

Riforma del diritto societario e imposta sul reddito(*)

Giur. comm. 2004, 02, 272

Franco Gallo

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'incompletezza dell'intervento legislativo e l'avvento degli I.A.S. - 3. L'accentuata divaricazione tra il nuovo diritto societario e la disciplina fiscale dell'impresa. - 4. Effetti fiscali del disinquinamento del bilancio. - 5. Il regime fiscale dei contratti e titoli partecipativi.

1. *Premessa.* - Il rapporto tra il diritto tributario dell'impresa e il nuovo diritto societario si iscrive nel più ampio quadro dei rapporti tra il diritto tributario e il codice civile, tra le categorie civilistiche e quelle fiscali. Con la particolarità però che, nelle fasi di transizione legislativa come queste, le problematiche relative alle interrelazioni tra le norme fiscali e quelle societarie si pongono, per il carattere strumentale delle prime e per il sopravvenire delle seconde, non in termini di prevalenza delle une sulle altre o di convergenza e paritetività tra norme coesistenti, bensì in termini di reidentificazione della fattispecie imponibile; che è come dire della ricostruzione del presupposto di imposta in funzione delle nuove fattispecie civilistiche. Rilevano, quindi, soprattutto i profili attinenti all'attività di produzione di leggi piuttosto che gli aspetti strettamente interpretativi.

Il compito che in tali casi è assegnato al legislatore tributario è, perciò, più semplicemente quello di riallineare la disciplina fiscale del reddito d'impresa (e del connesso reddito di capitale) alle modifiche e alle variazioni intervenute riguardo alle regole civilistiche. Si chiede, cioè, ad esso non tanto di ragionare in termini di rinvio, diretto od indiretto, ad un'altra branca del diritto, bensì di inglobare nella disciplina fiscale il nuovo fenomeno civilistico e, nel contempo, di valutare a tal fine a quali nuovi principi la regolamentazione presupposta risulti improntata, quali interessi soddisfatti e se tali interessi siano compatibili con le norme fiscali vigenti. Di conseguenza, gli si chiede di operare le sue scelte a volte integrando ai fini fiscali il nuovo regime civilistico, a volte semplicemente presupponendolo e a volte staccandosene, del tutto o parzialmente, sempre nell'interesse del fisco.

Esprimono questa varietà di opzioni del legislatore fiscale le nuove norme del testo unico delle imposte sul reddito (recate dal d. lgs. n. 344 del 12 dicembre 2003) relative:

- agli effetti fiscali del disinquinamento del bilancio, operato attraverso la soppressione del 2° comma dell'art. 2426 c.c. (art. 109, 4° comma);
- al regime fiscale dei titoli e contratti partecipativi, nonché dei conferimenti non proporzionali e delle operazioni fuori bilancio (artt. 44, 1° comma, lett. e) ed f) e 2° comma; 109, 9° comma; 9, 2° comma; 112);
- al trattamento delle trasformazioni eterogenee e della liquidazione volontaria (artt. 170, 171 e 182).

Per l'esposizione delle ragioni di queste scelte rinvio alla ampia relazione che accompagna le proposte di intervento legislativo avanzate al Governo dalla "Commissione per l'adeguamento del sistema fiscale al nuovo diritto societario" da me a suo tempo presieduta. Dato il ristretto tempo a mia disposizione, qui mi limiterò a fare alcune considerazioni generali e a soffermarmi solo su alcuni di detti temi che

maggiormente evidenziano, almeno a mio avviso - nel bene e nel male - una frizione tra le nuove categorie civilistiche e le scelte normative operate dal legislatore dell'I.R.E.S.

2. *L'incompletezza dell'intervento legislativo e l'avvento degli I.A.S.* - Dico subito che l'operazione di adeguamento al codice civile risulta inspiegabilmente (almeno per ora) incompleta. Non si vede traccia, infatti, nelle norme del testo unico di alcune importanti proposte avanzate dalla richiamata Commissione riguardo ad altri nuovi istituti civilistici introdotti nel codice civile dalla c.d. "riforma Vietti" con effetto dal 2004. Mi riferisco, in particolare, al totale disinteresse dimostrato dal legislatore fiscale riguardo sia alla disciplina dell'apporto di opera e servizi in cambio di strumenti finanziari incorporanti soli diritti patrimoniali e di amministrazione (art. 2346, 6° comma, c.c.), sia al regime dei cc.dd. patrimoni dedicati ad affari speciali (con le importanti appendici della partecipazione dei terzi e del regime di opponibilità del patrimonio stesso ai creditori, compreso il Fisco) (artt. 2447-bis-2447-decies c.c.), sia alla mancata abolizione della categoria dei cc.dd. titoli atipici ed alla conseguente carente definizione dei titoli similari alle obbligazioni (artt. 2410-2420-ter c.c.).

2.1. Non so se tali lacune di regolamentazione siano state volute - e cioè siano state indotte dalla scelta consapevole di rimettere la soluzione dei relativi problemi applicativi alla sola attività interpretativa degli operatori e dell'Amministrazione - o siano invece frutto di una dimenticanza che prelude ad un futuro, seppur tardivo, intervento legislativo *last minute*. Quali che siano le ragioni di questa carenza, sta di fatto che, data l'importanza degli argomenti, qualcosa deve essere fatta - ad opera dell'A.F. o di un legislatore fiscale resipiscente - per risolvere i problemi posti dalla legislazione civilistica. Da parte mia questa distrazione legislativa mi autorizza a non affrontare *funditus* tali delicatissimi temi in quanto per ora estranei alla vigente disciplina dell'I.R.E.S. e a rinviare ancora alla richiamata relazione. Ricordo solo che sul piano applicativo dal 1° gennaio di quest'anno:

- le società possono decidere di gemmare patrimoni di destinazione per affari speciali e che, *se non si interviene legislativamente con effetto retroattivo*, anche il Fisco potrebbe rientrare tra i creditori della società nei cui confronti il patrimonio separato è opponibile ai sensi dell'art. 2447-*quinquies* c.c.;

- possono essere emessi, ex nuovo art. 2411 c.c., titoli che, pur essendo formalmente e giuridicamente riconducibili alle obbligazioni, sono strutturati in modo da essere sostanzialmente equiparabili a titoli partecipativi similari alle azioni, con conseguente prospettazione, ai fini fiscali, di complessi problemi qualificatori *non del tutto risolti dal legislatore I.R.E.S.*, su cui mi soffermerò in seguito;

- possono essere attribuiti strumenti finanziari a fronte di apporto di mere attività (opera e servizi), strumenti che consentono di partecipare al risultato economico dell'impresa emittente, ma non al suo capitale. Il regime fiscale di questi strumenti e, in particolare, gli obblighi facenti carico alla società che li emette possono desumersi con sufficiente chiarezza dalle norme del testo unico, ma lo stesso non può dirsi per il trattamento degli utili percepiti dagli apportanti (imprenditori, lavoratori autonomi e operatori occasionali) e dai cessionari degli strumenti stessi se questi ultimi sono destinati alla circolazione; *il che dovrebbe imporre un consistente intervento legislativo chiarificatore che finora non c'è stato.*

2.2. Sempre in via preliminare, sottolineo che attiene al rapporto tra categorie civilistiche e categorie tributarie anche la ben nota questione di come realizzare il necessario adeguamento delle regole di bilancio agli I.A.S. Tale questione ha notevoli riflessi anche fiscali perché, essendo ancora pienamente vigente la regola di costruire il reddito d'impresa fiscale sulla base del bilancio (unico) civilistico, le rilevanti modifiche alla disciplina di bilancio conseguenti all'introduzione degli I.A.S. non potranno non ridondare anche sulla determinazione del reddito d'impresa imponibile.

Su questo delicatissimo argomento si dovrà tornare a dibattere nel corso del presente anno, dato che - come è noto - il termine a partire dal quale gli I.A.S. dovranno essere recepiti è stato fissato al 1° gennaio 2005 (senza contare che, fin da quest'anno, essi dovranno essere applicati per consentire la comparazione dei conti annuali del 2005 con

quelli del 2004). Qui voglio solo ricordare, da una parte, l'importanza che il tema rappresenta per la costruzione di un sistema razionale di tassazione delle società e, dall'altra, la necessità che il Governo, assistito dalla comunità degli studiosi, affronti subito le complesse problematiche che ne conseguono anche mettendo mano di nuovo alla disciplina dell'I.R.E.S. da pochi giorni vigente.

Per renderci conto della difficoltà delle scelte che in materia spettano al Governo, si pensi solo al fatto che l'art. 25 della legge comunitaria italiana per il 2003 - differentemente dalle omologhe leggi tedesca e francese - ha inopinatamente (almeno a mio avviso) vincolato le società quotate in borsa e, comunque, quelle bancarie, finanziarie e assicurative ad adeguare il bilancio d'esercizio agli I.A.S. con decorrenza, appunto, dal 1° gennaio 2005. La conseguenza di questa "zelante" - in senso europeistico - presa di posizione dello Stato italiano sarà che:

- *per le società indicate in detto art. 25*, il reddito d'impresa civilistico dovrà determinarsi sulla base di criteri in gran parte diversi da quelli attualmente vigenti. Si pensi solo all'adozione dei criteri del *fair value* (previsti dalla direttiva 2001/65/CE di prossima attuazione), della *substance over form* e del criterio finanziario per il *leasing* (in luogo di quello patrimoniale). E si pensi ancora alla tripartizione tra titoli immobilizzati, titoli disponibili per la vendita e titoli di negoziazione che sostituirà l'attuale bipartizione tra titoli immobilizzati e titoli non immobilizzati (i primi valutati al costo e i secondi al valore derivante dalla differenza tra valore di mercato e costo storico);

- *per le altre imprese*, invece, si continueranno ad applicare le sole vecchie regole riconducibili alle norme del codice civile in materia di bilancio di esercizio.

Le società indicate nell'art. 25 dovranno, dunque, sobbarcarsi l'onere di cambiare *nell'immediato* i loro sistemi contabili adeguandoli a principi diversi da quelli attuali, e cioè a principi la cui adozione è diretta non a misurare l'utile da distribuire e, perciò, da tassare, ma soprattutto ad evitare asimmetrie informative, ad assicurare trasparenza e, in ultima analisi, ad informare il mercato circa la reale consistenza dell'azienda.

Data l'attuale stretta connessione tra reddito d'impresa civilistico e reddito d'impresa fiscale, le alternative che si porranno al legislatore fiscale saranno o quella di allinearsi puntualmente alla nuova disciplina civilistica (che dovrebbe essere a sua volta già allineata agli I.A.S.), derogando ad essa solo là dove il "superiore" interesse fiscale lo richiede, o mantenere in vita - semmai con qualche lieve variante - l'attuale disciplina di determinazione del reddito d'impresa (fondata sul tradizionale principio del costo storico e della tassazione dei plusvalori al momento del realizzo), aprendo però la strada ad un abbastanza costoso, in senso amministrativo, sistema di doppio binario di tipo anglosassone.

In attesa che questa scelta sia compiuta, richiamo l'attenzione sul fatto che, comunque, il recepimento - anche se non generalizzato - della direttiva comunitaria sul *fair value* porrà delicatissimi problemi di rapporti tra disciplina di bilancio e regolamentazione fiscale, quantomeno in tutti i casi in cui il valore di mercato di un determinato bene relativo all'impresa dovesse essere diverso dal suo valore di libro. Provo a dare conto in termini molto sommari e sperimentali del tipo di problematica che si verrà a porre e delle soluzioni che potrebbero darsi.

