato commesso da questi soggetti si considera commesso direttamente dall'ente, fatte salve le ipotesi che consentono di esimere l'ente dalla responsabilità; la seconda riferita al soggetto a questo sottoposto, a fronte del quale si realizza la fattispecie colposa classica che lo vede come protagonista del reato, salvo il rispetto del dovere di diligenza in conformità degli obblighi di direzione e vigilanza²⁶.

3. La Direttiva UE 2017/1371 (cd. "Direttiva PIF") e il percorso attuativo

In linea con quanto è l'oggetto dell'elaborato, si concentra la trattazione sull'ingresso dei reati tributari nella categoria dei reati presupposto del D.Lgs. n. 231/2001, che come già accennato è spesso soggetta a diversi aggiornamenti i quali comportano un progressivo ampliamento della categoria stessa.

²⁵ C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pag. 341.

²⁶ G. RAGUCCI, in *Op. cit.*, pag. 1557 ss.

In data 5 luglio 2017 è stata approvata dall'Unione Europea la Direttiva 2017/1371 (cd. "Direttiva PIF"²⁷) in materia di lotta alle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

La tutela agli interessi finanziari dell'Unione prende in considerazione qualsiasi elemento che possa porsi come una minaccia o che possa incidere negativamente sul suo patrimonio o su quello di uno degli Stati membri²⁸. Precisamente, secondo quanto riportato nella Direttiva, per interessi finanziari si intendono *"tutte le entrate, le spese e i beni che sono coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti o controllati"*²⁹.

L'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva in parola è finalizzato al contrasto di tutte quelle condotte idonee a pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione. Nello specifico, il contrasto è rivolto alla frode (art. 3), alla corruzione (art. 4, comma 2), al riciclaggio (art. 4, comma 1), all'appropriazione indebita (art. 4, comma 3). Oltre a questi fenomeni viene aggiunto quello relativo all'evasione e alla frode che possa pregiudicare il gettito derivante dall'imposta sul valore aggiunto.

Di fronte a ciò, appare evidente come i reati tributari possono essere considerati dei comportamenti antiggiuridici e lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, con riferimento al sistema armonizzato dell'IVA e non solo³⁰. Questo comportamento lesivo della persona fisica³¹ viene perseguito sulla base del criterio dell'intenzionalità, ossia della condotta dolosa, commissiva od omissiva, posta in essere dal soggetto agente³².

Inoltre, l'art. 6 della Direttiva PIF è rubricato *"responsabilità delle persone giuridiche"* e impone agli Stati membri di adottare misure efficaci affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati disciplinati agli art. 3, 4 e 5 commessi a loro vantaggio da una persona fisica che detenga una posizione specifica basata sul potere di rappresentanza della persona giuridica, sul potere di prendere decisioni per

²⁷ L'acronimo PIF indica "Protezione agli Interessi Finanziari".

²⁸ N. PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 9/2017, pag. 7.

²⁹ Art. 2 Direttiva UE 2017/1371.

³⁰ S. VINCIGUERRA, *Riflessioni a prima lettura sulla responsabilità degli enti per i delitti tributari introdotta di recente*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5/2020, pag. 2040.

³¹ Le persone fisiche prese in considerazione sono tutti coloro che svolgono un servizio pubblico. La Direttiva parla di *"funzionari pubblici"* dell'Unione o nazionali.

³² N. PARISI, in *Op. cit.*, pag. 12.

suo conto o sull'autorità di esercitare un controllo su di essa, o nel caso in cui la violazione sia stata commessa per mancata sorveglianza o mancato controllo.

Sulla base di queste prime riflessioni circa il contenuto della Direttiva, si può sostenere come una certa importanza sia riservata proprio alla materia fiscale. In particolare, si rinviene come i reati tributari connessi a imposte dirette e indirette sarebbero da considerare delle vere e proprie attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione. In più, la responsabilità delle persone giuridiche ex art. 6 sarebbe collegata anche agli stessi reati tributari e, dunque, l'ordinamento italiano avrebbe dovuto provvedere a inserirli nel catalogo dei reati presupposto ex D.Lgs. n. 231/2001, adempiendo a quanto stabilito dall'Unione Europea³³.

Dinanzi a questa strada intrapresa dall'UE, entro l'anno 2019 l'Italia ha dovuto provvedere a dare attuazione alla Direttiva PIF. Proprio in un contesto di attuazione degli obblighi internazionali, il Legislatore è stato chiamato a includere nella categoria dei reati presupposto del D.Lgs. n. 231/2001 anche i reati tributari, precisando che ciò non è avvenuto per moto proprio dello stesso Legislatore, ma perché questo è stato "costretto" dall'Unione Europea.

In Italia, viene emanata la Legge di delegazione europea n. 117/2019 attraverso la quale il Parlamento detta i criteri direttivi per poter recepire il contenuto della Direttiva PIF, senza aggiungere nulla di nuovo³⁴. In particolare, ai sensi dell'art. 3 di questa Legge viene incaricato il Governo di integrare il D.Lgs. n. 231/2001 inserendo nei reati presupposto anche i reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE con estensione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Così, il Legislatore italiano ha optato per l'inserimento dei reati tributari nel catalogo dei reati presupposto aggiungendo l'art. 25-*quinquiesdecies*, introducendone una prima parte a seguito delle modifiche effettuate mediante il D.L. n. 124/2019, convertito in L. n. 157/2019, al D.Lgs. n. 74/2000 e una seconda parte con il D.Lgs. n. 75/2020 con il quale è stata data vera e propria attuazione all'interno dell'ordinamento italiano alla Direttiva PIF.

³³ P. CORSO, *Dalle Direttive UE rischi di disomogeneità per reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Corriere trib.*, n. 5/2019, pag. 481 ss.

³⁴ A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, *Reati tributari tra i presupposti della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Il Fisco*, n. 43/2019, pag. 4138.

Più precisamente, con l'art. 39 del D.L. 124/2019 sono stati inseriti nell'art. 25-*quiquiesdecies*, comma 1, del D.Lgs. n. 231/2001 i delitti di: dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 D.Lgs. n. 74/2000), dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3 D.Lgs. n. 74/2000), emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 D.Lgs. n. 74/2000), occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 D.Lgs. n. 74/2000), sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 D.Lgs. n. 74/2000)³⁵. Con il D.Lgs. n. 75/2020 è stato inserito il comma 1-*bis* all'art. 25-*quiquiesdecies*, il quale introduce tra i reati presupposto ex 231 il delitto di dichiarazione infedele (art. 4 D.Lgs. n. 74/2000), il delitto di omessa dichiarazione (art. 5 D.Lgs. n. 74/2000) e il delitto di indebita compensazione (art. 10-*quater* D.Lgs. n. 74/2000) a condizione che siano “*commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*”.

L'ingresso dei reati tributari nei reati presupposto comporta un aggiornamento del Modello organizzativo da parte di tutti coloro che lo hanno adottato. L'aver predisposto all'interno della realtà aziendale i Modelli 231 è sinonimo di buona condotta e diligenza dell'impresa, di una manifesta volontà all'essere *compliance* alla normativa.

A fronte di questo aggiornamento, le imprese potrebbero optare per una scelta di gestione del rischio fiscale di “*più ampio respiro*” predisponendo al loro interno un *Tax Control Framework*, che consenta di gestire e prevenire tutti i rischi fiscali, rilevanti anche e non solo penalmente, in cui l'azienda potrebbe incorrere³⁶. Tutto ciò, tenendo presente che l'approccio metodologico e le analisi condotte dai due strumenti sono molto simili l'uno con l'altro e, inoltre, l'adozione di un TCF potrebbe essere un buon presupposto per accedere al regime di adempimento collaborativo.

³⁵ S. DORIGO e G. SALVI, *Responsabilità dell'ente e reati tributari: cumulo sanzionatorio e ruolo dei modelli organizzativi*, in *Corriere trib.*, n. 1/2021, pag. 100.

³⁶ A. TOMASSINI e F. PACELLI, *Modello 231 e gestione del rischio fiscale nella prospettiva della cooperative compliance*, in *Corriere trib.*, n. 5/2020, pag. 458 ss.

3.1 La *vexata quaestio* sull'introduzione dei reati tributari tra i reati presupposto: argomentazioni a sfavore

L'inserimento dei reati tributari nel catalogo dei reati presupposto non è stato esente da critiche e perplessità e, per diversi anni, la questione è stata al centro di ampi dibattiti in dottrina.

Antecedentemente all'inclusione dei reati tributari, spesso si faceva riferimento a fattispecie già comprese nel catalogo tassativo dei reati presupposto (aggirandolo), come il riciclaggio o l'associazione a delinquere, per configurarvi rispettivamente il reato tributario come reato presupposto o reato fine. La dottrina, favorevole alla loro inclusione ai sensi della 231, considerava proprio la mancata inclusione dei reati tributari come un *vulnus* dell'intera disciplina.

La posizione della dottrina risultava completamente divisa in due visioni diverse ed entrambe basate su solide motivazioni: da un lato, i sostenitori della tesi ostativa all'inserimento dei reati tributari nel catalogo dei reati presupposto; dall'altro, i sostenitori della tesi favorevole al loro ingresso.

La tesi contraria all'introduzione dei reati tributari nei reati presupposto è sostenuta da una autorevole dottrina³⁷, la quale poggia su solidi argomenti a sostegno delle sue motivazioni. Una prima perplessità in merito risiede nel fatto che per i reati tributari, a differenza di quelli societari, la giurisprudenza tende a escludere l'ammissibilità di una delega di funzioni a fronte del carattere personale dell'obbligazione tributaria³⁸. Sulla base di questa teoria, la dottrina sarebbe portata ritenere inapplicabili le previsioni ai sensi degli artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001 proprio per l'impossibilità di delegare l'obbligazione tributaria³⁹.

Altre perplessità riguardano la problematica relativa alle sanzioni: per introdurre la questione, si ritorna sul tema delle sanzioni (vedi Cap. 3, Par. 2.2) oggetto di un percorso storico mutato negli anni. Nello specifico, l'originaria impostazione del D.Lgs. n. 472/1997 prevedeva che la sanzione era a carico della persona fisica che avesse posto

³⁷ I. CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, n. 1/2007, pag. 155 ss.

³⁸ A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, *Delega di funzioni in materia tributaria: superamento del dogma d'inammissibilità?*, in *Il Fisco*, n. 44/2018, pag. 4249.

³⁹ A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, *Reati tributari tra i presupposti della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Il Fisco*, n. 43/2019, pag. 4134.

in essere la condotta da cui sarebbe scaturito l'illecito. In questo modo, sarebbe risultato ingiusto punire la persona fisica e non la persona giuridica che avesse ottenuto effettivamente un vantaggio dalla condotta posta in essere⁴⁰.

Con la riforma del diritto penale tributario ai sensi del D.Lgs. n. 74/2000, mediante la previsione del principio di specialità (ex art. 19, comma 1), si è realizzato il coordinamento tra le due tipologie di sanzioni, penale e amministrativa. Con il comma 2 del D.Lgs. n. 74/2000 in combinato disposto con l'art. 11, comma 1⁴¹, del D.Lgs. 472/1997 è stato previsto che rimane in ogni caso la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati all'art. 11, comma 1, *“che non siano persone fisiche concorrenti nel reato”*⁴², derogando al principio di specialità, in quanto al responsabile solidale sarà comunque irrogata la sanzione amministrativa. A seguito dell'introduzione dell'art. 7 del D.L. n. 269/2003, *“le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica”*⁴³.

Venendo al punto, i sostenitori della tesi a sfavore rilevano come, innanzitutto, una integrazione dei reati presupposto verso i reati tributari comporterebbe la determinazione di un apparato sanzionatorio ancora più incisivo, gravoso e severo. Per questo motivo, si ritiene che il meccanismo tradizionale del sistema fiscale non sia da considerare come meno afflittivo rispetto al modello introdotto dal D.Lgs. n. 231/2001⁴⁴.

Inoltre, di fronte all'eventuale introduzione dei reati tributari nel catalogo dei reati presupposto, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, si realizzerebbe l'applicazione di ulteriori tipi di sanzioni a carico dell'ente (ex art. 9), in aggiunta a quanto già previsto

⁴⁰ S. DORIGO E G. SALVI, in *Op. cit.*, pag. 102.

⁴¹ Art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 472/1997: *“nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica nell'adempimento del suo ufficio o del suo mandato ovvero dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazioni o enti, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati solidalmente al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata”*.

⁴² Art. 19, comma 2, D.Lgs. n. 74/2000.

⁴³ Cfr. F. GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, n. 1/2005, pag. 11 ss.

⁴⁴ C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa della società anche in caso di commissione dei reati fiscali*, in *Archivio Penale*, n. 1/2017, pag. 8 ss.

dall'ordinamento⁴⁵. In questo senso, di fronte a una violazione delle fattispecie ex D.Lgs. n. 74/2000 (eventualmente ricompresa nei reati presupposto), l'ente verrebbe assoggettato a una duplice sanzione, quella ex D.Lgs. n. 472/1997 e quella ex D.Lgs. n. 231/2001, facendo emergere un'ulteriore perplessità sul tema derivante da un contrasto con il divieto di *ne bis in idem*⁴⁶, ai sensi del dell'art. 4 Protocollo n. VII integrativo della Convenzione EDU.

È la sentenza *A&B c. Norvegia* a porre un punto fermo⁴⁷: non vi sarebbe violazione del principio di *ne bis in idem* nel momento i cui i procedimenti fossero “*connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico*”⁴⁸, condizione che deve essere conosciuta dal contribuente che ha posto in essere la condotta illecita.

3.1.1 Argomentazioni a favore

La tesi contrapposta a questa appena passata in rassegna, è sostenuta da un'altra autorevole dottrina⁴⁹, la quale vede l'introduzione dei reati tributari nei reati presupposto come un'innovazione particolarmente importante per la disciplina.

Secondo questa dottrina, nello specifico, il carattere personale dell'obbligazione tributaria non è un elemento che potrebbe ostacolare l'inserimento dei reati tributari, in quanto la disciplina ex artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001 non presuppone alcun sistema di delega di funzioni, ma semplicemente un sistema repressivo dei reati presupposto.

Non esisterebbe nemmeno un problema di duplicazione di sanzioni per due motivi precisi: in primo luogo, l'ordinamento italiano conosce ipotesi in cui sono previste congiuntamente una responsabilità penale, amministrativa e amministrativa da reato a patto che vi sia un raccordo tra le varie sanzioni (i.e. la disciplina del *market abuse*)⁵⁰;

⁴⁵ A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, in *Op. cit.*, pag. 4134.

⁴⁶ S. DORIGO E G. SALVI, in *Op. cit.*, pag. 103.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens* e altri contro Italia, n. 18640/10, tale sentenza ha riconosciuto la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative tributarie sia per l'eccessiva severità delle stesse sia per le ripercussioni che queste hanno sul soggetto condannato; Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, *A&B* contro Norvegia, ricorsi uniti n. 24130/11 e n. 29758/11.

