

I riflessi penali dell'elusione fiscale ed il *transfer pricing**

La nascita del tema del rilievo penalistico della elusione fiscale sostanzialmente coincide con la “nuova” formulazione della lettera f) dell'articolo 4 della Legge 516/1982, operata dall'articolo 6 del D.L. 16 marzo 1991 n. 83, convertito con modificazioni nella Legge 15 maggio 1991 n. 154.

Infatti con tale riforma, ricorrendosi allo schema della c.d. “frode esterna”, si era prevista la penalizzazione di una dichiarazione fiscale infedele ottenuta (anche, oltre a quella che si fondava su documenti falsi) “...ponendo in essere altri comportamenti fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali”.

Una siffatta previsione normativa “rilanciava” dunque il tema della rilevanza penale della elusione fiscale⁽¹⁾.

Infatti all'epoca era vigente l'articolo 10 della Legge 29 dicembre 1990 n. 408 secondo il quale l'Amministrazione finanziaria poteva disconoscere i vantaggi tributari derivanti da varie e numerose operazioni (indicate ed elencate dalla norma) se “...poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta”.

Poteva dunque ben accadere che quella stessa frode che caratterizzava delle manifestazioni di frode fiscale si riscontrasse anche nell'ambito di concrete fattispecie della elusione fiscale di allora.

Ne derivava la prospettiva, e la conclusione, di un rilievo penale assegnato a talune forme di condotte “elusive” particolarmente caratterizzate da connotati fraudolenti ⁽²⁾.

* Il presente scritto riproduce il testo di un paragrafo del capitolo IV del volume: ALESSIO LANZI - PAOLO ALDROVANDI, **MANUALE DI DIRITTO PENALE TRIBUTARIO**, Cedam 2011, attualmente in fase di correzione delle bozze di stampa.

⁽¹⁾ Già in precedenza trattato e analizzato – cfr. V. UCKMAR, L'interposizione fittizia e le società di comodo quali ipotesi di reato fiscale, in Evasione fiscale e repressione penale, Padova, 1982, p. 159 ss. ma poi accantonato nel vigore del precedente articolo 4 n. 7 L. 516/1982 che –appunto- non dava spazio a una tale prospettiva.

⁽²⁾ Sul tema, in allora dibattuto, cfr. A. LANZI – G. BERSANI, I nuovi reati tributari, cit., p. 258 ss.

In tale scenario, e dunque vigente una legislazione che –almeno inizialmente- sembrava certo orientata a criminalizzare talune qualificate condotte elusive, l'assetto penalistico di riferimento cambia radicalmente, ed interviene la riforma del 2000(d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74) con la quale trova attuazione una disciplina imperniata sul dato oggettivo dell'evasione di imposta e prevalentemente incentrata sul momento della dichiarazione fiscale.

Un simile impianto normativo, che, di regola, rifugge da frodi meramente esterne, assegnando rilievo unicamente a quelle fraudolenze che siano idonee ad ostacolare l'accertamento delle falsità contenute nelle scritture contabili (art. 3), trova una riformata disciplina della elusione fiscale che, all'articolo 37-bis del d.p.r. 600/1973, inserito dal d.lgs. 8 ottobre 1997 n. 358, prevede che siano inopponibili all'Amministrazione finanziaria tutti quegli atti e fatti giuridici, privi di valide ragioni economiche, in realtà diretti ad aggirare obblighi e divieti tributari e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi *altrimenti indebiti*.

E' ovvio come un tale "nuovo" assetto normativo (la disciplina dell'elusione e quella della frode fiscale) non consenta di considerare in una dimensione fraudolenta –e come tale penalmente rilevante- il fenomeno elusivo, per sua stessa natura connotato da trasparenza e veridicità del relativo rilievo datone nelle scritture contabili.