Ai fini civilistici, gli esperti contabili da me interpellati non hanno avuto dubbi a confermarci che, se il *fair value* dovesse essere superiore al valore di libro, la differenza positiva dovrebbe trovare contropartita in un'apposita riserva di bilancio in sospensione di imposta, disponibile solo per la copertura di eventuali perdite. Se non si evidenziasse nel bilancio d'esercizio tale plusvalore non sarebbe possibile infatti esporre il *fair value* del bene e, quindi, non sarebbe possibile dare piena e corretta attuazione allo I.A.S. applicabile nella fattispecie. Se, per contro, all'esito dell'*impairment test*, il *fair value* di un bene d'impresa dovesse rivelarsi inferiore al suo valore di libro, la differenza andrebbe, dapprima, compensata con la riserva, già esistente, alla quale siano stati fatti confluire gli analoghi plusvalori riferiti alla medesima categoria di beni (fino a concorrenza dell'ammontare di questa) e, poi, per il supero - ovvero nel caso in cui tale

riserva non risultasse istituita e non esistessero altre riserve "libere" - dovrebbe essere imputata al conto economico fra le minusvalenze. Questo, ripeto, agli effetti civilistici. Sotto il profilo tributario la indicata movimentazione - sia incrementativa che decrementativa - della predetta riserva non dovrebbe, a rigore di logica, avere alcun impatto sul reddito fiscale. E ciò in applicazione del noto principio generale (desumibile dai "vecchi" artt. 54 e 66 che ora portano i numeri 86 e 101 t.u.i.r.) che impone di dare rilevanza fiscale alle differenze di valore solo al momento del loro realizzo(1). Ciò significa che, come le destinazioni alla suddetta riserva corrispondenti all'incremento di valore degli *assets* non danno luogo all'emersione di materia imponibile, così pure i relativi utilizzi, dipendenti dalla rilevazione dell'*impairment* dei beni, non dovrebbero generare costi fiscalmente deducibili. A stretto rigore, neppure le minusvalenze da allocare, in tutto o in parte, nel conto economico a causa dell'inesistenza o dell'insufficienza della riserva dovrebbero costituire costi fiscalmente deducibili, non essendo esse realizzate(2).

Non va tuttavia dimenticato che l'applicazione del principio di tassazione al realizzo e le conseguenze che ne ho appena tratto avrebbero un senso solo in quanto fra gli oneri deducibili del reddito d'impresa siano compresi gli ammortamenti dei beni strumentali e lo stesso avviamento (oltre ad altri costi a fecondità ripetuta). Cosa succederà quando - dovendo adottare compiutamente il sistema degli I.A.S. - non si procederà più al calcolo degli ammortamenti e non si farà più luogo alla relativa deducibilità fiscale? Sicuramente non potrà negarsi alle imprese il diritto di far concorrere alla formazione del reddito un importante costo della produzione, come è quello rappresentato dalla progressiva riduzione del valore dei cespiti.

Sono perciò d'accordo con chi ritiene che - con il passaggio agli I.A.S. - muterà la concezione stessa che ora sta alla base di questo tipo di onere. Essa dovrebbe consistere non più nella ripartizione del costo di produzione o di acquisto dei beni strumentali per un certo numero di esercizi (e di periodi d'imposta) per i quali se ne preveda la fruibilità nell'ambito del complesso aziendale, bensì nella diminuzione del valore economico di questi in dipendenza della loro usura ed obsolescenza, sotto il duplice profilo fisico e tecnologico. Dalla concezione dell'ammortamento quale costo dei beni d'impresa ripartito in più esercizi fatta propria dal legislatore fiscale si dovrebbe tornare, dunque, a quella tradizionale della riduzione di valore dei medesimi. In ogni caso, escluderei sul piano della ragionevolezza che si possa negare alle imprese il diritto di portare a decurtazione del loro reddito il relativo costo.

Di conseguenza, ho l'impressione che ogni costruzione basata sul principio della deducibilità fiscale delle sole minusvalenze realizzate dovrà essere revisionata. Forse, meglio ancora - volendo tener fermo il principio di realizzazione - dovrà riconoscersi *ex lege* che il deprezzamento degli *assets* costituisce di fatto una minusvalenza realizzata. Che sia cosè è provato dal fatto che nel tempo tali beni perdono effettivamente parte del loro valore a causa dell'usura o per qualunque genere di obsolescenza. E non può negarsi che tale "perdita di valore" si traduce concretamente in un costo cui le imprese vanno incontro nel loro processo produttivo; costo integrato appunto, in via generale, dal concorso dei suddetti *assets* alla produzione dei beni o dei servizi a cui è preordinata l'attività d'impresa e, quindi, in definitiva, alla formazione del reddito(3).

Credo che sia questo uno dei nuclei della problematica che nei prossimi giorni i *policy makers* nostrani dovranno affrontare nella prospettiva dell'introduzione degli I.A.S. dal 2005. Mi auguro che in questo delicatissimo passaggio normativo sia coinvolta anche la comunità scientifica, non solo - come si è fatto per l'I.R.E.S. - attraverso il canale di *internet*.