⁴⁸ Cfr. A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, in *Op. cit.*, pag. 4139; C. SANTORIELLO, in *Op. cit.*, pag. 19 ss.; S. DORIGO E G. SALVI, in *Op. cit.*, pag. 103 ss.

⁴⁹ P. IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, n. 3/2007, pag. 7; A. PERINI, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in *Rivista 231*, n. 2/2006, pag. 79.

⁵⁰ Cfr. A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, in *Op. cit.*, pag. 4135.

in secondo luogo, le discipline ai sensi del D.Lgs. n. 472/1997 e del D.Lgs. n. 231/2001 sono dotate di un campo di applicazione di per sé diverso e autonomo, per questo motivo, non sarebbero sovrapponibili⁵¹.

Analoghe considerazioni a favore sarebbero state dettate da un ampliamento delle sanzioni da poter irrogare in presenza di illeciti tributari, in quanto la disciplina del D.Lgs. n. 472/1997 non ricomprende al suo interno le sanzioni interdittive e la confisca, invece ricomprese nel D.Lgs. n. 231/2001⁵².

Coloro che sono favorevoli all'introduzione dei reati tributari nel catalogo dei reati presupposto poggiano le loro argomentazioni principalmente sulla forte efficacia dissuasiva che avrebbe questa manovra, consentendo di intervenire sulla condotta dell'impresa-contribuente infondendole timore con sanzioni severe, in modo da disincentivare qualsiasi attività illecita che potrebbe procurarle un vantaggio indebito⁵³. Prima dell'avvenuta introduzione dei reati tributari nel catalogo dei reati presupposto ex 231, la giurisprudenza era in linea con l'impostazione favorevole della dottrina. Diversi, infatti, sono stati i tentavi della giurisprudenza per ricondurre in via interpretativa i reati tributari nella disciplina del D.Lgs. n. 231/2001⁵⁴

4. Considerazioni finali: integrazione tra Modello 231 e *Tax Control*

Framework

Una volta esaminati e inquadrati i due strumenti di gestione e prevenzione del rischio fiscale, quali il *Tax Control Framework* e il Modello Organizzativo 231, non si può prescindere dal notare come essi si possano collegare fra loro. A tal proposito si possono muovere diverse considerazioni tra i due strumenti.

Si può affermare che siano l'uno complementare dell'altro, ma non possono assolutamente porsi in sostituzione l'uno dell'altro.

Il *Tax Control Framework*, rispetto al Modello 231, ha un margine di applicazione molto più ampio: include la gestione e il controllo dei rischi fiscali derivanti dall'ambito

⁵¹ C. SANTORIELLO, in *Op. cit.*, pag. 3.

⁵² C. SANTORIELLO, in *Op. cit.*, pag. 4.

⁵³ C. SANTORIELLO, in *Op. cit.*, pag. 7; A. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, n. 1/2006, pag. 109 ss.

⁵⁴ R. BORSARI, *La "231" si estenderà alle frodi IVA*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018, pag. 19.

organizzativo e gestionale e, inoltre, anche il controllo e il monitoraggio dei reati tributari, mentre il Modello 231 è uno strumento di gestione del rischio fiscale limitato alla prevenzione dei reati presupposto.

I “rischi frode” rappresentano una vera e propria novità introdotta nel *Tax Control Framework* ed è proprio per questo che si può parlare di un campo di applicazione più ampio e collegato al Modello 231.

Il rapporto che lega il *Tax Control Framework* e il Modello 231 si innesca anche tra le funzioni aziendali, rispettivamente quella del *Tax Risk Manager* e quella dell’Organismo di Vigilanza. Queste due funzioni, infatti, interagiscono tra di loro su temi comuni per agevolarsi i compiti, realizzando solidi flussi informativi.

L’integrazione tra il *Tax Control Framework* e il Modello 231 è un percorso fisiologicamente necessario all’interno dell’azienda, sulla base dello sviluppo dei presidi di gestione del rischio fiscale e comporta benefici di sinergia e funzionalità. Ciò, senza eccedere in una possibile “diseconomia da integrazione” dei due strumenti.

La stessa Guardia di Finanza, nella Circolare n. 216816/2020, sottolinea che “*la presenza di un Tax Control Framework valutato positivamente dall’Agenzia delle Entrate in sede di ammissione al regime di adempimento collaborativo può costituire un elemento utile a valutare l’efficacia esimente del Modello 231*” (vedi *infra* Cap. 5, Par. 6).

CAPITOLO V

IL CASO EDISON¹

SOMMARIO: 1. Il profilo della società: informazioni generali. – 2. La *Corporate Governance* di Edison: organizzazione e coordinamento delle funzioni aziendali in ambito fiscale. – 2.1 Il Sistema di Controllo Interno di Edison. – 3. La politica fiscale del Gruppo e l’approccio alle criticità. – 4. Primi sviluppi del *Tax Control Framework*. – 5. Implementazione del *Tax Control Framework*. – 6. La gestione del rischio fiscale integrata al sistema 231. – 7. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. Il profilo della società: informazioni generali

Per completare la presente dissertazione, si è ritenuto fondamentale integrare un caso pratico, relativo ad una società italiana, per comprendere meglio dal punto di vista pratico che cosa accade e come una impresa si comporta nella gestione del proprio rischio fiscale. La società scelta è Edison, la quale, da oltre 135 anni, produce energia elettrica anche attraverso l’utilizzo di fonti rinnovabili. A riguardo, si ritiene opportuno introdurre il profilo della società partendo da una analisi storica, per poi sfociare in una analisi giuridica ed economica (consultare “Appendice C”).

Fu nel 1882 che Giuseppe Colombo fondò a Milano un “*Comitato Promotore per l’Applicazione dell’Energia Elettrica*” per la prima volta in Italia. Nello stesso anno si decise di costruire una centrale elettrica nel cuore della città, la prima, nonché più antica, centrale elettrica europea. Precisamente, il 6 gennaio del 1884 venne costituita a Milano la prima società Edison nominata “*Generale Italiana di Elettricità Sistema Edison*”.

Si delineano di seguito alcune tappe importanti per la società. Nel 1893, fu Edison ad avviare l’esercizio sperimentale della prima via tranviaria elettrica di Milano, la quale fu gestita dalla società stessa per parecchi anni.

Nel 1895, la società divenne quotata alla borsa di Milano e, già all’epoca, era da considerare una delle più grandi società italiane produttrici di energia elettrica.

¹ I dati per la preparazione della tesi sono stati cortesemente forniti da Edison S.p.A. e rielaborati dall’autore. Errori od omissioni sono esclusivamente a responsabilità dell’autore. Infine, le opinioni e conclusioni espresse in questa tesi sono quelle dell’autore e non coinvolgono in alcun modo Edison S.p.A.

Nel 1931, Edison iniziò a fornire gas anche ai cittadini e, durante gli anni, investì le sue risorse anche per ampliare le sue competenze in altri settori oltre a quello elettrico (ad esempio il settore chimico). Fu, però, nel 1963 che, a seguito della nazionalizzazione delle società elettriche, Edison dovette cessare la sua attività. Nel 1966, la società si fuse con la società chimica Montecatini formando la “Montedison”, il maggior gruppo chimico italiano. Negli anni successivi la società gestì centrali elettriche di autoproduzione (anche idroelettriche e termoelettriche) e consolidò la sua attività anche nel settore degli idrocarburi. Nel 1991, la società fu di nuovo denominata Edison S.p.A. Nel 2012 entrò a far parte del Gruppo EDF (“*Electricité de France*”), che attualmente detiene il 99,48% del suo capitale.

Nello specifico, ad oggi, il Gruppo opera in alcune specifiche aree di *business* quali: la produzione di energia elettrica, la gestione dello stoccaggio e della distribuzione di gas, la vendita sul mercato finale dell’energia elettrica e del gas, i servizi di efficienza energetica. Edison, inoltre, ha svolto sino al 2020 la sua attività anche nel settore dell’esplorazione, dello sviluppo e della produzione di idrocarburi, settore da cui nel 2019 ha deciso di uscire per focalizzarsi soprattutto nella produzione delle energie rinnovabili, nelle nuove tecnologie e nell’efficienza energetica.

Il Gruppo Edison esercita la sua attuale attività principalmente in Italia, mentre era particolarmente presente all’estero con l’attività di esplorazione, sviluppo e produzione di idrocarburi, in particolare in Paesi europei e così come in Africa e in Medio Oriente. Il Gruppo risulta composto da 88 controllate (di cui 70 italiane), da 10 società in *joint control* estere e da 16 collegate (di cui 14 italiane). Il capitale di Edison, agli inizi del 2020, risulta pari a euro 5.377.000.671,00.

Nonostante siano quotate sul Mercato Telematico Azionario solo le azioni di risparmio, la società Edison è assoggetta al regime giuridico delle “*società con azioni quotate in un mercato regolamentato*”², quindi qualificata come società quotata ai sensi della normativa vigente. La società, su base volontaria, aderisce al Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana.

² Si tratta di un regime giuridico relativo a società appartenenti alla più ampia categoria delle Società per Azioni. Esse sono assoggettate al controllo della CONSOB e a regole molto più specifiche e severe, con il fine ultimo della trasparenza. Cfr. G. PRESTI E M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli Editore, 2019, pag. 616 ss.

2. La Corporate Governance di Edison: organizzazione e coordinamento delle funzioni aziendali in ambito fiscale

La struttura di *governance* del Gruppo Edison prevede l'adozione e l'implementazione di un modello societario organizzativo di tipo tradizionale che si compone di: una Assemblea dei soci, un Consiglio di Amministrazione, un Collegio Sindacale, una Società di Revisione, un Organismo di Vigilanza 231 e una assemblea speciale di possessori di azioni di risparmio.

La *governance* è ulteriormente integrata da una struttura manageriale, la quale comprende: un Comitato Esecutivo, dei comitati manageriali a supporto del vertice aziendale (tra cui il Comitato Impegni e Investimenti, il Comitato Rischi e il Comitato *Audit*), le *Business Units* e Direzioni, la Direzione *Internal Audit*.

Molto interessante è vedere come questi organi interagiscono tra di loro e svolgono le loro funzioni mediante una attività coordinata.

Il Consiglio di Amministrazione, organo cardine di ogni società, ha la funzione principale di definire gli indirizzi strategici della Società e del Gruppo ad essa facente capo (in particolare, è competente ad esaminare e approvare il piano strategico) e ha la responsabilità in termini di gestione di questi ultimi. Ha la funzione di definire la natura e il livello di rischio compatibili con gli obiettivi strategici che la società intende perseguire. Proprio per questo, viene investito di tutti quei poteri che sono ritenuti necessari ai fini del conseguimento dello scopo dell'azienda, con esclusione dei poteri che la legge riserva solamente all'Assemblea dei soci. Nel Gruppo Edison, il Consiglio di Amministrazione ha attribuito parte delle proprie competenze all'Amministratore Delegato.

In generale, il Consiglio si compone di 9 membri, di cui 3 indipendenti, e di 3 Comitati (tutti con funzione propositive e consultive) ciascuno composto da un numero di membri non inferiore a 3 e coordinati da un Presidente: il Comitato Controllo e Rischi, il Comitato per la Remunerazione e il Comitato Operazioni con Parti Correlate.

Di particolare interesse ai fini della presente dissertazione, è il Comitato Controllo e Rischi, il quale si compone di tre membri (di cui due indipendenti) e al quale spettano principalmente le funzioni di:

- Valutare il corretto utilizzo dei principi contabili ai fini della redazione del bilancio e delle operazioni aziendali principali;
- Esprimere il proprio parere al Consiglio di Amministrazione sulle linee di indirizzo relative al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, nonché sul grado di compatibilità dei rischi con la gestione dell'impresa basata sugli obiettivi strategici individuati;
- Esprimere il proprio parere al Consiglio di Amministrazione sull'adeguatezza e sull'efficacia del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, integrando la sua attività con la Direzione *Internal Audit*;
- Esaminare il piano di lavoro, l'adeguatezza, l'efficienza e l'efficacia della Direzione *Internal Audit* e dare raccomandazioni;
- Svolgere i compiti assegnati dal Consiglio di Amministrazione e supportarne la sua attività.

Il Presidente del Consiglio di Amministrazione e l'Amministratore delegato hanno diritto ad assistere ai lavori e alle riunioni del Comitato Controllo e Rischi, con l'obiettivo anche di assicurare un buon flusso informativo all'interno dell'organizzazione aziendale. Alle riunioni sono invitati anche altri soggetti, tra cui il *Chief Financial Officer*, il *Risk Officer* e il Direttore *Accounting & Tax*.

In particolare, nel corso degli anni 2019 e 2020, il Comitato ha esaminato ed espresso il proprio parere in merito ai dati previsionali dell'anno 2020 in materia di rischi fiscali, all'aggiornamento della mappatura dei rischi (i.e. il Modello 231), alle valutazioni circa l'adeguatezza e l'efficacia del sistema di controllo interno.

Con riferimento alla gestione dei rischi e all'attività svolta dal Comitato, inoltre, si ritiene opportuno precisare che il Consiglio di Amministrazione ha la facoltà di esaminare in maniera più analitica le analisi effettuate dal Comitato Controllo e Rischi e i risultati da esso conseguiti. Questo con lo scopo di assicurare principalmente un coinvolgimento attivo dell'organo amministrativo nei processi di gestione, monitoraggio e controllo dei rischi in cui il Gruppo può incorrere. Inoltre, il Consiglio esamina e valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile con riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, sulla base anche di quella che è l'attività istruttoria condotta dal Comitato Controllo e Rischi. È, quindi,

il Consiglio di Amministrazione che ha la responsabilità del sistema di controllo interno, di cui fisserà le linee di indirizzo, verificherà l'adeguatezza e la sua efficacia.

Oltre al Consiglio di Amministrazione, la *governance* aziendale è composta anche dal Collegio Sindacale che ha il compito principale di vigilare sull'osservanza delle disposizioni normative e dello Statuto. Il Collegio ha funzioni di controllo sulla gestione, in particolare, sul rispetto dei principi di buon andamento del Gruppo, sull'adeguatezza della struttura organizzativa societaria, sul sistema di controllo interno e contabile, sull'osservanza delle procedure e delle linee guida dettate all'interno della società.

L'Assemblea dei soci è l'organo che esprime la loro volontà, mediante le sue deliberazioni.

Infine, la Società di revisione, che all'anno 2019 per il gruppo Edison era *Deloitte & Touche* S.p.A., viene incaricata della revisione legale dei conti. Nello specifico, deve verificare la regolare tenuta delle scritture contabili, nonché la corretta rilevazione dei fatti di gestione e la conformità ad esse del bilancio di esercizio.

2.1 Il Sistema di Controllo Interno di Edison

Il sistema di controllo interno e gestione dei rischi di Edison è costituito da un insieme di regole, procedure e strutture organizzative aventi la finalità specifica di consentire una gestione aziendale corretta e in linea con gli obiettivi della società, nonché di assicurare un controllo adeguato su tutte le attività svolte. Questo scopo viene raggiunto attraverso un processo adeguato di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, tra i quali anche il rischio fiscale. Il sistema consente di monitorare il rispetto delle regole e delle procedure idonee per la conduzione dell'attività d'impresa, sulla base dei principi di efficienza, efficacia e trasparenza.