Peraltro, come si sa, il fatto che l'elusione non possa mai inquadrarsi nella frode fiscale penalmente rilevante, non ha chiuso la questione della sua eventuale rilevanza penale, in quanto la fattispecie di dichiarazione infedele (articolo 4) richiede –tra l'altro- l'indicazione di "elementi passivi fittizi". E dunque il tema si incentra sul significato da dare a tali componenti negativi; in particolare se ritenere o meno che quegli elementi indeducibili, poiché risultanti da condotte elusive e dunque considerati ex art. 37-bis "inopponibili" all'Amministrazione finanziaria, possano costituire o meno "elementi passivi fittizi".

Talune norme previste nel d.lgs 74/2000 lasciano del tutto proponibile e aperta la questione⁽³⁾.

Fra queste, principalmente, gli articoli 7, 1 lettere d) e f) e 16 del d.lgs. 74/2000.

Orbene, con l'articolo 7, prevedendosi delle esimenti di fatti punibili in relazione a violazioni di criteri di determinazione dell'esercizio e di rilevazioni e valutazioni estimative, si finisce con l'assegnare valenza generale di rilievo penale, ai fini dei reati di dichiarazione fraudolenta e infedele, a costi non deducibili qualora tale loro peculiarità derivi da quelle stesse violazioni. In pratica si potrebbe così ritenere che dia luogo –come regola generale- al reato di dichiarazione infedele anche l'indicazione di costi indeducibili in quanto derivanti da condotte elusive.

Inoltre, la generica e onnicomprensiva definizione di «imposta evasa» fornita dall'articolo 1 lettera f), proprio per come è formulata, senza distinguo di sorta, potrebbe certo riferirsi anche a casi di «imposta elusa».

Ma, soprattutto, non può non farsi riferimento all'articolo 16 che, intitolato espressamente *“Adeguamento al parere del Comitato per l'applicazione delle norme antielusive”*, prevede come non possa mai essere ritenuta punibile e penalmente rilevante una qualsivoglia condotta che- previamente sottoposta al vaglio del Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive (ex art. 21 L. 30.12.1991 n. 413)- sia stata tenuta così come previsto nel parere formulato e seguito di tale interpello o a seguito di silenzio-assenso formatosi sulla relativa istanza ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Su tale specifico tema, e per la conclusione –pur “amara” e criticata a livello di corretto impiego dei principi di politica legislativa- del rilievo penale dell'elusione fiscale nella prospettiva dell'articolo 4 del d.lgs 74/2000, cfr. F. GALLO, Rilevanza penale dell'elusione, in *Rass. trib.*, 2/2001 p. 321 ss.

A tal proposito, specie nella prospettiva dei "verificatori", acquista particolare rilievo la Circolare Comando Generale della Guardia di Finanza del 14 aprile 2000 (ne *Il fisco*, 2000, p. 6233) secondo la quale dovrebbe essere considerata fittizia ogni componente passiva non inerente e non spettante; mentre gli elementi attivi non dichiarati dovrebbero comprendere ogni tipo di componente positiva che avrebbe dovuto partecipare alla formazione del reddito.

⁽⁴⁾ Il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive è stato soppresso per effetto dell'art. 29 del d.l. 4.7.2006, n. 223; la procedura di interpello antieleusivo non è però venuta meno, come conferma l'inserimento (ad

Orbene, è chiaro che una siffatta disciplina postula che in realtà l'elusione possa determinare conseguenze penali, tant'è vero che ne viene fornita la relativa previsione di non punibilità (solo) a seguito di apposta procedura amministrativa.⁽⁵⁾

A tutto ciò si aggiunga che lo stesso articolo 1 lett. d), nel definire il "fine di evadere le imposte", che caratterizza soggettivamente la fattispecie di dichiarazione infedele ex art. 4, fa –tra l'altro- espresso riferimento anche alla finalità di "...conseguire un indebito rimborso...", divenendo così in ciò sovrapponibile alla "disposizione antielusiva" ex art. 37-bis d.p.r. 600/1973 (sopra richiamata) che fa proprio espresso riferimento, fra l'altro, anche ad indebiti rimborsi.