3. *L'accentuata divaricazione tra il nuovo diritto societario e la disciplina fiscale dell'impresa.* - Le considerazioni d'ordine generale che mi sento di fare in ordine al processo di adeguamento del sistema fiscale d'impresa al nuovo diritto societario vertono soprattutto sulla sempre maggiore divaricazione tra i due corpi di norme, indotta non solo dalla diversità delle funzioni e degli interessi tutelati, ma anche e soprattutto dalle caratteristiche strutturali della nuova disciplina societaria. Ciò, da una parte, irrobustisce

l'autonomia del diritto tributario e pone le basi per la creazione di un sistema normativo definito ed ancor più indipendente, con regole specifiche che rispondono a "propri" principi, permeabili solo alle norme di diritto comune e ai principi generali dell'ordinamento; dall'altra, però, allontana i due sistemi, crea disarmonie e costringe il legislatore a ripensare gli istituti civilistici in un'ottica esclusivamente fiscale, più circoscritta e definita, duplicando addirittura la disciplina e complicando, perciò, la vita delle aziende almeno sul piano degli oneri amministrativi di transizione.

3.1. Questa divaricazione è stata accentuata dalle ultime vicende legislative perché, a differenza del passato e a dispetto di un indubbio processo di convergenza tra principi contabili e norme giuridiche (frutto soprattutto del linguaggio unificante usato dalla IV direttiva che ha portato alla giuridicizzazione dei primi), il nuovo diritto societario persegue ora la finalità di regolare i rapporti tra soci e società, tra società e creditori e di qualificare i titoli emessi dalle società stesse all'insegna di una sempre maggiore flessibilità e atipicità (anche se spesso si tratta - come dice un po' paradossalmente Portale - di strumenti tipici a contenuto atipico), dove i confini tra i vari istituti si fanno sempre più sbiaditi.

Solo per fare alcuni esempi probanti, non è affatto agevole individuare una differenza, nella disciplina civilistica recata dagli artt. 2346 e 2411 c.c., tra uno strumento finanziario partecipativo che attribuisce diritti patrimoniali e un'azione senza diritti partecipativi ma con diritti patrimoniali o, viceversa, tra strumenti finanziari che attribuiscono diritti partecipativi, ma non patrimoniali (sul punto v. comunque più avanti *sub par. 5*).

Questa difficoltà è senza dubbio la conseguenza della moltiplicazione degli strumenti di finanziamento all'impresa societaria messi a disposizione della legge, moltiplicazione che ha portato ad aggiungere a quelli tradizionali, azioni e obbligazioni, altri del tutto nuovi (i c.d. "altri strumenti partecipativi", i patrimoni destinati, i finanziamenti destinati). Tutto ciò in un quadro di complessiva deregolamentazione all'interno di ogni singolo strumento anche tradizionale⁽⁴⁾. Quanto alle azioni, basti pensare che il *vulnus* alla tipicità della categoria, già inferto dalle azioni di risparmio, è stato ora approfondito dal nuovo art. 2348 c.c., che non si limita più a concedere la possibilità di creare statutariamente categorie di azioni fornite di diritti diversi, ma espressamente prevede, al 2° comma, che la società può "liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie"⁽⁵⁾. Quanto alle obbligazioni, la riforma ha consolidato quel processo di "neutralizzazione" della forma obbligazione iniziato con il t.u. bancario, il quale aveva concesso alle banche di usare la forma dell'obbligazione per rappresentare emissioni di prestiti irredimibili, subordinati o rimborsabili solo previa autorizzazione della Banca d'Italia. Come ho già detto in precedenza, il nuovo art. 2411 c.c. rende, infatti, applicabile la disciplina delle obbligazioni a quegli strumenti finanziari che - alla stessa stregua dei prestiti irredimibili - condizionano l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società. Insomma si assiste a quella che è stata chiamata una graduale evaporazione della distinzione, finora abbastanza netta, tra capitale di rischio e capitale di credito. Come vedremo meglio più avanti, ai fini fiscali questa incertezza di contenuto normativo non può essere tollerata e rende, perciò, necessario costruire delle tipologie più chiare e certe, a costo di allontanarsi decisamente dalle categorie civilistiche e di costruirne di proprie, meramente fiscali. Il problema è come questa delicatissima materia - molto *sensitive* a livello, soprattutto, dei mercati finanziari - sarà trattata dal legislatore tributario.

Un altro probante sintomo della divaricazione tra i due ordini di norme lo si ritrova nella disciplina dei gruppi e dell'area del consolidamento. L'art. 117 del t.u.i.r., pur richiamando ai fini dell'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo la nozione di controllo di cui all'art. 2359, 1° comma, n. 1, c.c., nella sostanza poi se ne allontana, richiedendo altri diversi specifici requisiti nel successivo art. 120 (la partecipazione al capitale sociale o all'utile di bilancio della controllata per una percentuale superiore al 50%). In proposito, tanto la disciplina della tassazione di gruppo è analitica e circoscritta quanto lo è generica la disciplina civilistica degli artt. 2497-2497-sexies c.c., preoccupata

solo di regolare il fenomeno della responsabilità con norme di complessa lettura fondate su presunzioni di controllo e inclusione nell'area del consolidamento.

3.2. Il fatto è che anche in Italia, sulla falsariga dell'esperienza statunitense, si sta sviluppando con riguardo al diritto commerciale una forte tendenza a privilegiare la c.d. *regulatory competition* (che riecheggia, non solo terminologicamente, la "nostra" *tax competition*), intesa come uno strumento organizzativo di stampo neoliberalista la cui adozione comporterebbe, addirittura, che il legislatore in materia societaria debba astenersi dal dettare norme inderogabili e precise e debba lasciare al mercato la selezione di quelle migliori e più idonee. In Europa e nel nostro paese non si è arrivati ancora a questi eccessi mercantilistici, del resto criticati anche negli USA sul presupposto, molto pragmatico, che non è detto che la *regulatory competition* porti sempre - come sostengono i fautori di questa regola - ad una corsa verso l'alto (*race to the top*) e non verso il basso (*race to the bottom*).