Tale sistema di controllo interno si fonda sul Codice di Autodisciplina delle società quotate (a cui Edison aderisce) e fa riferimento ai modelli e alle *best practices* elaborati a livello nazionale e internazionale.

Nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi sono coinvolti soggetti specifici a cui vengono attribuiti ruoli e responsabilità differenti, in modo tale da far sì che questo sistema pervada l'intera società. Tra i principali soggetti coinvolti si rilevano:

- Il Consiglio di Amministrazione e il Comitato Controllo e Rischi, rimandando a quanto detto sopra;
- L'Amministratore Delegato a cui viene attribuita, dal Consiglio di Amministrazione, la responsabilità di sovrintendere e di porre in essere verifiche al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi. In questo modo, l'Amministratore Delegato coadiuva l'attività del *Chief Financial Officer* e del *Risk Officer* curando l'identificazione dei principali rischi aziendali, la progettazione, la realizzazione e la gestione del sistema di controllo interno;
- La Direzione *Internal Audit*, la quale svolge una attività di *Internal Auditing* avente il fine di assistere l'attività del Consiglio di Amministrazione e del Comitato Controllo e Rischi nel perseguire il corretto funzionamento del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi. Ma non solo, l'*Internal Audit* svolge una attività indipendente di *assurance* e di consulenza, improntata sul principio di oggettività, proteggendo e accrescendo il valore aziendale e facilitando il conseguimento degli obiettivi. La Direzione ha il compito di informare il Consiglio di Amministrazione, con cadenza almeno semestrale, dei risultati ottenuti mediante l'attività di *audit*;
- Il Collegio Sindacale, il quale vigila sulla struttura organizzativa della società e sulla sua adeguatezza. In particolare, sul sistema di controllo interno e sul sistema amministrativo contabile.

Molto importante, all'interno della società, è il coordinamento dei ruoli e delle attività svolte dai soggetti che vengono coinvolti nell'ambito del sistema di controllo interno, in modo da rendere maggiormente efficiente l'attività svolta da ognuno di loro. Il fatto che l'attività svolta da questi soggetti sia collegata è utile anche a diffondere all'interno della società un senso di responsabilizzazione a livello etico inerente alla tematica dei controlli e alla *compliance*.

Questa forma di coordinamento delle attività si sostanzia, a livello esemplificato, nella possibilità di partecipazione alle riunioni del Comitato Controllo e Rischi da parte del Consiglio di Amministrazione o del Collegio Sindacale, o ancora nel dovere del

Comitato Controllo e Rischi di informare il Consiglio di Amministrazione sull'attività da lui svolta, o nella partecipazione del Collegio Sindacale ai lavori dell'Organismo di Vigilanza.

Essendo il presente elaborato incentrato sulla gestione del rischio fiscale nelle imprese, si indicano alcuni elementi caratterizzanti il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi legati alla tematica:

- Il Modello Organizzativo ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001: tale modello è stato adottato da Edison dal 2004. A seguito di una accurata analisi delle attività aziendali finalizzata a individuare tutte le attività idonee a realizzare potenziali rischi, il modello mira alla prevenzione della commissione di reati (anche tributari). Il modello si compone di una parte generale, volta a illustrare le funzioni e i principi del modello, nonché le norme di riferimento, e di una parte speciale, che riguarda nello specifico l'individuazione delle attività di rischio, le tipologie di rischio che possono manifestarsi, le azioni correttive da sviluppare e le azioni di prevenzione degli stessi. Il corretto funzionamento del modello viene affidato all'Organismo di Vigilanza che viene nominato dal Consiglio di Amministrazione.

Nel corso dell'anno 2020, il Modello 231 di Edison è stato oggetto di aggiornamento a seguito dell'introduzione dei reati tributari in ambito 231, a seguito della entrata in vigore della L. n. 157/2019.

- Il Modello di controllo contabile ai sensi della L. n. 262/2005: Edison ha, infatti, adeguato le sue procedure amministrative contabili per la formazione delle comunicazioni di carattere finanziario. In particolare, il Modello 262 determina un sistema formalizzato di controllo contabile per le società quotate e porta a introdurre all'interno del sistema di controllo una serie di matrici relativamente ad aree particolari. Individua anche dei responsabili che periodicamente dovranno dare conto del rispetto delle procedure e delle criticità contabili rilevate (ad esempio, nel caso di differenti applicazioni di principi contabili in relazione alle attività condotte). È utile specificare, inoltre, che la società, in quanto società quotata, segue i principi internazionali contabili IAS/IFRS sia a livello di bilancio separato sia a livello di bilancio consolidato.

- Il *Tax Control Framework* (TFC): Edison dispone di una propria *Tax Policy* che determina le linee guida relative alla strategia fiscale, con il fine ultimo di garantire il corretto e tempestivo adempimento degli obblighi fiscali e in modo da rendere l'azienda *compliant* alla normativa tributaria. Il Gruppo, a tal proposito, ha adottato un *Tax Control Framework*, integrato nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e nello specifico ai Modelli 231 e 262, consistente in un sistema di rilevazione, gestione e monitoraggio del rischio fiscale. Sul tema si rinvia ai paragrafi successivi.
- *Ethics & Compliance Officer*: Edison ha adottato al suo interno una serie di *policies* e procedure volte al rendere *compliant* l'intera attività aziendale. In modo particolare, l'obiettivo è quello di responsabilizzare tutti i soggetti che svolgono attività nel Gruppo, sensibilizzando e diffondendo un forte interesse alla *compliance* d'impresa.
- *Enterprise Risk Management* (ERM): Edison ha sviluppato un modello aziendale di gestione dei rischi integrato, l'*Enterprise Risk Management* che si ispira ai principi internazionali dettati dal COSO. Con questo modello, la società mira all'identificazione dei rischi prioritari dell'azienda e a valutarne i principali effetti negativi intraprendendo azioni adeguate a mitigarli.

3. La politica fiscale del Gruppo e l'approccio alle criticità

In merito al tema di gestione del rischio fiscale, all'interno di ogni impresa deve essere sviluppata una politica avente lo scopo di governare la variabile fiscale, di consentire un'adeguata gestione dei rischi fiscali e di salvaguardare il patrimonio aziendale. La cd. "*Tax Policy*" sarà adeguata alla specifica volontà e, dunque, differente da impresa a impresa e dovrà coinvolgere e rendere sensibili tutti i soggetti che svolgono qualsiasi attività al suo interno. È proprio questo uno dei punti fondamentali su cui poggia la *Tax Policy* sviluppata da Edison, in particolare nel promuovere una sorta di "cultura dell'etica" al suo interno volta alla responsabilizzazione verso la fiscalità, verso la *compliance* fiscale dei soggetti coinvolti o che entrano in contatto con il Gruppo con riferimento alla gestione degli aspetti fiscali.

La *Tax Policy* del Gruppo Edison è improntata alla corretta gestione della fiscalità e dei rischi annessi a quest'ultima in modo da minimizzarli, nonché ai rapporti che l'impresa deve intrattenere con l'Amministrazione finanziaria. Non solo, Edison mira al corretto adempimento degli obblighi tributari previsti per legge, in ottica di *compliance* fiscale, perseguendo il fine ultimo di ridurre il rischio di operare in violazione delle norme di natura tributaria o dei principi e delle finalità perseguite dall'ordinamento, partecipando alla spesa pubblica contribuendo alla creazione e massimizzazione di valore, principio fondamentale di ispirazione costituzionale. L'obiettivo è quello di prevenire le controversie in materia fiscale, agendo in ottica deflattiva del contenzioso e mantenendo un rapporto con l'Amministrazione finanziaria basato sulla fiducia, sulla trasparenza e sul dialogo continuo. In particolare, per la società risulta molto importante prevenire violazioni che possano sfociare in un rischio di rilevanza penale, rischio che può derivare non soltanto da operazioni molto complesse, ma anche da operazione condotte *day-by-day*.

La *Tax Policy* sviluppata da Edison si pone in linea con il Codice Etico della società, il quale definisce i principi, i valori e le regole di comportamento interne, e con le linee di indirizzo adottate dal Gruppo EDF. Essa viene approvata dal Comitato Esecutivo, in base a quanto proposto dal *Chief Financial Officer*, e ne devono essere informati il Consiglio di Amministrazione e il Comitato Controllo e Rischi.

Esaminando nel particolare la *Tax Policy* di Edison, si può affermare che è suddivisa in quattro principi cardine (articolati al loro interno in specifiche linee guida):

- a) Cultura aziendale: il Gruppo Edison si impegna a favorire lo sviluppo e la diffusione di una cultura aziendale improntata alla *compliance* e alla gestione preventiva del rischio fiscale, sensibilizzando i destinatari della *tax policy*. L'impegno è rivolto anche ad assicurare una forte collaborazione tra le funzioni di *Business* e la funzione di *Tax Affairs*, per poter agire tempestivamente identificando e valutando correttamente il sorgere di eventuali rischi fiscali. In particolare, alla funzione di *Tax Affairs* è garantita un'adeguata formazione del personale sia relativamente alla *compliance* normativa sia per fornire supporto al *Business*;

- b) *Compliance* fiscale: il Gruppo Edison persegue l'obiettivo del rispetto formale e sostanziale delle leggi, dei regolamenti, dei principi, della prassi e della giurisprudenza in materia tributaria, in tutte le aree geografiche in cui presta la propria attività, nel rispetto degli obblighi fiscali previsti. In particolare, il Gruppo si impegna a gestire le transazioni commerciali e finanziarie con soggetti terzi e/o infragruppo nel rispetto della normativa tributaria; sempre nel pieno rispetto delle disposizioni emanate, qualora il Gruppo si trovasse davanti a due alternative diverse per raggiungere il proprio obiettivo di *business*, potrà scegliere di intraprendere legittimamente l'alternativa più efficiente a livello fiscale tenendo in considerazione gli orientamenti giurisprudenziali e i pareri dei consulenti legali e fiscali. Inoltre, dovere della società è quello di adempiere agli adempimenti dichiarativi e al versamento delle imposte, nonché di essere *compliance* agli obblighi di *disclosure* e alla normativa sul *transfer pricing* previsti dall'ordinamento internazionale e recepiti in Italia (i.e. *BEPS Project*). Agendo nel rispetto delle Direttive ATAD e DAC emanate dall'Unione Europea (e di cui si è già ampiamente parlato nei capitoli precedenti) il Gruppo si impegna a non prendere parte e non incentivare operazioni volte a far conseguire indebiti vantaggi o risparmi fiscali (i.e. schemi di pianificazione fiscale aggressiva);
- c) Gestione del rischio fiscale: il Gruppo Edison è dotato di strumenti e procedure aventi lo scopo di identificare tempestivamente i rischi fiscali, ponendovi attenzione in tutte le attività di *business*. In particolare, Edison è dotata di un *Tax Control Framework* che consente di realizzare flussi informativi volti a individuare le potenziali criticità fiscali e di effettuare controlli per favorire la rilevazione, la valutazione, la gestione e il controllo attivo del rischio fiscale;
- d) Gestione delle relazioni con le Autorità fiscali italiane ed estere: tali relazioni sono basate sul rispetto del Codice Etico della società e richiamate all'interno del Modello Organizzativo 231. Edison si pone nell'ottica di porre in essere dei rapporti professionali e costruttivi con l'Amministrazione finanziaria, improntati sul dialogo e sulla fiducia, col fine di prevenire qualsiasi tipo di controversia senza ostacolare l'attività di accertamento e di verifica delle

Autorità. Inoltre, il Gruppo, qualora ne ravvisi l'opportunità, potrà stipulare degli accordi preventivi tra le società del Gruppo stesso e le Autorità fiscali.

In conclusione, si può ritenere che la *Tax Policy* adottata da Edison è molto dettagliata e in linea con gli *standard* e le normative dettati a livello nazionale e internazionale. L'aspetto fondamentale è la sensibilizzazione e responsabilizzazione al rischio fiscale dell'intero assetto organizzativo, in modo tale che quel rischio sia rilevato e gestito facilmente dalla società e nei rapporti che quest'ultima intrattiene con il Fisco.

4. Primi sviluppi del *Tax Control Framework* in Edison

Una mancata gestione del rischio fiscale in azienda può comportare a delle conseguenze disastrose e facilmente immaginabili: un aumento delle imposte da pagare, il rischio di incorrere in sanzioni amministrative, un impatto negativo sul risultato economico della società, la possibilità di incorrere in responsabilità penale, nonché un forte danno a livello reputazionale sulla società.

Come tutti i principali gruppi societari, anche il Gruppo Edison è stato interessato in passato da alcuni contenziosi con l'Amministrazione finanziaria con esiti alterni e con oneri in alcuni casi rilevanti. Anche a fronte di ciò, il Gruppo, in linea con le prassi internazionali, ha iniziato a formalizzare (in modo generico e integrato con i sistemi di controllo già esistenti) un proprio sistema di gestione e controllo del rischio fiscale, con *focus* particolare alla *compliance*.

L'OCSE è sicuramente uno degli attori principali in materia di *tax compliance* d'impresa e di prevenzione di fenomeni quali frode fiscale, evasione fiscale e pianificazione fiscale aggressiva, insieme al COSO, all'Unione Europea e all'Agenzia delle Entrate in Italia³. Ormai da diversi anni, si è potuto constatare come le Autorità

³ Si richiamano, in merito, il documento dell'OCSE "*Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Framework*", il *framework* sul Sistema di Controllo Interno e sull'*Enterprise Risk Management* del COSO, le Direttive europee ATAD e DAC 6, la L. n. 128/2015 e i Provvedimenti direttoriali n. 54237/2016 e n. 101573/2017.

fiscali nazionali e internazionali si muovono su una linea improntata alla stretta collaborazione con i propri contribuenti.

In particolare, questa tendenza si è affermata con l'introduzione in Italia di uno specifico programma di *Cooperative Compliance*, i.e. il regime di adempimento collaborativo. Non solo, molte società italiane hanno sviluppato al loro interno un apposito sistema di rilevazione, misurazione, monitoraggio e gestione del rischio fiscale, il cd. "*Tax Control Framework*" (TCF), senza necessità di aderire (su base volontaria) al regime di adempimento collaborativo, il quale però risulta un requisito propedeutico per poter aderire al regime *de quo* (vedi *infra* Par. 7).

È questo il caso di Edison. In linea con le *best practices* internazionali per attuare una gestione corretta ed efficiente della fiscalità e dell'adempimento degli obblighi fiscali del Gruppo, Edison ha deciso di estendere il proprio sistema di controllo interno e di gestione dei rischi anche all'area fiscale proprio attraverso l'adozione di un *Tax Control Framework*. In particolare, lo scopo ultimo per il quale viene adottato tale strumento consiste nella possibilità di individuare rischi e opportunità in ambito fiscale, condividerli in modo tempestivo, poter agire in ottica di prevenzione e di correzione degli errori di natura fiscale e porre in essere efficaci azioni di miglioramento.