In considerazione di ciò e dell'ampio rilievo assegnato (come sopra già ricordato) al concetto di imposta evasa, non può certo ritenersi che la previsione di una fattispecie penale soggettivamente orientata e tipicizzata dal ricorso al dolo di evasione possa escludere – di per ciò solo- il rilievo penale dell'elusione.

Orbene, a fronte di ciò, non sono certo mancate voci ed opinioni che con dovizia di argomenti e serietà di argomentazioni hanno sostenuto, pur in tale quadro, l'irrilevanza penale della elusione fiscale.

In particolare, facendosi leva sul presupposto che nell'ambito dell'elusione i comportamenti tenuti sono di per se stessi leciti e atipici, si è rilevato come essi non realizzino alcuno scarto rispetto alla effettività della situazione reale, che pertanto non viene in alcun modo occultata o dissimulata ma compiutamente rilevata; ne dovrebbe derivare che in relazione ad essi non potrebbe prendere corpo alcuna forma di decettività,

opera dell'art. 16 del d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito nella l. 28.1.2009, n. 2) nell'art. 21, comma 9, della l. 413/1991 della previsione secondo cui "la mancata comunicazione del parere da parte dell'Agenzia delle entrate entro 120 giorni e dopo ulteriori 60 giorni dalla diffida ad adempiere da parte del contribuente equivale ad assenso": oggi la procedura in parola si ferma, quindi, alla prima fase, rappresentata dal parere dell'Amministrazione finanziaria, essendo venuta meno la fase successiva, di competenza del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielesive.

⁽⁵⁾ Su tale tema cfr. G. P. CHIEPPA, Commento all'articolo 16, in I. CARACCIOLI - A. GIARDA - A. LANZI, Diritto e procedura penale tributaria, Padova, 2001, p. 439 ss.

viceversa indispensabile per realizzare quegli “elementi passivi fittizi” sui quali si fonda la fattispecie di dichiarazione infedele⁽⁶⁾.

Con la considerazione, dunque, che la fittizietà non potrebbe comprendere anche componenti negative realmente sofferte ma non deducibili⁽⁷⁾.

In relazione poi ai referenti normativi che sembrerebbero militare a favore della tesi del rilievo penale dell’elusione (e dei quali sopra si è detto), si è sottolineata la (tutto sommata) superfluità della previsione di cui all’articolo 16 d.lgs. 74/2000, alla luce dell’articolo 5 del codice penale, così come “riscritto” dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza 364/88, nella prospettiva dell’errore *comunque* rilevante se derivato dall’affidamento in pareri dell’Amministrazione⁽⁸⁾; come anche si è rimarcata la peculiarità che lo stesso articolo 16 riproduce una norma che, prevedendo la non punibilità del contribuente, tende così a favorirlo, con la conseguenza che sarebbe ben curiosa la prospettiva che sulla base di una tale norma di favore si potesse fondare una prospettiva di responsabilità⁽⁹⁾.

Sostanzialmente, superate almeno le principali considerazioni di carattere normativo, si torna in ogni caso e sempre a far leva sul concetto che l’elusione riguarderebbe fatti e condotte lecite e reali, mentre la “fittizietà” –come categoria⁽¹⁰⁾- concerne e riguarda solo vere e proprie inesistenze sul piano oggettivo.

In una tale non semplice situazione, è di tutta evidenza come nessuna delle due contrapposte prospettive appaia percorribile senza dubbi ed esitazioni di sorta.

⁽⁶⁾ Si veda F. MUCCIARELLI, Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici, in Elusione ed abuso del diritto tributario, a cura di G. Maisto, Milano, 2009, p. 421 ss.

⁽⁷⁾ Così G. ZOPPINI, La condotta elusiva sotto il profilo della pena, in Riv. dir. trib., 2002, p. 594

⁽⁸⁾ Così F. MUCCIARELLI, Abuso di diritto, cit., p. 439.