Tracce di questa impostazione sono comunque abbondanti e si intravedono sia nella "normativa Vietti" che nell'ambito europeo, specie laddove si lascia un ampio spazio alla competizione regolatoria sotto il profilo della scelta dei modelli differenziati (si pensi, quanto allo spazio europeo, alle due sentenze della Corte di giustizia che hanno consentito che le società si incorporino nello Stato della U.E. che ritengono più opportuno, indipendentemente dalla circostanza che l'attività si svolga concretamente in un altro Stato membro). Mi pare, in particolare, un dato abbastanza scontato che nel nostro paese la riforma del diritto societario lascia ora un largo margine di autonomia e di flessibilità alle società nella scelta non solo degli strumenti di finanziamento delle società per azioni di cui si è detto, ma anche degli strumenti societari di organizzazione (si pensi alla possibilità di optare tra il modello di amministrazione tradizionale, il modello dualistico e quello monistico).

Il sistema tributario invece - e in particolare il *corpus iuris* che regge il reddito d'impresa - difficilmente si presta per sua natura a perseguire questi scopi liberalizzatori. Se la tassazione delle società deve normalmente avvenire sulla base del reddito effettivo prodotto, è evidente che il legislatore ha difficoltà a seguire l'indicata evoluzione del diritto societario. È cosa ben risaputa che il diritto tributario, proprio perché ha per oggetto la disciplina dell'obbligazione tributaria e dei rapporti e obblighi strumentali che la contornano, è composto di regole vincolanti che lasciano poco spazio alla discrezionalità. Come è anche un dato scontato che l'amministrazione finanziaria, la quale applica tali regole attraverso l'esercizio del suo potere autoritativo, rinviene solo nella legge il perimetro in cui operare.

L'estensione delle libertà negoziali e l'allargamento dell'autonomia privata, che caratterizzano il nuovo diritto societario, producono dunque, quasi simmetricamente, un sempre maggior distacco della disciplina tributaria dell'impresa da quella civilistica: si può dire anzi che è proprio l'opposto orientamento deregolatore del legislatore civile che costringe quello tributario a creare sempre più regole proprie o ad interpretare rigorosamente quelle civilistiche "aperte", avendo il fine di evitare incertezze applicative. Il che significa che il collegamento dell'ordinamento tributario con gli istituti civilistici si attenua in questa contingenza non tanto perché venga meno l'aspirazione all'unitarietà dell'ordinamento, quanto perché l'atipicità degli schemi civilistici impone al legislatore tributario di tipizzare esso le fattispecie fiscali. Il che dovrebbe avvenire attraverso un processo di graduale aggiustamento normativo che, tenendo conto dell'interesse fiscale, dei principi generali e delle norme di diritto comune, individui la regola ("propria") che meglio si adatta a disciplinare il fenomeno economico sottostante, rimasto privo di un soddisfacente inquadramento civilistico.

Il problema che si pone non è evidentemente quello, classico, interpretativo se debba prevalere la titolarità giuridica o l'essenza economica - che era ed è ancora al centro del dibattito sull'individuazione del presupposto delle imposte sul reddito, sulla regola dell'imputazione e sugli stessi confini dell'elusione - bensì, come ho detto all'inizio, della costruzione legislativa di fattispecie tributarie che non hanno una qualificazione giuridica civilistica sufficiente.

3.3. Per queste ragioni credo che, quanto alla *disciplina in generale del reddito d'impresa*, si vada sempre più prospettando per il futuro la possibilità di una divaricazione profonda e definitiva tra le regole civilistiche e quelle fiscali. Attualmente abbiamo delle variazioni minime costituite dalla deroga - prevista dal nuovo art. 109 t.u.i.r. (vecchio art. 75) - al principio dell'indeducibilità dei costi non imputati a conto economico (deroga, come è noto, limitata ai soli accantonamenti, rettifiche di valore e ammortamenti di natura meramente fiscale). In futuro l'allargamento della forbice tra i due regimi e, soprattutto, l'introduzione degli I.A.S. di cui ho appena detto produrranno un diaframma amplissimo tra le due categorie di norme e criteri che - come ho pure già detto - non potrà non porre delicatissimi problemi di assetto normativo al legislatore fiscale: da una parte, avremo le norme civilistiche improntate ad interessi divergenti (quali quelli della trasparenza), ai valori dell'autonomia privata e alla salvaguardia della libertà di concorrenza del mercato; dall'altra parte, avremo le norme fiscali improntate alla tutela degli interessi del fisco controllore e creditore, della definitezza e determinatezza delle regole, della facile e certa individuazione degli elementi reddituali. Ciò in via generale. Quanto poi, in particolare, alla *qualificazione fiscale dei proventi percepiti in dipendenza di strumenti partecipativi* cui ho appena fatto cenno, credo che nella logica di divaricazione anzidetta sia inevitabile che prevalgano - ai fini della loro qualificazione come redditi di capitale e, tra questi, come redditi derivanti da titoli simili alle azioni o da titoli simili alle obbligazioni - criteri d'ordine solo funzionale e pragmatici, legati soprattutto al dato economico della partecipazione al risultato della società emittente e alla valutazione di opportunità fiscale circa la possibilità di deduzione o meno di tali proventi dal reddito della società medesima. Di questo argomento tornerò comunque ad occuparmi in termini critici nella parte conclusiva di questa mia relazione. Concludendo queste considerazioni generali, devo riconoscere che l'atipicità degli istituti societari si porrà indubbiamente come un'ulteriore condizione favorevole all'affrancamento del diritto tributario dell'impresa dai sistemi civilistici di determinazione del risultato d'esercizio. Ciò che invece non mi è ancora chiaro è se questo orientamento rimarrà circoscritto alle problematiche della misurazione del reddito da distribuire e da tassare o assumerà, invece, un più ampio e generale significato nel senso di contribuire a suggellare definitivamente, anche in altri importanti settori (penso alla soggettività), l'autonomia e la specificità del diritto tributario e la sua parità con le norme civilistiche. Ma questo è un discorso che non è il caso di approfondire in questa sede e che credo riguardi più il legislatore che l'interprete.