Nello specifico, sulla base di quanto specificato dall'OCSE, il *Tax Control Framework* adottato necessita di sei punti essenziali (vedi *supra* Cap. 2, Par. 2):

- i) La strategia fiscale: volta a individuare il grado di coinvolgimento e gli obiettivi dei vertici aziendali ai fini di gestione della variabile fiscale. Essa deve essere formalizzata in documenti scritti e approvati dagli organi di gestione e deve prevedere dei percorsi operativi (ad esempio Modelli 231, approcci verso l'Amministrazione finanziaria, codici di condotta in ambito fiscale con sanzioni in caso di violazione, programmi di formazione per i dipendenti);
- ii) Ruoli e responsabilità: viene richiesta una chiara attribuzione dei ruoli a persone con specifiche competenze a cui sono annesse relative responsabilità. È prevista l'individuazione dei criteri di separazione dei compiti e di una funzione di controllo che sia in grado di svolgere l'attività. In merito, è richiesto il pieno e costante coinvolgimento della funzione

fiscale, una descrizione dell'attività di controllo svolta per individuare le criticità, monitorarle e proporre risoluzioni adeguate;

- iii) Procedure;
- iv) Monitoraggio dell'attività di controllo;
- v) Adattabilità rispetto al contesto interno ed esterno;
- vi) Relazione agli organi di gestione.

Non esiste un modello *standard* di *Tax Control Framework*, ciascuna società deve elaborare il suo modello sulla base delle caratteristiche e peculiarità che possiede e tale modello deve essere diffuso e sensibilizzato all'interno di tutta l'organizzazione, non solo con riguardo agli organi fiscali.

Il processo di implementazione del *Tax Control Framework* è cominciato all'inizio dell'anno 2017 e si è concluso nel primo semestre dell'anno 2018 con l'introduzione ed efficacia ufficiale dello strumento nella società.

Prima, però, di analizzare lo strumento del *Tax Control Framework*, si ritiene opportuno fare una breve rassegna del percorso che ha portato la società a ritenere utile e opportuna la sua implementazione, dei motivi per cui si è ritenuto opportuno attuarlo e del procedimento che ha portato alla sua effettiva realizzazione.

Il *Tax Control Framework* si inquadra in una logica generale di *governance* societaria, volto a favorire la redditività aziendale. Tutte le attività fiscali prima dell'implementazione del TCF erano comunque adeguatamente gestite, monitorate e controllate.

Il Gruppo Edison ha, però, deciso rafforzare la sua attività e di progettare e implementare un proprio *Tax Control Framework* a seguito di cambiamenti organizzativi significativi intervenuti nel Gruppo, ma soprattutto a seguito della crescente consapevolezza che molti rischi fiscali si manifestavano e si manifestano al di fuori dei processi di *compliance* fiscale e relativamente a qualsiasi attività di *business*. Inoltre, ciò che ha spinto Edison a porre in essere il TCF è stato: da un lato, il *benchmark* di mercato, il Gruppo infatti intrattiene contatti frequenti con società straniere dove è in atto una prassi fiscale con formalità e approcci diversi e più colloquiali con il contribuente; dall'altro, l'introduzione in Italia del regime di adempimento collaborativo (a cui Edison al momento non ha aderito, anche in relazione alla non

corrispondenza dei requisiti richiesti) nei confronti del quale il *Tax Control Framework* costituisce uno specifico requisito di accesso.

Altro elemento che ha spinto il Gruppo alla formalizzazione della gestione del rischio fiscale e ad accogliere positivamente il progetto del TCF all'interno dell'azienda, è stato l'impulso ricevuto dalla capogruppo francese (EDF), che a sua volta ha adottato una formale Tax Policy e ha condiviso la necessità di questo strumento di gestione della fiscalità e delle sue criticità.

Con l'implementazione e l'attuazione del *Tax Control Framework*, Edison si pone come principali obiettivi quelli di: gestire in modo formalizzato il rischio fiscale; avvicinare il *Tax Department* e l'attività di gestione della fiscalità anche alle altre attività di *Business*; consentire una gestione del rischio fiscale integrata nei processi aziendali, non solo in materia di *compliance*. In questo modo, l'azienda mira ad allinearsi ai principi e alle linee guida internazionali, a limitare le contestazioni da parte delle Autorità fiscali agendo in ottica di trasparenza (minimizzando le *tax litigations*) e, infine, a valutare la possibilità di aderire in futuro al regime di adempimento collaborativo.

Con il supporto di una società di consulenza direzionale, specializzata nell'analisi e nella progettazione di modelli anche di Risk Management, Organizzazione, Compliance e Controllo, oltre che da un consulente fiscale, Edison ha deciso di adottare un approccio di tipo graduale per implementare il TCF, ossia un approccio che consentisse di diffondere all'interno del gruppo una corretta sensibilità alla tematica fiscale. Spesso, infatti, l'argomento della *compliance* o, in questo caso, lo strumento del *Tax Control Framework* può essere visto dagli organi più operativi dell'azienda come un elemento solo formale che non porta a particolari benefici per la loro attività. Per questo motivo, si è cercato di sottolineare come questo approccio coinvolgesse in realtà ogni tipologia di attività (dal loro nascere) comportando, da un lato adempimenti e responsabilità, ma dall'altro anche benefici e opportunità⁴. Questo perché conoscere sin dall'inizio le iniziative dell'azienda consente non solo limitare il sorgere di determinati rischi, ma anche di cogliere determinati vantaggi in termini di opportunità.

Si è cercato di dare, in questo modo, un *input* di efficienza della materia fiscale così come della tematica di adempimenti e responsabilità, in modo tale da consentire una visione dell'aspetto fiscale non come del "si devono pagare le tasse" o del "si corre il

⁴ Precisamente, ottimizzazione delle opportunità e mitigazione dei rischi di *Business*.

rischio dell'accertamento dell'Amministrazione finanziaria", ma del vedere sin dall'inizio come nascono le cose, quali opportunità ci sono e come raggiungere l'obiettivo strategico senza far scaturire rischi fiscali o comunque senza incorrere in sanzioni o contestazioni da parte del Fisco.

La pianificazione prospettica del *Tax Control Framework* di Edison, del luglio 2017, ha previsto di: ottenere un preventivo via libera da parte del CFO in merito alla condivisione dell'obiettivo da parte di tutti i soggetti aziendali; effettuare una mappatura dei rischi fiscali; effettuare una verifica dei processi aziendali, individuando quali processi già presenti nell'azienda (es. 231 o 262) consentano di coprire alcune aree di gestione del rischio fiscale in modo da poter allineare il *Tax Control Framework*, quali devono essere integrati e quali devono essere creati per aree non ancora monitorate a livello fiscale; stabilire i ruoli e le responsabilità; definire una proposta di *Tax Policy*; effettuare eventuali modifiche organizzative per le funzioni di controllo; infine, implementare uno strumento informatico di gestione della procedura.

5. L'implementazione del *Tax Control Framework*

Il *Tax Control Framework* prende avvio ufficialmente nell'anno 2018, dopo una forte attività di sensibilizzazione dell'azienda alla tematica e dopo aver fatto una serie di incontri, riunioni, analisi sul tema con l'ausilio di consulenti, delineandone un progetto iniziale. Tutto ciò, con l'obiettivo di creare all'interno del Gruppo una cultura di prevenzione e di gestione del rischio fiscale.

Andando nello specifico, il modello *Tax Control Framework* implementato dal Gruppo Edison si allinea con la procedura 262, relativa al controllo contabile (già esistente all'interno del Gruppo), ed è composto da tre elementi costitutivi:

- i) La *Tax Policy*;
- ii) La norma generale;
- iii) Documentazione operativa (i.e. matrici di processo).

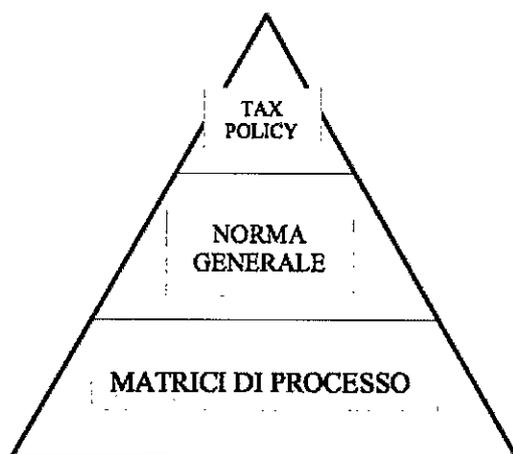


Figura 13, *Composizione del Tax Control Framework.*

Il primo livello che compone il *Tax Control Framework* è rappresentato dalla *Tax Policy*, con la quale vengono definite le linee di indirizzo strategico e di cui si è già ampiamente trattato (vedi *infra* Par. 3).

La norma generale, invece, si inquadra nel secondo livello. Essa consente di individuare e determinare concretamente i principi generali, con il fine di dare attuazione agli obiettivi preposti della *Tax Policy* in termini di gestione efficiente della fiscalità e della *compliance* del Gruppo, favorendo la formazione di una cultura fiscale in collaborazione tra la funzione di *Tax Affairs* e di *Business*. La norma generale viene pubblicata con apposita comunicazione dall'Amministratore Delegato, con il fine di diffondere in tutto il Gruppo le regole volte al controllo e alla gestione del rischio fiscale. All'interno della norma generale, vengono individuati le responsabilità, i ruoli e i comportamenti che devono essere tenuti analizzando nel dettaglio quali sono i punti cardini che devono essere monitorati anche sotto l'aspetto fiscale (ad esempio: nei casi di contratti infragruppo aventi come parte un soggetto straniero o nelle operazioni di *M&A* dove deve essere coinvolto e valutato l'aspetto fiscale in termini di rischi e opportunità).

Il terzo livello, infine, è rappresentato dal *Risk & Control Matrix* (RCM) di processo, ossia le matrici a supporto dell'attività di controllo e gestione dei potenziali rischi fiscali. Questo "terzo livello" del TCF si abbina alle matrici di controllo già esistenti nel Gruppo ai fini della procedura 262, con lo scopo di estendere il controllo alle principali attività aziendali (anche non relative alla materia della contabilità o della fiscalità).

Come la procedura 262 prevede lo svolgimento di una “*gap analysis*” in cui si analizzano le attività e i processi principali della società, anche per il meccanismo TCF viene fatta una analisi che consenta la valutazione di processi e attività maggiormente a rischio fiscale (attività che hanno bisogno di maggiore attenzione e controllo in modo da non incorrere nel rischio di violazioni). Questa analisi relativa alla procedura TCF, che viene effettuata dal Gruppo, è stata oggetto di una visione duplice: da un lato consulenziale, con il supporto di una società esterna deputata a supportare le aziende nell’implementazione dei processi di riorganizzazione e di monitoraggio e gestione del rischio; dall’altro lato fiscale, infatti è stato affiancato a Edison e alla società specializzata nell’implementazione organizzativa un consulente fiscale di modo che potesse esserci un controllo terzo e potesse supportare l’azienda nell’integrare il processo TCF ai *benchmark* di mercato e nel dare maggior autorevolezza alla procedura (rispetto a quella che avrebbe potuto avere un controllo effettuato da un organo interno dell’azienda).

Di conseguenza, sono state individuate le aree principali su cui focalizzare le forze prioritarie e sono state effettuate varie interviste per poter capire a quali matrici e a quali controlli specifici assoggettare le varie aree, quali potessero avere una rilevanza più univoca ai fini della 262 e quali ai fini del TCF. Concluso ciò, sono state integrate le matrici che già esistevano dando evidenza al fatto che il tipo di controllo avrebbe potuto avere una rilevanza sia contabile e sia fiscale, oppure solo fiscale o solo contabile.

Ovviamente, tutte le matrici presenti sono legate alla vita della società, dunque ad ogni cambio organizzativo, di responsabilità o inerente ad attività specifiche, queste devono essere aggiornate per essere totalmente coerenti⁵; cosa che non accade, invece, per la *Tax Policy* e la norma generale che, pur essendo anch’esse dinamiche per adeguarsi all’evoluzione di *business* e organizzativa, hanno una stabilità più mantenuta nel tempo. Una volta condivise le matrici, dal giugno 2018 è divenuto effettivo l’intero sistema TCF, con la pubblicazione delle disposizioni generali e il primo “giro” di controlli formalizzati e documentati.

Edison ha deciso di abbinare la procedura TCF con la procedura 262, già precedentemente esistente nella società e avente cadenza trimestrale (così estesa anche

⁵ Ad esempio, nel 2019 Edison ha dovuto rimettere mano su una delle matrici per l’entrata in vigore della fatturazione elettronica.

al TCF). Inoltre, è stato determinato un sistema di monitoraggio periodico di controllo effettuato dall'*Audit* interno supportato da una società di consulenza interna, consentendo così di porre in essere un processo di controllo (trimestrale) volto a valutare se i controlli sono stati effettuati in concreto e non solo dichiarati, come sono stati effettuati e se sono andati a buon fine.

In particolare, il processo di controllo periodico sull'adeguatezza e sull'effettiva applicazione del TCF è articolato in 5 fasi:

- *Risk Assessment* fiscale: l'attività di *Risk Assessment* viene svolta con cadenza almeno annuale dalla Direzione *Accounting & Tax* al fine di verificare l'adeguatezza complessiva del *Tax Control Framework*, di aggiornare l'elenco dei processi aziendali individuati come fiscalmente rilevanti e delle relative matrici di controllo TCF, di aggiornare l'elenco dei responsabili di Unità Operative per l'attuazione del TCF e delle specifiche responsabilità di controllo. Questa fase consente di analizzare le novità normative e gli impatti che queste hanno sui processi aziendali, nonché l'evoluzione del *business* e dell'organizzazione nel contesto in cui opera il Gruppo per identificare i rischi fiscali;
- Aggiornamento periodico delle RCM: con cadenza almeno trimestrale deve essere verificata la necessità di aggiornare le matrici TCF in termini di completezza e corrispondenza dei rischi fiscali rispetto alle normative esistenti e rispetto a modifiche segnalate dalle Unità Operative;
- Risultati *Risk Assessment*: in questo modo i risultati ottenuti dalle due fasi precedenti permettono di dichiarare l'adeguatezza e l'applicazione effettiva dei controlli rivolti ai rischi fiscali identificati e di far intervenire la Direzione di *Internal Audit* per consentire la pianificazione di interventi specifici;
- Valutazione periodica: il processo di valutazione nell'ambito del TCF è integrato al processo di valutazione previsto dal Modello di Controllo Contabile 262. Le valutazioni sono articolate in: autovalutazione delle Unità Operative, le quali sono responsabili della corretta applicazione e aggiornamento del sistema di controllo e di gestione dei rischi, e valutazione indipendente, dell'*Internal Audit*;

- Processo di comunicazione interna di conformità al TCF: le comunicazioni vengono effettuate dai responsabili delle Divisioni, delle Direzioni, delle *Business Units*, delle Funzioni aziendali e dai Presidenti e Amministratori Delegati della società, mediante dei “*Moduli di Conformità*”.