⁽⁹⁾ Così F. MUCCIARELLI, Abuso di diritto, cit., p. 441; sul punto cfr anche G. P. CHIEPPA, Commento all’art. 16, cit., p. 447, che a tal proposito fa espresso riferimento alle inequivoche considerazioni contenute nella Relazione governativa al d.lgs. 74/2000. Concorda con tale argomentazione anche una interessante giurisprudenza di merito, che conclusivamente ritiene penalmente irrilevante l’elusione fiscale: Trib. Catania, sezione III penale, 11.11.2009, con nota di L. TROYER e A. INGRASSIA, in Riv. dottori commercialisti, 4/2010, p. 881 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. a tal proposito, con riferimenti ai temi del diritto penale economico, C. PEDRAZZI, Voce Società Commerciali (Disciplina penale), in Digesto delle Discipline Penali, Vol. XIII, Torino, 1997, p. 367

A ciò si aggiunga che, com'è stato ritenuto in modo condivisibile, la disposizione antielusiva ex art. 37-bis riproduce una norma sostanziale la cui violazione comporta effetti sanzionatori⁽¹¹⁾.

Probabilmente in ciò può allora trovarsi lo spunto per giungere ad una appagante soluzione delle problematiche relative al rilievo penale dell'elusione fiscale.

Poniamo dunque i termini della questione: l'articolo 4 del d.lgs. 74/2000 richiama "elementi passivi fittizi"; serie argomentazioni "di sistema", ma, per converso, anche concreti argomenti tratti dal contesto normativo, non consentono di affermare con sicurezza se i "costi indeducibili" siano o meno ricompresi fra tali costi fittizi.

Certo si è che la fattispecie penale di dichiarazione infedele, per la sua ricorrenza, richiede necessariamente (per quanto qui interessa) che vi siano degli elementi fittizi, e che l'articolo 37-bis del DPR 600/1973 fissa le regole sulla base delle quali taluni elementi – frutto di condotte elusive- possano essere considerati indeducibili e quindi, forse, fittizi.

In un tale quadro si è anche sostenuto che potrebbero allora contestualmente ricorrere due differenti illeciti; uno penale, l'altro amministrativo.

Vale a dire che la medesima fattispecie concreta (= indicare nella dichiarazione elementi passivi indeducibili in quanto derivanti da condotte elusive) potrebbe dunque integrare due distinti illeciti: sia il delitto di cui all'articolo 4 d.lgs. 74/2000 che l'illecito amministrativo di cui all'art. 37 bis DPR 600/1973.

Con la conseguenza di ricorso alla disciplina di cui all'articolo 19 d.lgs 74/2000 ("principio di specialità") secondo il quale in un tale quadro di contestuale ricorrenza di due illeciti, l'uno penale l'altro amministrativo, si deve applicare –fra le due- unicamente la

⁽¹¹⁾ Così F. GALLO, Rilevanza penale dell'elusione, cit., p. 327; P. CORSO, Il Commento a Cass. Pen., 7 luglio 2006 n. 34780, in Corr. trib., 2006, p. 3047 ss.

Anche se, come si è sottolineato (cfr. Trib. Catania, citato alla precedente nota 104), di per sé la norma tributaria di cui all'articolo 37-bis comma 2 si limita a prevedere il disconoscimento del vantaggio tributario conseguente all'elusione, senza altresì prevedere la comminatoria di sanzioni; il che militerebbe -fra l'altro- a favore della tesi dell'irrelevanza penale dell'elusione, dandosi altrimenti adito ad una "discrasia di sistema" qualora per la medesima condotta si riconoscessero sanzioni solo sul piano penale e non anche su quello tributario amministrativo (Trib. Catania, cit., p. 881).

disposizione *speciale*. E ritenendosi, a tal proposito, che la fattispecie ex art. 37-bis sarebbe speciale rispetto a quella penale, avendo ad oggetto specificamente l'elusione, mentre quella di cui all'articolo 4 tratterebbe genericamente "tutti" i casi di dichiarazione infedele⁽¹²⁾ .

Una simile soluzione tecnica, dunque, comporterebbe la concreta irrilevanza penale della elusione fiscale, rilevante unicamente come violazione amministrativa.