4. *Effetti fiscali del disinquinamento del bilancio.* - Venendo a quelle che ho chiamato considerazioni di dettaglio sulla nuova disciplina I.R.E.S., tra le tante questioni che l'adeguamento al nuovo diritto societario ha posto mi soffermerò solo su quelle che, a mio avviso, meritano in questo momento un maggior approfondimento perché segnalano l'attualità di quanto finora ho detto circa la tendenziale specificità del diritto tributario. Esaminiamo per primo l'intervento del legislatore I.R.E.S. diretto a disciplinare le conseguenze fiscali del disinquinamento del bilancio realizzato attraverso la soppressione dell'art. 2426, 2° comma. Rilevo che, grazie a tale soppressione, non sarà più consentito imputare al conto economico rettifiche di valore ed accantonamenti esclusivamente per motivi fiscali. La nuova norma dell'art. 109, 4° comma, lett. b), che conferma la deducibilità ai fini fiscali di tali poste, risulta dunque ora del tutto svincolata dal contesto civilistico e dà finalmente una definitiva soluzione normativa al problema prioritario - che ha finora attanagliato la dottrina - circa l'identificazione delle opportunità fiscali interessate alle norme di favore. È noto, infatti, che al riguardo si sono sempre fronteggiate due opposte tesi: una, più ampia, che riconduce alla nozione di opportunità fiscale sia le misure aventi esplicita finalità sovvenzionale, sia i regimi di determinazione forfetaria dei componenti negativi (e, in particolare, quelli a carattere estimativo quali le svalutazioni); l'altra, più restrittiva, che limita l'ambito di dette opportunità alle misure sovvenzionali, negando il riconoscimento del vantaggio alle altre in quanto prive sia del carattere dell'economicità sia del carattere agevolativo.

Il legislatore dell'I.R.E.S. si è categoricamente espresso a favore della prima tesi, probabilmente sulla base della considerazione di politica fiscale - che a me sembra abbastanza condivisibile - che la disciplina dell'abrogato 2° comma dell'art. 2426 del c.c., finché è stata in vigore, è stata sempre interpretata ed applicata dall'A.F. e dagli operatori nel senso più ampio. È parso quindi al legislatore - ora che non si deve più inquinare il bilancio e per il solo fatto che il 2° comma è stato abrogato - non coerente ridefinire un ambito di deducibilità più ristretto, limitato cioè alle sole norme sovvenzionali quando già prima la deducibilità era attribuita dalla stessa A.F. indiscriminatamente. Sempre a favore di tale tesi è stato fatto del resto osservare che le misure di forfetizzazione, pur non essendo agevolative in senso stretto, costituiscono tuttavia pur sempre delle opportunità o dei vantaggi offerti dal legislatore e hanno, comunque, la funzione di eliminare controversie su una materia altrimenti di difficile definizione quale, appunto, quella delle valutazioni. Anch'esse in fondo rispondono ad un interesse fiscale di portata più generale e anch'esse, al pari di quelle sovvenzionali, operano a vantaggio sia dei contribuenti, laddove risultino di importo superiore a quello effettivamente imputabile a conto economico, sia a favore del Fisco, laddove limitino svalutazioni e rettifiche di entità economica più consistente rilevate in bilancio. Anche sulle modalità prescelte dall'art. 109 del t.u.i.r. per mantenere in vita tali misure senza inquinare il bilancio, non avrei rilievi critici da fare. Le soluzioni inizialmente prospettate in verità erano due. La prima - foriera di una sorta di doppio binario - avrebbe consentito la fruizione di queste opportunità sulla base solo della loro segnalazione in un apposito prospetto, senza porre vincoli di sospensione d'imposta neanche sulle riserve del patrimonio netto, al fine di evitare la permanenza di interferenze fiscali sul bilancio (non solo sulle sue poste di conto economico, ma anche sull'utilizzo delle voci del netto patrimoniale). La seconda - in linea con un'impostazione più tradizionale - avrebbe imposto di considerare in sospensione d'imposta un corrispondente ammontare di utili e riserve, muovendo dall'esigenza di condizionare la fruizione dell'opportunità e, quindi, la detassazione dell'utile, al mantenimento dell'utile stesso nell'economia dell'impresa (evitando così la distribuzione di dividendi che non hanno subito alcun prelievo a carico della società erogante). Correttamente tra tali due soluzioni il legislatore ha scelto una intermedia di temperamento. Ha previsto, infatti, che i benefici fiscali possano essere fruiti da tutte le imprese - quindi anche da quelle che non hanno utili o riserve da vincolare - attraverso l'esposizione in un prospetto riconciliativo che costituisce parte integrante della dichiarazione dei redditi. Tuttavia, laddove esistano utili o riserve, ha previsto che questi devono essere mantenuti nell'economia dell'impresa (vale a dire non distribuiti) fino a concorrenza delle deduzioni forfetarie non imputate a conto economico (naturalmente è stata esclusa da ogni limitazione la riserva legale). Conseguentemente, l'impresa è libera di distribuire utili e riserve eccedenti, ma incorre nella tassazione qualora tali distribuzioni intacchino il livello di patrimonio netto e di utili che funge da copertura dei benefici fiscali.