Un ulteriore livello di controllo è dettato da un *report* periodico inviato al Comitato Controllo e Rischi, in cui la funzione *Accounting & Tax* e l'*Internal Audit* confermano che i controlli sono stati effettuati e che le verifiche hanno dato buon esito.

L'anno 2021 ha rappresentato il terzo anno da cui Edison ha implementato al suo interno il *Tax Control Framework* e che continua a basarsi su questo strumento per una gestione efficiente ed efficace del rischio fiscale in termini di *compliance* d'impresa.

6. La gestione del rischio fiscale integrata al sistema 231

Il gruppo Edison, oltre ad aver implementato il *Tax Control Framework*, è dotato del Modello Organizzativo 231 dall'anno 2004 e risulta quindi *compliance* al D.Lgs. n. 231/2001.

Il Modello 231 viene considerato da Edison, non solo come un mero adempimento alla normativa vigente in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, ma anche come un vero e proprio supporto alla realtà aziendale avente lo scopo di prevenire i rischi connessi alle attività svolte e salvaguardare nel modo migliore gli interessi del Gruppo. Per il Gruppo Edison il Modello 231 è visto come uno strumento di lavoro che consenta una corretta ed efficace gestione dei rischi, che crea e rafforza il senso di affidabilità e di fiducia degli *stakeholders* rafforzando la reputazione positiva della società nel mercato.

Per quanto riguarda ciò che è di interesse ai fini dell'elaborato, con la L. n. 157/2019 sono stati introdotti alcuni reati tributari nel catalogo dei reati presupposto ai fini 231, nello specifico è stato introdotto l'art. 25 *quinquiesdecies* (vedi *supra* Cap. 4 Sez. B, Par. 3), e ciò presuppone un aggiornamento del Modello presente nella società.

Di conseguenza nei primi mesi dell'anno 2020, Edison ha dato avvio ai lavori di aggiornamento del Modello Organizzativo con il supporto di consulenti specializzati in materia, nonché della *Direzione Tax Affairs*.

Le fasi che si sono susseguite per poter procedere all'aggiornamento del Modello 231 sono state tre:

- Una prima fase relativa al *Risk Assessment*, nella quale è stata fatta una mappatura delle attività a rischio di commissione dei reati tributari catalogati come reati presupposto;
- Una seconda fase di *Gap Analysis*, nella quale è stata effettuata una individuazione e valutazione sui sistemi di controllo già esistenti volte a far emergere eventuali carenze per poter attuare efficaci azioni correttive;
- Una terza fase relativa al Modello Organizzativo, volta all'aggiornamento della parte generale del Modello e del Codice Etico, nonché alla formalizzazione dei principi di comportamento.

Durante tutti i processi, si è cercato di ricercare e valorizzare la “*massima sinergia*” tra il *Tax Control Framework* (adibito al controllo del rischio fiscale), il Modello 262 (adibito al controllo contabile) e il Modello 231 (adibito all'organizzazione e alla gestione per la prevenzione dei reati presupposto).

Questa integrazione tra i diversi strumenti di controllo è perseguita con l'obiettivo di assicurarne una loro diffusione nelle varie attività aziendali, facendo in modo di non creare livelli e attività di controllo non coerenti con le loro finalità o, addirittura, ridondanti, diventando un onere eccessivo all'interno dell'azienda.

Nello specifico, l'integrazione del *Tax Control Framework* con il Modello Organizzativo 231 rafforza i sistemi di presidi e regole, idonei a prevenire il rischio di commissione di reati di natura fiscale, con controlli molto più forti e di dettaglio dei singoli processi aziendali.

Secondo il Gruppo Edison, pensiero in linea con le disposizioni della Guardia di Finanza, pur essendo i requisiti essenziali del *Tax Control Framework* non perfettamente sovrapponibili con quelli richiesti per il Modello Organizzativo 231, l'adozione di un TCF all'interno dell'azienda (con eventuale successiva ammissione al

regime di adempimento collaborativo) può rappresentare un elemento utile di valutazione dell'”*efficacia esimente*”⁶ del modello previsto dal D.Lgs. n. 231/2001.

7. Considerazioni conclusive e prospettive future

Il Gruppo Edison agisce con lo scopo di rispettare la normativa vigente e adempiere agli obblighi fiscali sviluppando un rapporto di stretta collaborazione con il Fisco sulla base dei principi cardini di trasparenza, correttezza e onestà.

La società ha deciso di adottare un *Tax Control Framework*, come strumento per gestire e mitigare le criticità fiscali derivanti dalle attività di *business*. Il pensiero su cui poggia l'implementazione del *Tax Control Framework* all'interno del Gruppo Edison, oltre che essere quello di una più forte e mirata gestione della fiscalità basata su una logica di prevenzione, è anche il pensiero che essendo società quotata doveva essere in linea con gli *standard* internazionali e pronta a recepire una modifica normativa che obbligasse le società quotate a dotarsi di questo strumento formale di controllo e gestione del rischio fiscale (come già avvenuto per le banche).

La politica del gruppo, come si può constatare, è quella di sensibilizzare sul tema tutto il complesso societario, rendendolo più attivo e più responsabile, mediante un approccio graduale al tema. Sicuramente, l'adozione di uno strumento di controllo e gestione del rischio fiscale come il *Tax Control Framework*, non può che essere valutato positivamente dall'Amministrazione finanziaria in sede di verifiche e accertamenti, quasi come a rappresentare un indicatore di buona fede della società posto in ottica deflativa del contenzioso tributario.

Inoltre, evidentemente, l'aver implementato un *Tax Control Framework* (completo dei suoi elementi costitutivi) è stato un forte aiuto per le procedure di controllo già adottate dal Gruppo, come il Modello 231 e il Modello di controllo contabile 262, essendo il TCF stato integrato a queste ultime. Queste procedure hanno potuto, infatti, potuto beneficiare dell'attività di controllo svolta dal TCF, grazie ad un buon flusso informativo all'interno della società.

⁶ Circolare Guardia di Finanza n. 216816/2020.

Da molto tempo ormai, le Autorità fiscali nazionali e internazionali hanno sviluppato la consapevolezza circa la necessità di creare delle relazioni con i contribuenti-imprese improntate sulla collaborazione, sulla trasparenza, sul dialogo e sulla prevenzione verso le criticità fiscali. Questa linea di pensiero ha portato alla nascita di veri e propri programmi di “*Cooperative Compliance*” internazionali e, nello specifico del contesto italiano, del regime di adempimento collaborativo (D.Lgs. n. 128/2015).

Per poter accedere a questo regime sono necessari diversi requisiti tra cui l’implementazione di un sistema di rilevazione, misurazione, monitoraggio e gestione del rischio fiscale (i.e. *Tax Control Framework*) da parte di imprese-contribuenti di medio-grandi dimensioni. Tale sistema di controllo è propedeutico all’adesione al regime, ma non risulta obbligatorio per le imprese che implementano il *Tax Control Framework* dover per forza accedere al regime di adempimento collaborativo e questo è senz’altro un aspetto molto interessante della procedura.

Il Gruppo Edison, pur avendo adottato il *Tax Control Framework* come strumento fondamentale per il rafforzamento interno della gestione dei rischi fiscali, non ha optato per aderire al regime di adempimento collaborativo. Questa scelta di Edison è dovuta da diversi fattori: primo fra tutti il fatto che non è stata ancora raggiunta la soglia del volume d’affari⁷ prevista per poter aderire al regime, ma anche per via dei forti rallentamenti che hanno subito le pratiche dell’Agenzia delle Entrate per l’accesso al regime di adempimento collaborativo dovuti all’emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha gravemente colpito l’Italia.

In sostanza, il Gruppo ha preferito adottare un approccio più graduale e lento sul tema della gestione della fiscalità proprio perché, secondo la logica seguita, un impatto troppo aggressivo non avrebbe portato a grandi risultati e questo anche per studiare meglio il regime.

A riguardo, il Gruppo Edison valuta con molta attenzione e vede come prossimo obiettivo in materia di gestione e minimizzazione del rischio fiscale quello di aderire al regime di adempimento collaborativo e ne prevede una possibile aderenza nei prossimi anni. Questo obiettivo è guidato dalla considerazione della validità di strumenti come il *Tax Control Framework* e il regime di adempimento collaborativo come una sorta di

⁷ Art. 7 D.Lgs. n. 128/2015.

“buona strada” per rinforzare ulteriormente le procedure di controllo dei rischi interne all’azienda.

Infine, si ritiene opportuno precisare che il Gruppo Edison è dotato di una *Whistleblowing Policy* in ordine al dettato della L. n. 179/2017. Mediante questo strumento possono essere presentate segnalazioni relative a: violazioni sospette o verificate relative al Modello Organizzativo o al Codice Etico di Edison; fatti o comportamenti che integrano o che possono potenzialmente integrare uno dei reati presupposto previsti dal D.Lgs. n. 231/2001; altre condotte non conformi alle leggi e/o alle procedure aziendali del Gruppo in vigore o comportamenti che sfocino in un pregiudizio reputazionale o economico.

Le segnalazioni possono essere effettuate dagli Organi Sociali, dal personale dipendente o dai collaboratori, nonché dai soggetti esterni alla società sulla base del rispetto del principio di buona fede e fondate su elementi precisi e concordanti. Il destinatario delle segnalazioni è la Direzione *Internal Audit*.

CONCLUSIONI

La gestione e il controllo del rischio fiscale, generato da quei comportamenti e/o operazioni poste in essere dal contribuente-impresa in violazione della normativa tributaria e dei principi dell'ordinamento tributario o dal loro aggiramento, ha contribuito a dare al diritto tributario un ruolo centrale in materia di *governance* societaria.

La variabile fiscale, applicata alla *Corporate Governance*, non è stata oggetto né di molta attenzione e né di adeguata gestione in passato, rispetto a quanto lo sia attualmente, soprattutto a seguito dei numerosi scandali finanziari e degli interventi normativi da parte del Legislatore, i quali hanno fatto emergere l'importanza di questo elemento. La gestione del rischio fiscale mediante un impianto improntato sul *Tax Risk Management*, oggi, è un elemento imprescindibile nei controlli interni di una impresa e ha un impatto rilevante sul suo stesso andamento. La variabile fiscale, se adeguatamente gestita e monitorata, può contribuire alla crescita dell'impresa in termini sia economici e sia reputazionali.

Ormai, le imprese si trovano spesso a dover fare i conti con le criticità comportate dal rischio fiscale, derivante dall'incertezza e dalla continua evoluzione della normativa che la rende molto complessa e di difficile interpretazione, nonché da tutti quei comportamenti illeciti come la frode fiscale, l'evasione fiscale, l'abuso del diritto o le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva. Per questo motivo, è fondamentale attuare e predisporre un insieme di strategie e politiche d'impresa volte al contrasto del "malaffare" imprenditoriale che pervade la vita pubblica, ormai da tempo.

Nell'elaborato vengono esaminati diversi strumenti con cui una impresa può rilevare, gestire e monitorare accuratamente il rischio fiscale. In modo particolare, l'implementazione di questi strumenti permette al contribuente-impresa di agire in forma preventiva e tempestiva sulla variabile fiscale, in ottica deflativa del contenzioso, e di neutralizzare il rischio con lo scopo ultimo di conseguire la cd. *tax compliance*, specialmente nel rapporto intercorrente tra Fisco/Amministrazione finanziaria e contribuente nell'adempimento degli obblighi tributari.

Sul punto, si rileva, sulla base degli studi compiuti, che gli strumenti che consentono una efficace gestione del rischio fiscale sono diversi. Innanzitutto, il *Tax Control*

Framework, il quale rappresenta un insieme di protocolli e procedure e definito ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 128/2015 come uno strumento di “*di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale*”. Questo strumento è in grado di svolgere il lavoro anche in modo “autonomo”, senza la necessità di essere catalogato semplicemente come un presupposto per poter accedere al regime di adempimento collaborativo, come si può notare nell'analisi aziendale del gruppo Edison; uno strumento dotato di molte sfaccettature, le quali talvolta prescindono dalla materia fiscale, tanto che è uno strumento che riesce a estendere la sua portata normativa ad ambiti ulteriori, come quello civilistico e penalistico, pur nascendo dall'impianto fiscale.

In secondo luogo, il regime di adempimento collaborativo, definito ai sensi degli artt. 3 e 7 del D.Lgs. n. 128/2015, uno strumento accolto positivamente in dottrina e il quale pone un punto fermo sul tema consentendo la realizzazione di un rapporto di stretta collaborazione e fiducia tra Amministrazione finanziaria e contribuente-impresa, basato sull'obbligo di comunicazione costante, tempestiva e preventiva avente quale effetto un vero e proprio affidamento reciproco tra i due soggetti.

In terzo luogo, lo strumento imposto dalla Direttiva DAC 6, il quale prevede un obbligo a carico degli intermediari e dei contribuenti di notificare le operazioni poste in essere mediante meccanismi transfrontalieri che possono avere una portata elusiva ovvero evasiva (i.e. la pratica di pianificazione fiscale aggressiva).

Inoltre, all'interno del D.Lgs. n. 231/2001, ai sensi dell'art. 6, è disciplinato il Modello Organizzativo 231, il quale impone all'impresa un valido meccanismo di mappatura del rischio al fine di prevenire i cd. “*reati presupposto*”, costituendo una causa di non punibilità qualora il modello sia idoneo e conforme alla legge. Nonostante l'introduzione dei reati tributari nella categoria dei reati presupposto, la dottrina si è resa conto di come già lo strumento del *Tax Control Framework* fosse molto efficiente proprio perché è in grado di rispondere al compito svolto dal Modello Organizzativo 231, riuscendo lui stesso a mappare il rischio fiscale al fine di prevenire il reato tributario.

La logica che ha guidato il legislatore nell'introdurre strumenti atti a governare la variabile fiscale è, da un lato, volta alla massimizzazione della *compliance* fiscale dei

contribuenti-imprese, e dall'altro, volta alla premialità degli stessi che si manifesta nella riduzione, o nella non applicazione, dell'impianto sanzionatorio amministrativo tributario da parte dell'Amministrazione finanziaria, di fronte all'adozione da parte dell'impresa di efficaci ed efficienti presidi al rischio fiscale e nonostante sia incorsa ugualmente in una violazione, quale sinonimo di "premio" per la diligenza e la buona condotta posta in essere.

Questo *modus operandi* ha contribuito fortemente a mutare in modo innovativo la relazione che intercorre tra Fisco e contribuente, ponendo fine alla concezione tradizionale di un rapporto verticale tra questi due soggetti e fondata su un controllo *ex post* avente lo scopo di sanzionare il contribuente. Oggi, si può affermare che la variabile fiscale può essere gestita e controllata mediante un rapporto orizzontale, di parità, con l'Amministrazione finanziaria, caratterizzato da cooperazione, dialogo, prevenzione e fiducia, quali caratteri specifici che connotano la "relazione tributaria".

Per concludere questa riflessione, è chiaro che la variabile fiscale può considerarsi come un elemento pregiudizievole per l'impresa se non adeguatamente gestito. Per questo motivo, gli strumenti che consentono la gestione e il controllo preventivo del rischio fiscale sono ormai fondamentali, imprescindibili.