V'è da dire come tale soluzione lasci però alquanto perplessi poichè, a ben vedere, è proprio l'articolo 4 a prendere in considerazione la dichiarazione infedele, mentre l'art. 37 bis si limita a prevedere come "inopponibili" le condotte elusive. Si può dunque ritenere che nel contesto concreto qui in esame, sul presupposto di operazioni inopponibili si realizzino delle passività indeducibili che fanno poi divenire "infedele" la dichiarazione che le contempla.

La norma che prevede l'illecito amministrativo sarebbe dunque unicamente il presupposto della fattispecie penale che riguarda specificamente la dichiarazione; essa non potrebbe certo ritenersi "speciale" rispetto a quella che contempla il delitto.

Peraltro è da considerare seriamente proprio tale rapporto fra le due norme, nel senso che l'elemento normativo (=elementi passivi fittizi) cui la fattispecie ex art. 4 fa riferimento, sarebbe -in parte qua- disciplinato nell'art. 37 bis.

In pratica, secondo un fenomeno di "integrazione" del tutto usuale in relazione a norme penali, in tutto o in parte, in bianco, quest'ultima richiama, per dar corpo al precetto, o per delineare –come nel caso di specie- gli elementi normativi caratterizzanti grazie ai quali si esprime (= gli elementi passivi fittizi), un'altra fonte normativa. Ciò può ben avvenire col limite, però, che la fonte normativa richiamata sia anch'essa legislativa; che altrimenti vi

⁽¹²⁾ Così P. CORSO, Il Commento a Cass. pen., 7 luglio 2006, cit., p. 3049

potrebbe essere una violazione del principio di legalità sub specie della riserva assoluta di legge.

In relazione al caso che ci occupa, evidentemente, non vi sarebbe alcun problema per quanto concerne la fonte integratrice richiamata, essendo l'articolo 37-bis contenuto nel d.p.r. 600/1973.

Peraltro va considerato che il requisito della legalità non si esaurisce nel rispetto formale della riserva assoluta di legge, ma contempla anche quello della "determinatezza", senza la quale la stessa "riserva" sarebbe appunto rispettata in termini di mera forma e non già di sostanza.

V'è allora da chiedersi se l'articolo 37-bis fissi e disciplini in modo determinato, e tassativo, le condotte che possono ritenersi elusive e dunque inopponibili all'Amministrazione; e pertanto se –in ipotesi- l'individuazione di "elementi fittizi", in quanto "indeducibili" ex art. 37-bis, possa avvenire nel rispetto di tutti i corollari della legalità ⁽¹³⁾.

Orbene, sembra proprio che a ciò non si possa dare serena risposta affermativa, nella misura in cui tutto ruota attorno alla mancanza di "valide ragioni economiche", con giudizio a tal proposito per di più demandato alla stessa Amministrazione finanziaria.

Dunque, allo stato, pare proprio che il contesto normativo vigente non consenta di assegnare rilievo penale ⁽¹⁴⁾ indiscriminato alla elusione fiscale, a meno di tollerare un serio pericolo di violazione del principio di legalità: conclusione che oggi si impone con

⁽¹³⁾ Per una risposta negativa a tale questione cfr. G. LUNGHINI, Elusione e principio di legalità: l'impossibile quadratura del cerchio?, in Riv. dir. trib., I, 2006, p. 9