Come si vede, il legislatore tributario con la nuova disciplina dell'art. 109, 4° comma ha ragionato nei termini della più piena divaricazione e di mera tutela dell'interesse fiscale, liberando il bilancio civile dall'inquinamento fiscale e liberando se stesso (ed in particolare l'art. 109) da ogni vincolo di tipo civilistico.

5. *Il regime fiscale dei contratti e titoli partecipativi.* - 5.1. L'altra questione su cui intendo soffermarmi riguarda l'adeguamento della disciplina fiscale alle nuove norme del codice civile relative alle azioni, alle obbligazioni e agli strumenti finanziari partecipativi. Ho già rilevato poc'anzi al riguardo, in via generale, come si siano molto ampliati gli spazi che le nuove disposizioni del codice civile riconoscono all'autonomia statutaria con particolare riferimento all'emissione di strumenti finanziari, sia partecipativi (quali le azioni), sia di debito (quali le obbligazioni). Ho anche sottolineato come le nuove disposizioni del "decreto Vietti" allarghino notevolmente le fattispecie fino ad oggi conosciute e sfumino i vecchi confini tra le due categorie del capitale di rischio e del capitale di debito. Si è visto, infatti, che esse stabiliscono che la partecipazione sociale è

rappresentata da azioni e che lo statuto della società può escludere l'emissione dei relativi titoli o prevedere l'utilizzazione di tecniche diverse di legittimazione e circolazione. Inoltre, a norma dell'ultimo comma dell'art. 2346 è addirittura fatta salva la possibilità che, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, la società emetta, senza aumento di capitale, strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o amministrativi, che possono circolare (se lo statuto lo prevede).

Torno su questo argomento nella presente sede solo per soffermarmi sulla definizione dei titoli partecipativi e sulla qualificazione delle obbligazioni che gli artt. 44 e 109 del testo unico hanno dato e, soprattutto, per evidenziare, da una parte, una certa confusione operata al riguardo dal legislatore tributario e, dall'altra, la necessità di dettare - a fronte dell'atipicità delle formulazioni civilistiche - ulteriori precise regole definitorie fiscali integrative di quelle vigenti introdotte con il citato d. lgs. n. 344 relativo all'I.R.E.S. Ciò premesso, va detto subito che, date le indicate caratteristiche di flessibilità del nuovo regime civilistico degli strumenti finanziari, la normativa fiscale non poteva rimanere quella vigente né poteva appiattirsi su quella, appunto troppo atipica e generica, civilistica. Essa è stata pertanto modificata preoccupandosi, per quanto possibile, di evitare divaricazioni eccessive tra la nozione fiscale e quella civile di azione ed obbligazione, ma, nello stesso tempo, tenendo conto del fatto che - ai fini fiscali e con particolare riguardo alla situazione fiscale della società emittente - i costi dell'indebitamento (a fronte della remunerazione della raccolta obbligazionaria) sono deducibili da parte della società stessa, mentre le partecipazioni agli utili non lo sono. Come ha operato il legislatore tributario per raggiungere questi obiettivi e, in particolare, per definire i redditi di capitale costituiti dagli utili da partecipazione e per qualificare i titoli simili alle azioni e quelli simili alle obbligazioni? Senza disperdermi in questa sede nella dettagliata disamina delle nuove norme introdotte, mi limito a sottolineare che, senza nulla innovare nella sostanza, sono stati considerati redditi di capitale, alla lett. e) del 1° comma dell'art. 44 t.u.i.r., gli utili derivanti dalla "partecipazione al capitale o al patrimonio di società" e, alla lett. f) dello stesso comma, gli utili derivanti da associazioni in partecipazione e da contratti di cointeressenza. Ai fini, invece, del giudizio di similarità viene data un'innovativa definizione dei titoli simili alle azioni, senza però aggiungere o mutare alcunché riguardo all'individuazione dei titoli simili alle obbligazioni.

Esaminiamo le ipotesi di similarità alle azioni. Nella lett. a) del 2° comma sono considerati simili alle azioni i titoli e gli altri strumenti finanziari "la cui remunerazione è costituita *totalmente* dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente...". Nella lett. b) sono considerate simili alle azioni o alle quote di s.r.l. "le partecipazioni al capitale o al patrimonio di società ed enti non residenti, rappresentate o non rappresentate da titoli, ...nel caso in cui la relativa remunerazione, se corrisposta dalla società residente, sarebbe stata *totalmente* deducibile nella determinazione del reddito d'impresa per effetto di quanto previsto dall'art. 109, 9° comma".

Nulla da dire circa la definizione contenuta nella lett. a). Quanto a quella contenuta nella lett. b), invece, risulta subito evidente che il criterio per individuare la similarità non è più - almeno a prima vista - quello sostanziale e ontologico di tipo civilistico relativo alla natura ed al contenuto del titolo, bensì, come ho già anticipato, quello funzionale, meramente fiscale, della totale indeducibilità della remunerazione da parte della società emittente nella determinazione del suo reddito di impresa. È evidente, dunque, che è stato fatto prevalere il criterio meramente fiscale costruito (non sulla natura del titolo produttivo del reddito, ma) sulla situazione fiscale dell'emittente il titolo stesso. Diventa quindi rilevante, anche ai fini di qualificare come utili certi proventi, la scelta di politica tributaria del legislatore diretta a stabilire quando un tipo di remunerazione sia deducibile o meno dal reddito della società che la eroga. È, insomma, la norma strumentale dell'art. 109 che, almeno formalmente, "comanda" al fine sia di stabilire i requisiti per la deducibilità di una remunerazione, sia di accertare se una determinata partecipazione sia o meno simile ad un'azione. Se poi, però, si va a leggere l'art. 109, lett. a) e b) del 9° comma, ci si accorge che in gran parte il tutto si riduce ad un semplice problema di

tecnica legislativa, perché l'indeducibilità della remunerazione dovuta su titoli e strumenti finanziari comunque denominati dipende pur sempre, ai sensi di detto 9° comma, dalla solita circostanza economica - ripetuta nello stesso art. 44, 2° comma, lett. a) - che la quota della remunerazione comporti (direttamente o indirettamente) la "partecipazione ai risultati economici della società emittente...". Ma se è così, allora non si capisce perché nella lett. b) dell'art. 44 si sia fatto riferimento, quale condizione per la similarità all'azione, al fatto della indeducibilità del provento e non direttamente al fatto della partecipazione al risultato economico.