A tal proposito, si rileva una lacuna nell'ordinamento tributario italiano, ossia l'impossibilità per le imprese di piccole dimensioni di accedere, ad esempio, al regime di adempimento collaborativo a fronte della disciplina dettata dal D.Lgs. n. 128/2015, la quale impone un requisito soggettivo-dimensionale per potervi accedere. In questo modo, non viene data la possibilità alle piccole imprese di accedere agli effetti premiali del regime in termini sanzionatori, nonostante una spinta in tal senso si possa rilevare nella riduzione della soglia di accesso per gli anni 2020-2021 a cinque miliardi di euro piuttosto che a dieci, come misura per far fronte alla situazione straordinaria di emergenza sanitaria dovuta alla diffusione dell'epidemia da Covid-19. Una spinta verso l'estensione della disciplina si può rivenire anche nel "Piano Colao" o nel "Decreto Rilancio" ai sensi dell'art. 139.

Per questo motivo, è essenziale enfatizzare come il regime di adempimento collaborativo, o il *Tax Control Framework* quale *species* di quest'ultimo, sono strumenti

che dovrebbero poter essere adottati da qualsiasi impresa nel settore economico italiano e non soltanto dalle imprese di grande dimensione.

De iure condendo, sarebbe auspicabile l'estensione e l'evoluzione progressiva della disciplina anche alle piccole imprese, in modo da renderla ancora più adeguata verso la logica della *tax compliance*. Per poterlo fare, potrà essere opportuno introdurre ulteriori strumenti di controllo della variabile fiscale, sensibilizzando sempre di più l'impresa e il suo assetto organizzativo, o verificare se gli strumenti già esistenti siano adeguati a rispondere a tale esigenza.

APPENDICE A¹

LE 15 AZIONI DEL PROGETTO BEPS

Action 1 → “Address the tax challenges of the digital economy”: identify the main difficulties that the digital economy poses for the application of existing international tax rules and develop detailed options to address these difficulties, taking a holistic approach and considering both direct and indirect taxation. Issues to be examined include, but are not limited to, the ability of a company to have a significant digital presence in the economy of another country without being liable to taxation due to the lack of nexus under current international rules, the attribution of value created from the generation of marketable location-relevant data through the use of digital products and services, the characterisation of income derived from new business models, the application of related source rules, and how to ensure the effective collection of VAT/GST with respect to the cross-border supply of digital goods and services. Such work will require a thorough analysis of the various business models in this sector.

L'economia digitale è parte integrante del *genus* più ampio di economia. È fondamentale mettere a punto una sua disciplina fiscale nonostante la grande complessità del tema. Le caratteristiche di questo tipo di economia richiedono un approccio generale che faccia riferimento ai presupposti dell'imposizione e della sua ripartizione tra le diverse giurisdizioni.

Tale azione mira a prescindere dalla presenza fisica di una società e di considerare la tassazione in relazione alla presenza digitale o di “*stabile organizzazione virtuale*”.

Action 15 → “Develop a multilateral instrument”: analyse the tax and public international law issues related to the development of a multilateral instrument to enable jurisdictions that wish to do so to implement measures developed in the course of the work on BEPS and amend bilateral tax treaties. On the basis of this analysis,

¹ Fonti: OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing; *Il progetto Base Erosion and Profit Shifting*, 2015, consultabile sul sito www.senato.it; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte speciale*, Milano, UTET giuridica, 2019, pag. 402 ss.

interested Parties will develop a multilateral instrument designed to provide an innovative approach to international tax matters, reflecting the rapidly evolving nature of the global economy and the need to adapt quickly to this evolution.

Questa azione si prefigge di elaborare uno strumento multilaterale con l'obiettivo di agevolare e velocizzare la realizzazione di misure volte al contrasto dei fenomeni elusivi adeguando i regimi fiscali all'evoluzione economica globale.

Action 2 → "Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements": develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to neutralise the effect (e.g. double non-taxation, double deduction, long-term deferral) of hybrid instruments and entities. This may include: (i) changes to the OECD Model Tax Convention to ensure that hybrid instruments and entities (as well as dual resident entities) are not used to obtain the benefits of treaties unduly; (ii) domestic law provisions that prevent exemption or non-recognition for payments that are deductible by the payor; (iii) domestic law provisions that deny a deduction for a payment that is not includible in income by the recipient (and is not subject to taxation under controlled foreign company (CFC) or similar rules); (iv) domestic law provisions that deny a deduction for a payment that is also deductible in another jurisdiction; and (v) where necessary, guidance on co-ordination or tie-breaker rules if more than one country seeks to apply such rules to a transaction or structure. Special attention should be given to the interaction between possible changes to domestic law and the provisions of the OECD

Model Tax Convention. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deduction limitations, the work on CFC rules, and the work on treaty shopping.

Lo scopo di questa azione è neutralizzare gli effetti degli ibridi con cui vengono sfruttate le asimmetrie tra i vari ordinamenti col fine di creare situazioni di vantaggio indebito (i.e. doppia non imposizione o deduzioni).

Action 3 → “Strengthen CFC rules”: develop recommendations regarding the design of controlled foreign company rules. This work will be co-ordinated with other work as necessary.

L'azione richiede la definizione di regole chiare in merito alla normativa di controllo delle società controllate estere (CFC), questo per evitare spostamenti di redditi fittizi significative verso queste società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata.

Action 4 → “Limit base erosion via interest deductions and other financial payments”: develop recommendations regarding best practices in the design of rules to prevent base erosion through the use of interest expense, for example through the use of related-party and third-party debt to achieve excessive interest deductions or to finance the production of exempt or deferred income, and other financial payments that are economically equivalent to interest payments. The work will evaluate the effectiveness of different types of limitations. In connection with and in support of the foregoing work, transfer pricing guidance will also be developed regarding the pricing of related party financial transactions, including financial and performance guarantees, derivatives (including internal derivatives used in intra-bank dealings), and captive and other insurance arrangements. The work will be co-ordinated with the work on hybrids and CFC rules.

Questa azione è volta alla limitazione dell'erosione della base imponibile derivante dalla deduzione di interessi e di altri costi relativi a finanziamenti del gruppo multinazionale. Vengono introdotte delle soglie percentuali massime ai fini di utilizzabilità dei benefici fiscali.

Action 5 → “Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance”: revamp the work on harmful tax practices with a priority on improving transparency, including compulsory spontaneous exchange on rulings related to preferential regimes, and on requiring substantial activity for any preferential regime. It will take a holistic approach to evaluate preferential tax regimes in the BEPS context. It will engage with non-OECD members on the basis of the existing framework and consider revisions or additions to the existing framework.

L'azione prevede un incremento della trasparenza per far emergere le pratiche fiscali dannose introducendo uno scambio di informazioni obbligatorio tra i Paesi con regimi fiscali agevolati.

Action 6 → “Prevent treaty abuse”: develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids.

L'azione mira a prevenire mediante clausole anti abuso la concessione di benefici inappropriati. Il riferimento è fatto al fenomeno di “treaty shopping” che si realizza nel momento in cui un soggetto non residente in nessuno dei due Stati che hanno stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni, pone in essere un comportamento volto a beneficiare ugualmente della convenzione creando società fittizie prive di sostanza economica.

Action 7 → “Prevent the artificial avoidance of PE status”: develop changes to the definition of PE to prevent the artificial avoidance of PE status in relation to BEPS, including through the use of commissionaire arrangements and the specific activity exemptions. Work on these issues will also address related profit attribution issues.

L'azione introduce un nuovo concetto più articolato di stabile organizzazione che tenga conto delle dinamiche che si sviluppano nel mercato e con lo scopo di evitare che le multinazionali spostino i loro profitti nei Paesi con fiscalità privilegiata.

Action 8, 9, 10 → “Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation”

Action 8 – Intangibles

Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements.

Questa azione considera il tema del *transfer pricing* in relazione alle transazioni che hanno come oggetto beni immateriali di difficile valutazione economica.

Action 9 – Risks and capital

Develop rules to prevent BEPS by transferring risks among, or allocating excessive capital to, group members. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to ensure that inappropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed risks or has provided capital. The rules to be developed will also require alignment of returns with value creation. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deductions and other financial payments.

L'azione prevede che la ripartizione dei rischi su base contrattuale di una impresa associata sia considerata come tale solo nella possibilità di questa di prendere decisioni o di esercitare un controllo sul rischio o di potervi far fronte.

Action 10 – Other high-risk transactions

Develop rules to prevent BEPS by engaging in transactions which would not, or would only very rarely, occur between third parties. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to: (i) clarify the circumstances in which transactions can be recharacterised; (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains; and (iii) provide protection against

common types of base eroding payments, such as management fees and head office expenses.

L'azione prende in considerazione le aree con alto rischio di erosione della base imponibile mediante incremento fittizio dei costi di gestione.

***Action 11** → “Establish methodologies to collect and analyse data on BEPS and the actions to address it”: develop recommendations regarding indicators of the scale and economic impact of BEPS and ensure that tools are available to monitor and evaluate the effectiveness and economic impact of the actions taken to address BEPS on an ongoing basis. This will involve developing an economic analysis of the scale and impact of BEPS (including spillover effects across countries) and actions to address it. The work will also involve assessing a range of existing data sources, identifying new types of data that should be collected, and developing methodologies based on both aggregate (e.g. FDI and balance of payments data) and micro-level data (e.g. from financial statements and tax returns), taking into consideration the need to respect taxpayer confidentiality and the administrative costs for tax administrations and businesses.*

Questa azione è volta alla misurazione del fenomeno BEPS e della sua evoluzione equiparata alle strategie adottate per il suo contrasto.

***Action 12** → “Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements”: develop recommendations regarding the design of mandatory disclosure rules for aggressive or abusive transactions, arrangements, or structures, taking into consideration the administrative costs for tax administrations and businesses and drawing on experiences of the increasing number of countries that have such rules. The work will use a modular design allowing for maximum consistency but allowing for country specific needs and risks. One focus will be international tax schemes, where the work will explore using a wide definition of “tax benefit” in order to capture such transactions. The*

work will be co-ordinated with the work on co-operative compliance. It will also involve designing and putting in place enhanced models of information sharing for international tax schemes between tax administrations.

Questa azione è volta a far venire alla luce i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva mediante obblighi di dichiarazione dei soggetti stessi. Viene fornita all'Amministrazione finanziaria una struttura tramite cui raccogliere informazioni in via tempestiva utili all'individuazione dei fenomeni elusivi agendo con interventi correttivi alla pratica.

Action 13 → “Re-examine transfer pricing documentation”: develop rules regarding transfer pricing documentation to enhance transparency for tax administration, taking into consideration the compliance costs for business. The rules to be developed will include a requirement that MNE’s provide all relevant governments with needed information on their global allocation of the income, economic activity and taxes paid among countries according to a common template.

L'azione impone il miglioramento e la coordinazione dell'invio della documentazione richiesta alle imprese multinazionali in materia di *transfer pricing* in modo da agevolare l'attività di identificazione e controllo delle aree a rischio di elusione da parte dell'Amministrazione finanziaria. È prevista la creazione di un *master file*, al quale potranno accedere le Amministrazioni, di un *local file* e di un rapporto *Country by Country* (strumento che impone ai gruppi multinazionali di fornire annualmente informazioni sui propri redditi, sulle tasse pagate e su altri indicatori specifici).

Action 14 → “Make dispute resolution mechanisms more effective”: develop solutions to address obstacles that prevent countries from solving treaty-related disputes under MAP, including the absence of arbitration provisions in most treaties and the fact that access to MAP and arbitration may be denied in certain cases.

L'azione è volta a rendere più efficaci i meccanismi che consentono la risoluzione delle controversie fiscali.

APPENDICE B¹

LE OTTO COMPONENTI DEL COSO ERM

La prima voce delle otto componenti consiste nell'“ambiente interno”, che può essere definito come l'identità essenziale di ogni organizzazione e di cui ne costituisce le fondamenta. Determina non solo i modi attraverso cui il rischio viene affrontato e considerato dai soggetti che operano nel contesto aziendale, ma anche la filosofia della gestione del rischio, definita da PWC come “*l'insieme dei valori e dei comportamenti condivisi che caratterizzano l'atteggiamento dell'azienda verso il rischio in ogni sua attività*”. Determina inoltre i livelli di accettabilità del rischio e l'ambiente di lavoro in generale. Da quanto emerge è dunque fondamentale il ruolo del Consiglio di Amministrazione che è l'organo che guida l'impresa e che quindi deve possedere tutte le competenze e conoscenze adeguate alla propria funzione e deve svolgere la sua attività nel rispetto di valori etici e dell'integrità aziendale. Un'azione integra infatti si configura per la consistenza e la coerenza che essa esprime in relazione a regole, valori, metodi e principi condivisi. Oltre al Consiglio di Amministrazione è molto importante anche la competenza del personale che sta al di sotto di esso e che con esso è coordinato. La seconda voce è rappresentata dalla “definizione degli obiettivi”. Gli obiettivi consistono nella *mission* o nello scopo ultimo dell'azienda, la cui individuazione effettuata dal *management* deve essere necessariamente prodromica all'identificazione degli eventi che possono pregiudicarne il loro conseguimento.

L'ERM assicura che il *management* abbia posto in essere un processo adeguato di definizione degli obiettivi e che questi siano in linea con i livelli di rischio accettabile e con la missione aziendale. Al momento della loro determinazione, gli obiettivi devono risultare chiari, facilmente identificabili e misurabili da tutto il personale dell'azienda in modo tale che ciascuno sia in grado di comprendere come il proprio lavoro possa influenzarli e come verificare l'eventuale scostamento dagli obiettivi prefissati.

Successivamente si trova l'“identificazione degli eventi”. All'interno del *framework* gli eventi vengono definiti come fatti o accadimenti generati da fattori esterni, come il

¹ Fonte: COSO, *La gestione del rischio aziendale. ERM – un modello di riferimento e alcune tecniche interpretative*, Milano, in *IlSole24Ore*, 2006.

contesto economico, l'ambiente, lo sviluppo sociale e tecnologico, o interni, come il personale o l'organizzazione dei processi, che influiscono sul conseguimento dell'obiettivo aziendale. Tali eventi possono essere identificati come rischi o come opportunità. Le opportunità devono essere valutate considerando la strategia determinata in precedenza o il processo di formulazione degli obiettivi posti.

Importanti per l'identificazione del rischio sono i “*Key Risk Indicators*” (KRI), indicatori di eventi e segnalatori di criticità implementate aventi lo scopo di raccogliere e ottenere informazioni tempestive in relazione a possibili rischi emergenti a cui far fronte nel modo più veloce possibile.

La “valutazione del rischio” consiste nella valutazione circa l'incidenza di un possibile evento sul fine ultimo dell'azienda. I rischi vengono analizzati determinando la probabilità che si verifichino in futuro e l'impatto che potrebbero avere al fine di gestirli al meglio. Essi sono valutati in termini di rischio inerente, cioè di rischio in assenza di qualsiasi tipologia di intervento, e di rischio residuo, ossia ciò che rimane dopo aver attuato azioni idonee a ridurlo. In merito alla “risposta al rischio”, il *management* seleziona le risposte al rischio emerso sviluppando interventi idonei ad allineare i rischi emersi con i livelli di tolleranza al rischio e rischio accettabile. Permette quindi di vedere come il *management* risponde al rischio e quali politiche e strategie implementa per evitarlo, accettarlo, ridurlo o dividerlo.