⁽¹⁴⁾ A conferma delle conclusioni cui si è giunti, si osserva che, mentre non è dato rinvenire alcuna pronunzia che fondi la responsabilità penale su comportamenti meramente elusivi, parte rilevante della giurisprudenza sembra riconoscere, più in generale, l'impossibilità di ricollegare a tali comportamenti qualsiasi reazione "punitiva", anche di carattere amministrativo, e ciò, del resto, in sintonia con l'impostazione accolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, che, nello statuire il principio dell'"abuso di diritto", ha precisato "che la constatazione dell'esistenza di un comportamento abusivo non deve condurre a una sanzione, per la quale sarebbe necessario un fondamento normativo chiaro e univoco, bensì e semplicemente a un obbligo di rimborso di parte o di tutte le indebite detrazioni dell'IVA assolta a monte" (cfr. Corte Giustizia CE – Grande Sezione, 21.2.2006, Halifax, n. 255, costituente un vero e proprio leading case in materia di abuso di diritto; nel senso della esclusione dell'illecito amministrativo in presenza di comportamento elusivo, cfr. Cass. civ., sez. trib., 25.5.2009, n. 12042; Com. trib. reg. Toscana, sez. XXVI, 1.4.2009, n. 26; Comm. trib. prov. di Milano, sez. XIV, 13.12.2006, n. 278; Comm. trib. prov. di Vicenza, sez. III, 28.1.2008, n. 6; Comm. trib. reg. Lombardia, sez. XVII, 25.2.2008: pronunzie tutte richiamate, adesivamente, da L. R. CORRADO, Elusione tributaria, abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative, in Riv. dir. trib., 2010, pagg. 582 e 583).

particolare evidenza, ove si tenga presente che l'ontologica indeterminatezza del concetto di elusione (che emerge da quanto sopra rilevato circa la portata della previsione di cui all'art. 37-bis del d.p.r. 600/73) si è recentemente "acuita" per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale, che ha enucleato un generale divieto di abuso di diritto, alla cui violazione consegue la medesima sanzione dell'inopponibilità stabilita dall'art. 37-bis d.p.r. 600/73 ⁽¹⁵⁾.

Certo può ritenersi che il problema rimanga sul tappeto, pronto a trovare soluzioni diverse se maggiormente determinata e tipicizzata potrà essere l'individuazione normativa delle condotte elusive.

Non a caso progetti di riforma delle disposizioni antielusive sono all'esame della "Commissione parlamentare di vigilanza sull'anagrafe tributaria"; chiaro sintomo di un problema serio, di non facile soluzione, che meriterebbe certo una chiarificazione legislativa *ad hoc*.

Nell'ambito del tema dell'elusione fiscale, si inserisce poi, con talune peculiarità, quello del *transfer pricing*.

Si tratta evidentemente di quel fenomeno economico per il quale -nell'ambito di transazioni commerciali effettuate tra società situate in diversi Stati ma appartenenti al medesimo gruppo, o comunque fra loro controllate- si realizza una determinazione accentrata del prezzo pattuito quale corrispettivo per il trasferimento di beni o servizi ad oggetto di quelle transazioni⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ In ordine alla clausola generale antielusiva, fondata sul concetto di "abuso di diritto", vedi anche *infra*, nt 74, Cap. V. Per una sintetica definizione del concetto di "abuso di diritto", cfr., recentemente, Cass. civ. sez. tributaria, 20.9.2010/21.1.2011 n. 1372, secondo cui "si considerano di carattere abusivo", e possono quindi "essere disconosciute dall'amministrazione finanziaria, quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano poste in essere al principale scopo di ottenere benefici fiscali contrastanti con la ratio delle norme che introducono il tributo o prevedono esenzioni o agevolazioni. In altri termini, il carattere abusivo è escluso soltanto dalla presenza di valide ragioni extra fiscali".

⁽¹⁶⁾ Sul tema si veda L. RAMPONI, «Transfer Pricing» e categorie penalistiche. La selettività dell'illecito penale tributario tra disvalore d'azione e disvalore d'evento, in Riv. trim. dir. pen. economia, 2009, p. 193 ss.

Un tale prezzo, a seconda che sia versato o incassato, determina dunque delle spese o degli introiti che, originati da principi di politica industriale o finanziaria del gruppo, ben possono discostarsi -ed anche notevolmente- da quello che sarebbe il loro ammontare a seguito di operazioni fra soggetti non appartenenti al medesimo gruppo.

Quindi, a seguito di ciò, l'imponibile di una società del gruppo con sede in Italia può grandemente variare rispetto a quello che sarebbe il "normale" esito di ordinarie transazioni.

In tali termini il fenomeno del *transfer pricing* rientra dunque nel tema dell'elusione, poiché consente -con operazioni di per sé lecite e reali- di modulare secondo le esigenze, anche fiscali, del "gruppo" il risultato dell'imponibile soggetto a imposizione tributaria.

A tal proposito si riproducono allora le tematiche già affrontate con riferimento al generale tema dell'elusione e in particolare quelle volte a concludere se nella specie si possano ritenere o meno integrati gli elementi essenziali caratterizzanti il delitto di dichiarazione infedele ex art. 4 d.lgs. 74/2000.

Il problema infatti si riproduce nella prospettiva di ritenere se, a seguito di quel *transfer pricing*, nella dichiarazione annuale si siano indicati elementi attivi inferiori all'effettivo o elementi passivi fittizi.

Abbiamo già sopra riportato -in relazione al generale tema dell'elusione- gli argomenti *pro* e *contro* la tesi del rilievo penale.

In relazione a quanto qui ci occupa, essi certo si riproducono, soprattutto con particolare riguardo a quanto previsto dall'articolo 7 del d.lgs. 74/2000, in relazione alle valutazioni estimative.

Infatti, dal momento che la materia del *transfer pricing* inerisce chiaramente al tema delle valutazioni, la relativa disciplina -ivi compresa la "franchigia" del 10% di cui al secondo comma dell'articolo 7- troverà rilievo nella specie.

In più, rispetto al tema ed ai referenti normativi dell'elusione di cui sopra si è detto, la questione del *transfer pricing* dovrà essere affrontata alla luce del disposto di cui all'articolo 110 TUIR (DPR 917/1986), specie nella prospettiva del suo comma 7.

Quest'ultimo prevede espressamente quanto segue:

"I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate e sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali «procedure amichevoli» previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti."

Dunque il valore normale, determinato a "norma del comma 2", è quello da attribuire ai "prezzi di trasferimento" nell'ambito del gruppo.

Peraltro, nella misura in cui tale "comma 2", ai fini di determinare il valore normale, richiama il precedente articolo 9 del DPR 917/1986; e dal momento che detto articolo 9⁽¹⁷⁾ individua dei criteri di determinazione del "valore normale" che sono pienamente conformi a quelli individuato dall'OCSE e dal suo Comitato per gli affari fiscali, si è sostenuto -in

⁽¹⁷⁾ Così dispone il suo comma 3: "Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore".

linea con quanto già sopra riferito a proposito dell'elusione- che l'individuazione di una fattispecie concreta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 74/2000, attraverso la mediazione delle norme ex artt. 110 e 9 TUIR, comporterebbe seri problemi in relazione al principio di legalità⁽¹⁸⁾.

Ad onor del vero, qui la questione è però parzialmente diversa rispetto a quella della elusione. Infatti, per quest'ultima, in ultima analisi, il disvalore penale del fatto si dovrebbe incentrare sulla violazione di quelle "valide ragioni economiche" evocate all'articolo 37 bis DPR 600/1973 rispetto alla quale pare del tutto scontato il deficit di legalità (cfr. retro); per il *transfer pricing*, invece, la sussistenza dell'illecito penale deriverebbe dalla violazione di un combinato disposto di regole e di principi di determinazione che promanano da fonti legislative; che rilevano nell'ambito della categoria delle "valutazioni estimative", per le quali esiste una apposita previsione *ex lege* (art. 7 d.lgs. 74/2000); e per le quali -proprio in considerazione di un loro qualche margine di discrezionalità- è prevista una "franchigia", vera e propria "sacca di impunità"⁽¹⁹⁾.

Lo scarto di oltre il 10% dal "valore normale" ricavabile in un caso concreto, ben potrebbe dunque -a livello di ipotesi- individuare una fattispecie di rilievo penale nella misura in cui, evidentemente, si ritenesse applicabile, in linea di principio, la fattispecie astratta ex art. 4 d.lgs. 74/2000.