L'“attività di controllo” rappresenta tutte le politiche e le procedure che una impresa sviluppa per assicurare che le risposte al rischio siano efficacemente eseguite.

Per quanto riguarda le “informazioni e comunicazioni”, le informazioni pertinenti devono essere identificate, raccolte e diffuse nei tempi e nella forma che consentano alle persone di adempiere in modo corretto le proprie responsabilità. Si devono attivare quindi delle comunicazioni solide ed efficaci in modo che queste siano utilizzate dall'intera struttura organizzativa.

L'ultima voce del *framework* consiste nel “monitoraggio”. L'intero processo dell'ERM deve essere monitorato e modificato durante tutte le sue fasi qualora sia necessario farlo. Il monitoraggio consiste in interventi continui e integrati nella normale attività aziendale operativa o in valutazioni separate o ancora in una combinazione delle due metodologie.

APPENDICE C¹

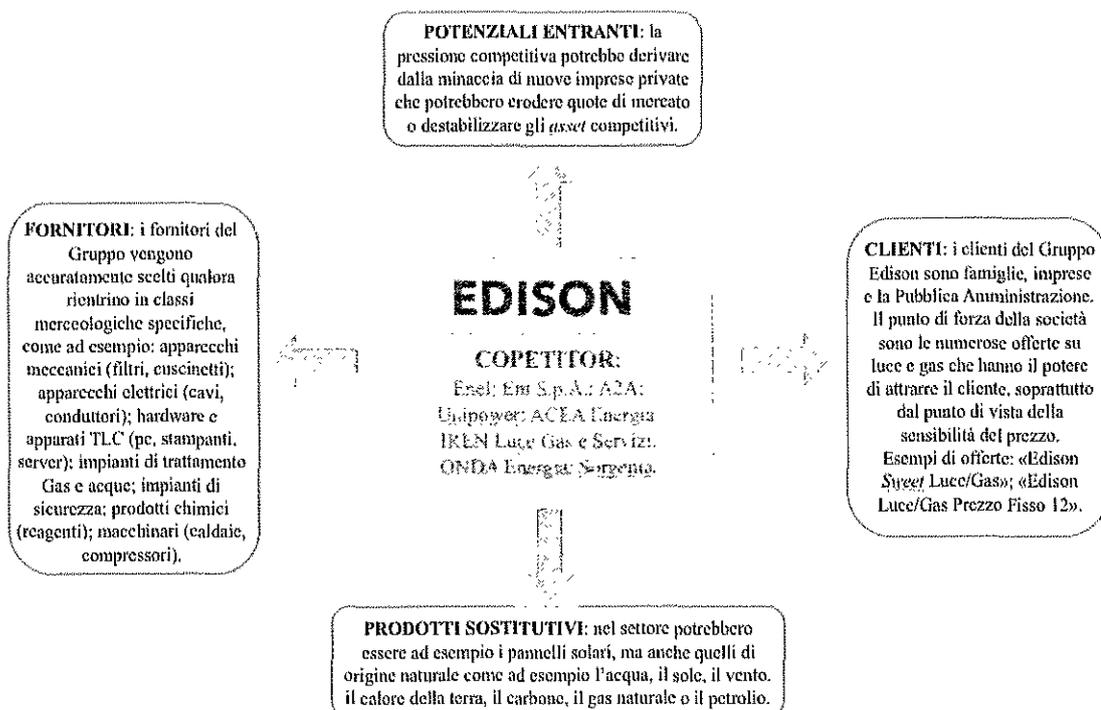
Analisi di settore

Il gruppo Edison è tra le società di energia più importanti in Italia e in Europa. Opera nell'approvvigionamento, nella produzione e nella vendita di gas e di elettricità, nonché nei servizi energetici e ambientali e nell'esplorazione e produzione di idrocarburi.

I segmenti di mercato sui quali Edison svolge la sua attività sono:

- ❖ La filiera dell'energia elettrica: comprendente impianti di generazione da fonte termoelettrica, idroelettrica, eolica e fotovoltaica. Compongono questa filiera anche i servizi energetici e ambientali;
- ❖ La filiera idrocarburi: comprendente attività di stoccaggio, distribuzione e trasporto, ma anche attività di vendita a clienti grossisti e consumatori finali e attività di produzione e sviluppo di idrocarburi in Italia e all'estero;
- ❖ La filiera *Corporate*: comprendente attività centralizzate e trasversali, nonché attività «non energy» (es. costi legali).

MODELLO DI PORTER



¹ In questa appendice si vuole fornire una visione sommaria dello stato dell'arte della società presa in oggetto nel "Case Study". Si procede da prima ad analizzare il settore e poi ad analizzare la società attraverso indici calcolati dalla riclassificazione dei bilanci. I bilanci sono reperibili sul sito di Edison.

RICLASSIFICAZIONE BILANCI EDISON

Di seguito si riportano i prospetti di Stato Patrimoniale e Conto Economico, con relative note di riclassificazione, che sono stati usati per il calcolo degli indici. Si precisa che i valori riportati si riferiscono ai bilanci consolidati e sono espressi in milioni di euro.

Nella tabella C1 è riportato il prospetto a “liquidità esigibilità”, illustrante la situazione patrimoniale delle fonti e degli impieghi secondo il parametro temporale. Il prospetto non si discosta dalla logica di riclassificazione usata dalla società.

Tabella C1

LIQUIDITÀ ESIGIBILITÀ			
ATT. CORRENTI	4.378	2.989	2.952
ATT. NON CORRENTI	6.431	7.596	7.368
TOT. ATTIVO	10.809	10.585	10.320
PASS. CORRENTE	3.679	2.556	2.464
PASS. NON CORRENTE	1.617	1.888	1.653
MEZZI PROPRI (patr. netto)	5.513	6.141	6.203
TOT. PASSIVO	10.809	10.585	10.320

Nella tabella C2 è illustrato il prospetto a “pertinenza gestionale semplificata”. Si discosta leggermente da quello riportato sul bilancio societario e illustrato in tabella C3. Gli scostamenti sono frutto dalle seguenti operazioni:

- Il *Fair value* sulle *commodity* è attinente alla sfera del *business* e viene incluso nel CCN;
- Partecipazioni e Attività finanziare immobilizzate vengono spostate nella PFN di Lungo Termine a causa della loro matrice finanziaria;
- Le Attività fiscali nette di BT vengono incluse nel CCN, quelle di LT nel AFN;
- I fondi rischi e le attività nette in dismissione (non finanziarie) vengono portate a detrazione dell'AFN.

Tabella C2

PERTINENZA GESTIONALE			
CCN	(31)	621	586
AFN	5.901	5.796	5.585
TOT. CIN	5.870	6.417	6.171
PFN (1) + (2)	357	276	(32)
MEZZI PROPRI	5.513	6.141	6.203
TOT. CIN	5.870	6.417	6.171

La tabella C3 riporta il prospetto di Conto Economico come da bilancio Edison, in forma riassuntiva, con un approfondimento su oneri e proventi finanziari (nota 2 del bilancio).

La tabella C4 riporta sempre un prospetto di Stato Patrimoniale a pertinenza gestionale, ma riclassificato secondo le esigenze contabili della società e rappresenta la base di partenza per ottenere la tabella C2.

Tabella C3

CONTO ECONOMICO			
Ricavi	8.272	8.818	8.926
Costi operativi	(7.685)	(8.392)	(8.123)
EBITDA (MOL)	587	426	803
EBIT (RO)	176	126	42
Reddito Ante Imposte	140	122	(41)
Risultato Netto Cont. Oper.	98	93	(163)
Risultato Netto	(464)	64	(163)
Oneri Finanziari	(48)	(26)	(97)
Proventi Finanziari	12	22	14

Tabella C4

PERTINENZA GESTIONALE			
CCN			
Crediti commerciali	1.132	1.654	1.656
Rimanenze	133	223	182
Debiti commerciali	(1.425)	(1.580)	(1.696)
Altre attività nette	234	285	336
TOT. CCN	74	582	478
FAIR VALUE SU COMMODITY	(27)	61	135
CAPITALE IMMOBILIZZATO			
Immobilizzazioni	5.876	6.667	6.451
Partecipazioni	91	71	68
Altre attività Finanziarie Immobilizzate	68	69	80
Benefici ai dipendenti	(38)	(40)	(42)
Fondo smantellamento	(163)	(716)	(692)
Fondo Rischi	(342)	(211)	(252)
TOT. CAPITALE IMMOBILIZZATO	5.492	5.840	5.613
ATTIVITÀ FISCALI NETTE (1) + (2)	78	324	340
(1) BT	(78)	(22)	(27)
(2) LT	156	346	367
TOT. ATTIVITÀ FISCALI NETTE	78	324	340
FONDI RISCHI ATT. NON ENERGY	(266)	(250)	(247)
ATT. NETTE IN DISMISSIONE (NON FIN.)	678	-	-
TOT. CIN	6.029	6.557	6.319
PFN (3) + (4)			
(3) CORRENTE	(97)	66	(105)
(4) NON CORRENTE	613	350	221
TOT. PFN	516	416	116
MEZZI PROPRI	5.513	6.141	6.203
TOT. CIN	6.029	6.557	6.319

Analisi di liquidità

La liquidità secondaria (calcolata come rapporto tra attivo corrente e passivo corrente) e la liquidità primaria (o “acid test”, in cui il numeratore è nettato del magazzino) mostrano valori ottimali per Edison. Da notare come il *trend* rimanga stabile, nonostante l’incremento del passivo corrente, grazie soprattutto alle attività in dismissione. Tuttavia, si sottolinea come, anche al netto di queste ultime, l’indice sarebbe da considerarsi buono.

Liq. Secondaria



Liq. Primaria

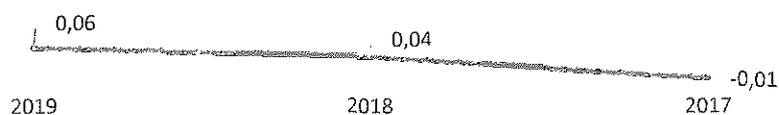


Analisi di Solidità

Il Grado di Indebitamento Oneroso è calcolato come rapporto tra la PFN e i Mezzi Propri.

Anche in questo caso, si può sostenere la bontà dell’indice (“sospettosamente” vicino allo zero piuttosto che all’unità). Ciò, nonostante una PFN consistente, seppur influenzata positivamente dalla liquidità e dalle attività, nella loro parte corrente, ma soprattutto a causa del peso dei mezzi propri. Il carattere rilevante dei mezzi propri si fa notare, in modo particolare, se rapportato al AFN, il quale è coperto per 1,11 volte nel 2017; tale rapporto (noto come grado di copertura delle immobilizzazioni) scende a 0,93 nel 2019.

GDIO



Analisi di redditività

Nell'analisi del ROE di Edison spicca il valore negativo del 2019 dovuto, in particolar modo, all'incidenza del risultato netto da “*discontinued operations*”. Quest'ultimo, infatti, riflette l'adeguamento del prezzo di cessione del *business* E&P (esplorazione e produzione degli idrocarburi) e le *indemnities* successive alle problematiche sorte per la vendita del 100% di Edison *Exploration & Production* Spa a *Energean Oil & Gas* PLC. Vi è una sostanziale differenza tra il ROE del 2017, dovuto principalmente alle incidenze negative dei derivati sulle *commodity* e della gestione finanziaria.

Se si considerasse un numeratore costituito dal reddito netto derivante dalle sole “*continuing operations*”, si realizzerebbe un *trend* (seppur debolmente) positivo.

ROE	-8%	1%	-3%
-----	-----	----	-----

Infine, si scompone il RONA (RO/CIN) nelle sue componenti di ROS e *Turnover*, evidenziando come Edison sia una società più orientata alla logica “*volume*” che alla logica “*value*”, nonostante il *trend* positivo del ROS.

ROS (RO/Ricavi)	2,1%	1,4%	0,5%
Turnover (Ricavi/CIN)	1,41	1,37	1,45

Per concludere, Edison si dimostra una società solida, a tratti sovracapitalizzata, liquida, in grado di produrre una redditività, che purtroppo non riesce a realizzare a pieno.

BIBLIOGRAFIA

- G. ALLEVATO, *La "cooperative compliance" italiana e il progressivo allineamento agli standard internazionali*, in *Corriere trib.*, n. 4/2016.
- F. ANTONACCHIO, *Tax governance e gestione dei rischi fiscali. Pianificazione fiscale nazionale e internazionale. Nuove strategie di tax compliance. Esempi e casi pratici*, in *Il Sole 24 Ore*, 2013.
- M. BASILAVECCHIA, *Funzione di accertamento tributario e funzione repressiva: i nuovi equilibri (dalla strumentalità alla sussidiarietà)*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2005.
- F. BATISTONI FERRARA, *Principio di personalità, elemento soggettivo e responsabilità del contribuente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999.
- M. BEGHIN, *Poche luci e tante ombre giurisprudenziali in materia di elusione e abuso del diritto nelle imposte sui redditi*, in *Boll. Trib.*, 2009.
- R. BORSARI, *La "231" si estenderà alle frodi IVA*, in *Il Sole 24 Ore*, 2018.
- A. BRAIOTTA, S. PISANI, E. PISANO, *Evasione fiscale e distribuzione primaria del reddito*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 1/2013.
- O. CALLIANO, *Avoid, transfer retain. Aspetti giuridici dell'Enterprise Risk Management e diritto delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2016.
- I. CARACCIOLI, *Dichiarazione fraudolenta e documenti detenuti ai fini di prova nei confronti del Fisco*, in *Il Fisco*, n. 13/2018.
- I. CARACCIOLI, *Linee generali della revisione del sistema penale tributario*, in *Il Fisco*, n. 30/2015.
- I. CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, n. 1/2007.
- I. CARACCIOLI, F. GHISELLI, M. SALVATORE, P. VALENTE, *Proposta di un manifesto generale per la "tax compliance" e i rapporti tra Stato e cittadino-contribuente*, in *Corriere trib.*, n. 22/2014.
- A. CARINCI, *Fisco e privacy: storia infinita di un apparente ossimoro*, in *Il Fisco*, n. 46/2019.
- A. CARINCI, *Prime considerazioni sulla riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Il Fisco*, n. 41/2015.
- A. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, n. 1/2006.