Di tali questioni si è in rari casi interessata la giurisprudenza di merito, che ha ritenuto sia di doversi assegnare il massimo rilievo -ai fini della sussistenza della responsabilità penale- al dolo richiesto per la sussistenza del delitto tributario (è stata infatti esclusa la punibilità nel caso in cui si dovesse ritenere che il fine fosse quello di una utilità economica

⁽¹⁸⁾ Cfr. L. RAMPONI, «Transfer Pricing», cit., p. 228, che ipotizza una "aperta frizione col principio di tassatività". Forse sarebbe più appropriato parlare di "determinatezza", ma in ogni caso il risultato non cambierebbe. Sul punto cfr. A. PERINI, Diritto penale tributario, in A. CIANCI, A. PERINI, C. SANTORIELLO, La disciplina penale dell'economia, II, Torino, 2008, p. 107.

⁽¹⁹⁾ Sul tema cfr. A. PERINI, Diritto penale tributario, cit. p. 74/75.

infragruppo e non già quello di una evasione fiscale)⁽²⁰⁾; sia di ritenere superata ogni limitazione prevista dall'art. 110, comma 7, TUIR, qualora comunque risulti il "valore normale" della transazione⁽²¹⁾.

Da ultimo tale scenario si è arricchito del nuovo comma 2 *ter* dell'articolo 1 del Decreto legislativo 18 dicembre 1997 n. 471, introdotto dall'articolo 26 del Decreto Legge 31 maggio 2010 n. 78, convertito con Legge 30 luglio 2010 n. 122, che così recita: "In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegna all'Amministrazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente, deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini ivi indicati. In assenza di detta comunicazione si rende applicabile il comma 2".

Va inoltre ricordato che in data 29 settembre 2010 è stato emanato il provvedimento Prot. 2010/137654 del Direttore dell'Agenzia delle Entrate cui la nuova norma fa espresso rinvio.

Tale provvedimento richiede la predisposizione, conservazione e comunicazione alla Amministrazione finanziaria di una cospicua documentazione (Masterfile e

⁽²⁰⁾ Tribunale di Milano, 21 settembre 2006 (decreto GIP), in Foro Ambrosiano, 2006, p. 376

⁽²¹⁾ Tribunale di Pinerolo, 5 aprile 2008 (decreto GIP), in Riv. dir. trib., 2008, p. 140 ss., con nota di I. CARACCIOLI

Documentazione nazionale) che, appunto, consente di "provare" ai verificatori l'intervenuto rispetto del "valore normale" in relazione ai prezzi di trasferimento che si sono praticati.

In pratica si assegna il massimo rilievo -in sede di verifica o attività similari- alla trasparenza oggettiva delle modalità che hanno portato alla formazione del prezzo. Ciò avviene sulla falsariga di quanto previsto al comma 1 dell'articolo 7 del d.lgs. 74/2000 ove, peraltro, la trasparenza oggettiva e l'evidenziazione di criteri applicati determina la non punibilità dei fatti.

Nel caso in esame, invece, non vi potrà essere sanzione (amministrativa).

Una tale disciplina riguarda dunque tematiche al di fuori di quelle penalistiche, limitandosi a prevedere una "penalty protection" unicamente sul versante amministrativo.

Peraltro è possibile che i verificatori, in tali casi, si astengano dal rappresentare alla Autorità Giudiziaria come illecito quanto riscontrato.

Comunque, specie se in difetto di tale documentazione, a seguito della comunicazione della "notizia di reato" si riprodurrà il tema, sopra affrontato, del rilievo penale *del transfer pricing*. A questo punto, però, è facile ipotizzare, con una peculiarità ben precisa: vale a dire che il difetto della documentazione richiamata dal provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, ancorché non potrà certo determinare automaticamente, e di per sé, il rilievo penale del fatto, consentirà però di instaurare una sorta di "presunzione" di illiceità (qualora -evidentemente- si ritenesse di poter far ricorso alla fattispecie ex art. 4 d.lgs. 74/2000), di non facilissimo superamento in sede penale.

In pratica, riteniamo che vi potrà essere -di fatto- una sorta di inversione dell'onere probatorio, toccando al contribuente/indagato il compito di provare il rispetto del "valore normale", pur in assenza della documentazione e delle attività previste dalla recente disciplina.