- E. CASTAGNOLI, *Brevissimo abecedario di matematica finanziaria*, Milano, Edizioni Cakuntala, 2014.
- G. M. COMMITTERI E G. SCIFONI, *Revisione degli interpelli: migliorano dialogo e collaborazione tra Fisco e contribuente?*, in *Corriere trib.*, n. 42/2015.
- A. CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2016.
- R. CORDEIRO GUERRA, *Concorso di persone ed autore mediato nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2000.
- P. CORSO, *Contrasto all'evasione fiscale: la Guardia di Finanza disegna la strada*, in *Ipsos Quotidiano*, 2020.
- P. CORSO, *Con la Direttiva DAC 6 arriva il whistleblower fiscale*, in *Ipsos quotidiano*, 2020.
- P. CORSO, *Dalle Direttive UE rischi di disomogeneità per reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Corriere trib.*, n. 5/2019.
- COSO, *La gestione del rischio aziendale. ERM – un modello di riferimento e alcune tecniche interpretative*, Milano, in *Il Sole 24 Ore*, 2006.
- G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri "oggettivi" d'imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.
- G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993.
- L. DEL FEDERICO, *Il principio di personalità*, in AA. VV. *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Giappichelli, Milano, 2000.
- A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema Penale*, 2019.
- A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, *Il Tax Risk quale strumento di governance per le imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 8/2017.
- A. DELLA ROVERE e F. VINCENTI, *Pianificazione fiscale aggressiva: obblighi di disclosure*, in *Amm. e fin.*, n. 11/2017.
- F. DI DONATO, *I diversi modelli di corporate governance. Un'analisi comparata*, cap. 4, in G. FIORI, R. TISCINI, a cura di, *Corporate governance, regolamentazione contabile e trasparenza dell'informativa aziendale*, Milano, 2005.

- S. DORIGO e G. SALVI, *Responsabilità dell'ente e reati tributari: cumulo sanzionatorio e ruolo dei modelli organizzativi*, in *Corriere trib.*, n. 1/2021.
- B. FERRONI, *Cooperative Compliance: finalmente ai blocchi di partenza il regime di adempimento collaborativo*, in *Il Fisco*, n. 21/2016.
- B. FERRONI, *Cooperative compliance: partecipazioni dei gruppi e profili di corporate governance*, in *Il Fisco*, n. 42/2016.
- B. FERRONI, *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi imprese*, in *Il Fisco*, n. 25/2017.
- B. FERRONI, *In dirittura di arrivo il recepimento della DAC 6*, in *Il Fisco*, n. 42/2019.
- G. FLORA, *Dalla "spazza corrotti" alla "spazza evasori". Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, n. 1/2020.
- G. FLORA, *Le recenti innovazioni in materia di reati tributari: profili di illegittimità costituzionale*, in *Rass. trib.*, n. 2/2020.
- A. FLOREANI, *ERM – i rischi aziendali e il processo di Risk Management*, Milano, Università Cattolica, 2004.
- E. FUSA, *La governance dei rischi. Un riferimento per gli organi e le funzioni di governo e di controllo*, Egea, Milano, 2015.
- E. FUSA, *Il sistema del controllo interno: importante elemento per la tax compliance*, in *Il Fisco*, n. 32-33/2015.
- F. GALGANO, *Governance della società per azioni nella riforma del diritto societario*, in *Associazione tributaristi*.
- F. GALLO, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rass. trib.*, n. 4/2016.
- F. GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, n. 1/2005.
- F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, n. 6/2015.
- T. GASPARRI, *Evasione fiscale internazionale: misure di prevenzione e contrasto proporzionate alla gravità delle condotte*, in *Il fisco*, n. 27/2016.
- A. GIOVANNINI, *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014.
- A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 3/2016.

- A. GIOVANNINI, *Societas delinquere non potest? Sulla sanzioni tributaria amministrativa e sulla persona giuridica per una riforma sistematica*, reperibile sul sito www.unibocconi.it.
- M. GODFREY, *IRS opens US Compliance Assurance Program to applicants*, 2019, in *Rivista Tax-news*.
- S. GRILLI, *La "pianificazione fiscale aggressiva" come non-categoria del diritto*, in *Diritto tributario internazionale e dell'UE*, 2018.
- R. C. GUERRA, P. MASTELLONE, *Evasione*, in *Enc. giur. Treccani*, 2017.
- P. IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, n. 3/2007.
- M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- S. D. LA FERLA, *International Tax Cooperation and Multilateralism. Webinar, 17 July*, in *Riv. Diritto tributario internazionale*, n. 3/2019.
- S. LA ROSA, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1/2010.
- E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in AA. VV., *Aspetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. IRRERA, Zanichelli, Bologna, 2016.
- S. LATINI, *Progetto ICAP: verso un nuovo approccio tra grandi aziende e Amministrazioni fiscali*, in *Ipsa quotidiano*, 2019.
- M. LEO, *L'interpello sui nuovi investimenti: i chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate e le questioni ancora aperte*, in *Il Fisco*, n. 42/2016.
- KPMG, *Discussion paper, Developing the Concept of Tax Governance*, 2007.
- KPMG, *Discussion paper, Tax in the Boardroom*, 2005.
- A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002.
- S. MARANI, *Frode fiscale punibile anche per dolo eventuale*, 2020, articolo consultabile sul sito www.altalex.com.
- G. MARINO, *Corporate Tax Governance*, Milano, Egea, 2018.
- G. MARINO, *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, n.4/2020.

- G. MARINO, *Professionisti e pianificazione aggressiva. Ora non è tempo di "DAC 6": attuazione da rinviare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2020.
- G. MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- G. MARONGIU, *La nuova disciplina delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998.
- G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. dir. trib.*, 2004.
- A. MASTROMATTEO E B. SANTACROCE, *Istruttoria degli interpelli tra regolarizzazione dell'istanza e documentazione integrativa*, in *Il Fisco*, n. 24/2016.
- C. MELILLO, *Compliance Fiscale: strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, Milano, *Wolters Kluwer*, 2019.
- C. MELILLO, *L'evoluzione del rapporto Fisco-impresa secondo le linee guida dell'OCSE*, in *Rass. trib.*, n. 4/2015.
- C. MELILLO, *Regime di adempimento collaborativo e monitoraggio del rischio fiscale: incentivi, semplificazioni e oneri*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6/2015.
- G. MELIS, *Tax compliance e sanzioni amministrative*, in *Rass. trib.*, n. 3/2017.
- A. MERCATELLI, *Cooperative Compliance: come funziona il nuovo interpello "sprint"*, in *Pratica fiscale e professionale*, n. 32-33/2016.
- R. MICELI, *Sanzioni amministrative tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*.
- A. MIGLIETTA, P. PIANA, F. SERVATO, *La valutazione del sistema di controllo interno*, IPSOA, 2012.
- L. MORCIANO, *Operazioni inesistenti nel reato di dichiarazione fraudolenta: disciplina e contrasti giurisprudenziali*, 2018.
- A. NUZZOLO e P. VALENTE, *Tax governance e cooperazione rafforzata con il Fisco*, in *Il Fisco*, n. 19/2014.
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2015), *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2013), *Co-operative Compliance. A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing.

- OECD (2016), *Co-operative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks*, OECD Publishing, Paris.
- OECD (2018), *International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook*, OECD, Paris.
- OECD (2019), *International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook 2.0*, OECD, Paris.
- F. PACELLI e P. PALAZZI, *DAC 6: ennesimo obbligo di trasparenza o nuova spinta alla compliance preventiva?*, in *Corriere trib.*, n. 8-9/2020.
- A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, *Delega di funzioni in materia tributaria: superamento del dogma d'inammissibilità?*, in *Il Fisco*, n. 44/2018.
- A. PALASCIANO e G. PALASCIANO, *Reati tributari tra i presupposti della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Il Fisco*, n. 43/2019.
- S. PALESTINI, *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi ai reati tributari ex D.Lgs. n. 231/2001*, in *Amm. e fin.*, n. 5/2020.
- N. PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 9/2017.
- A. PERINI, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in *Rivista 231*, n. 2/2006.
- M. PIERRO, *La comunicazione preventiva nei procedimenti tributari di controllo e la tax compliance*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 4/2018.
- G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli Editore, 2019.
- M. PROCOPIO, *L'abuso del diritto (o elusione di imposta): una riforma da ripensare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2019.
- F. PISTOLESI, *Le regole procedurali nel provvedimento di attuazione del regime di adempimento collaborativo*, in *Corriere trib.*, n. 30/2017.
- P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016.
- A. PURPURA, *Contrasto alle condotte abusive nelle economie digitali in chiave italiana ed europea*, in *Corriere trib.*, n. 4/2020.
- PWC, *"Internal Auditing nelle società quotate"*, 2018.

G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, Giappichelli Editore, 2018.

G. RAGUCCI, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in AA.VV., *Per un nuovo ordinamento tributario*, a cura di C. GLENDI, G. CORASANITI, C. CORRADO OLIVA, CEDAM, 2019.

G. RAPELLA, *La Cassazione in tema di reati tributari "dichiarativi": la nozione di operazioni soggettivamente inesistenti e il regime dell'(in)deducibilità di costi e spese inerenti al reato*, 2020, in *Sistema Penale*.

P. RIVA, *Ruoli di corporate governance – Assetti organizzativi e DNF*, Egea, Milano, 2020.

C. ROMANO e L. CHIODAROLI, *Regime di adempimento collaborativo: la risposta all'incertezza nei rapporti tra Fisco e contribuente*, in *Corriere trib.*, n. 20/2015.

P. RUSSO, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 1/2016.

B. SANTACROCE e L. FRUSCIONE, *La gestione del rischio fiscale: il nuovo rapporto Fisco-Impresa*, in *Il Fisco*, n. 20/2014.

C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa della società anche in caso di commissione dei reati fiscali*, in *Archivio Penale*, n. 1/2017.

G. SELICATO, *Le comunicazioni preventive secondo la Direttiva 822/2018/UE: dalla "collaborazione incentivata" agli "obblighi di disclosure"*, in *Rass. trib.*, n. 1/2019.

R. SIMONS, *Sistemi di controllo e misure di performance*, Milano, Egea spa, 2004.

F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 4/2012.

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2019.

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario – parte speciale*, Milano, Utet giuridica, 2019.

A. TOMASSINI e F. PACELLI, *Modello 231 e gestione del rischio fiscale nella prospettiva della cooperative compliance*, in *Corriere trib.*, n. 5/2020.

A. VALENTE, *Il ruolo del professionista nella gestione dei rischi fiscali di impresa*, in *Il Fisco*, n. 12/2020.

A. VALENTE, *Pianificazione fiscale aggressiva: nuovi obblighi di comunicazione per gli intermediari*, in *Ipsos quotidiano*, 2020.

- P. VALENTE, *Contrasto all'elusione fiscale internazionale: il recepimento della Direttiva ATAD I e successive modifiche*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 12/2018.
- P. VALENTE, *Cooperazione internazionale e principi comunitari in tema di lotta a frode fiscale, evasione e tax planning aggressivo*, in *Il Fisco*, n. 47/2012.
- P. VALENTE, *Elusione fiscale internazionale*, Milano, IPSOA, 2014.
- P. VALENTE, *Good governance fiscale e aggressive tax planning: l'istituzione della UE Platform*, in *Il Fisco*, n. 32/2013.
- P. VALENTE, *Le Raccomandazioni UE in materia di aggressive tax planning e good governance fiscale*, in *Il Fisco*, n. 10/2013
- P. VALENTE, *Linee guida OCSE sulle multinazionali: "tax compliance" e rispetto dello spirito della legge*, in *Corriere trib.*, n. 41/2011.
- P. VALENTE, *Manuale di governance fiscale*, Milano, IPSOA, 2011.
- P. VALENTE, *"Tax governance" e gestione del "compliance risk"*, in *Corriere trib.*, n. 35/2011.
- P. VALENTE, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in *Amm. e fin.*, n. 2/2011.
- P. VALENTE, G. IANNI, S. MATTIA, F. TOSCANO, *Tax Governance e Tax Risk Management: strategie, modelli, responsabilità*, Milano, Wolters Kluwer, 2017.
- P. VALENTE e C. OSTINELLI, *Pianificazione fiscale finanziaria*, IPSOA, 2017.
- L. VAN DER HEL-VAN DIJK E T. POOLEN, *Horizontal Monitoring in the Netherlands: at the crossroads*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 12/2013.
- S. VINCIGUERRA, *Riflessioni a prima lettura sulla responsabilità degli enti per i delitti tributari introdotta di recente*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5/2020.
- G. VITALETTI, *L'evasione fiscale. Modi di manifestazione e misure per l'emersione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2013.
- C. ZAGARIA, *L'Enterprise Risk Management – gestione integrate del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Torino, Giappichelli Editore, 2017.
- A. ZOCCALI, *Le sanzioni tributarie amministrative: principi generali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004.

RINGRAZIAMENTI

“Senza fatica non c'è premio e senza anima non c'è profondità”: è questa la lezione più importante che ho imparato in questi anni di Università. Giunta al termine del mio percorso reputo necessario ringraziare di cuore anche tutti coloro che sono stati al mio fianco.

In primo luogo, ringrazio il professor Giuseppe Marino, relatore di questa dissertazione, per la forte passione per la materia che è riuscito a trasmettermi durante le sue lezioni di Diritto Tributario, nonché per avermi dato l'opportunità di svolgere uno studio su un tema verso cui ho particolare interesse e per avermi accompagnata verso la conclusione del mio percorso di studi.

Ringrazio il dottor Stefano Delfino La Ferla, correlatore di questa tesi di laurea, per la pazienza, l'umanità, la volontà, il rispetto e l'attenzione che ha sempre dedicato a me durante la stesura dell'elaborato.

Ringrazio la dottoressa Barbara Cozzi e il dottor Paolo Colapenna della società Edison di Milano, per avermi dato l'opportunità di mettere mano concretamente al tema del mio elaborato sulla base della loro realtà aziendale e per avermi seguita con passione e attenzione durante la stesura del *“Case Study”*.

Ringrazio la professoressa Angela Della Bella, relatrice della mia tesi di laurea triennale, il professor Arturo Maniaci e il professor Renato Ruffini per avermi aiutata a inquadrare la mia strada.

Ringrazio la professoressa Monica Rivolta, per avermi trasmesso questa immensa passione per il diritto e per la giustizia, di cui voglio farne il mio lavoro e parte integrante della mia vita.

Ringrazio i miei genitori, Mariagrazia e Giovanni, per avermi insegnato i valori che nella vita mi porteranno a grandi cose, per avermi permesso di continuare a studiare e per la stima che hanno sempre avuto nei miei confronti e che mi ha incoraggiata e spronata ad andare sempre avanti senza mai fermarmi o abbattermi.

Ringrazio mia sorella Sofia, per avermi sopportata ogni volta e che, nonostante sia più piccola, per me è sempre stata fonte di ispirazione.

Ringrazio i miei nonni, i miei zii e mio cugino per l'immensa stima che hanno nei miei confronti e per essere da sempre i miei fan numero uno.

Ringrazio tutti i miei amici e i miei compagni di Università, per aver sempre creduto in me e nelle mie potenzialità, per avermi supportata in qualsiasi momento e per aver condiviso insieme tanti momenti speciali.

Ringrazio i miei insegnanti dell'Accademia di danza, per avermi cresciuta e per essere sempre stati per me una spalla importante su cui contare.

Infine, ringrazio me stessa, per aver sempre dato il meglio di me e non aver mai mollato di fronte a qualsiasi tipo di difficoltà.