Per quanto attiene poi i semplici contratti di associazione in partecipazione e quelli di cointeressenza, l'indeducibilità è prevista dalla lett. b) del 9° comma del medesimo art. 44 per il solo fatto che tali contratti sono, nella sostanza economica, di tipo associativo. Quindi - come vedremo meglio più avanti - essi, pur avendo dal punto di vista civilistico natura sinallagmatica e corrispettiva, sono stati assoggettati allo stesso regime di indeducibilità dei contratti associativi tipici.

5.2. A parte queste considerazioni prevalentemente di tecnica legislativa, rilevo che all'ampliamento della categoria dei titoli simili alle azioni, intervenuto con l'art. 44, 2° comma, lett. a), non ha corrisposto anche l'ampliamento della categoria dei titoli simili alle obbligazioni e la conseguente soppressione della categoria dei c.d. "titoli atipici". La definizione di titolo simile alle obbligazioni fornita dalla lett. c) dell'art. 41, 2° comma, del vecchio t.u.i.r. è stata infatti riprodotta senza modifiche nella lett. c) dell'art. 44, 2° comma, del nuovo t.u.i.r.(6). Quest'ultima norma non ha quindi accolto la proposta della Commissione da me presieduta di abolire la categoria dei titoli atipici e di ricondurre i titoli, ora appartenenti alla predetta categoria, fra le azioni o le obbligazioni.

Conseguentemente, se non risultano più riconducibili fra "i titoli atipici" i titoli che, ai sensi dell'art. 44, 2° comma, assicurano una partecipazione ai risultati economici della società emittente (stante la loro assimilazione alle azioni), continuano invece ad essere riconducibili nella predetta categoria i titoli che non presentano né i requisiti per essere considerati simili alle azioni (perché non assicurano una partecipazione ai predetti risultati economici), né quelli per essere considerati simili alle obbligazioni (perché non garantiscono il rimborso del capitale ovvero, pur garantendolo, assicurano una partecipazione diretta od indiretta alla gestione - e quindi non ai risultati economici - dell'impresa emittente o dell'affare in relazione a cui siano stati emessi o di un potere di controllo sulla gestione stessa).

La definizione di titolo simile alle obbligazioni fornita dalla lett. c) dell'art. 44, 2° comma, del nuovo t.u.i.r., proprio per essere stata riprodotta senza modifiche, non risulta dunque più coordinata con la definizione di titolo simile alle azioni fornita dalla precedente lett. a) di questa medesima disposizione. Uno stesso titolo potrebbe, infatti, contemporaneamente presentare le caratteristiche di titolo simile alle azioni e quelle di titolo simile alle obbligazioni. Si pensi, ad esempio, ad una cambiale finanziaria che, pur garantendo l'integrale restituzione del capitale, accordi una partecipazione agli utili della società emittente. Tale titolo potrebbe essere contemporaneamente considerato:

- *come simile alle azioni*, perché non costituisce un'obbligazione e comporta una partecipazione ai risultati economici della società emittente;
- *come simile alle obbligazioni*, perché prevede l'obbligazione incondizionata di pagare alla scadenza una somma non inferiore a quella in esso indicata e non attribuisce ai possessori né diritti di partecipazione alla gestione dell'impresa emittente, né di controllo sulla gestione stessa.

È evidente, pertanto, la necessità di un ulteriore intervento normativo che sia volto a stabilire se in una siffatta ipotesi prevalga l'assimilazione alle azioni o quella alle obbligazioni. Proprio per evitare che la definizione di strumenti finanziari assimilati alle azioni e quella di titoli assimilati alle obbligazioni possano confliggere, la Commissione da me presieduta, nello schema di articolato da essa predisposto, aveva proposto di assimilare alle obbligazioni esclusivamente gli strumenti finanziari di una stessa emissione che contemporaneamente "costituiscono frazione uguale di un prestito unitario e sono fungibili fra loro" e "contengono l'obbligazione incondizionata, salvo eventuali

clausole di postergazione, di rimborsare alla scadenza una somma non inferiore a un importo prestabilito o dipendente da parametri oggettivi *diversi dalla partecipazione al risultato della gestione della società emittente...*", nonché di considerare assimilati alle azioni soltanto gli strumenti finanziari che non siano già assimilati alle obbligazioni. Auspicherei che tale formula sia adottata dal legislatore dell'I.R.E.S.

5.3. Dall'analisi finora svolta degli artt. 44, 2° comma, lett. b) e 109, 9° comma, lett. b) è emerso come, per quanto attiene alla tassazione degli utili, una rilevante innovazione della riforma sia costituita dall'estensione del regime fiscale delle azioni agli strumenti finanziari di natura partecipativa e ai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza. Vale la pena di soffermarsi sulla razionalità di questa scelta normativa.

5.3.1. Tale innovazione rappresenta una delle maggiori divaricazioni del regime fiscale degli strumenti finanziari da quello civilistico e dipende più da una scelta di politica fiscale fatta dal legislatore in funzione antielusiva che dalla necessità di colmare una lacuna della normativa civilistica. È vero, infatti, che la Corte di cassazione in una sentenza solo di pochi anni fa ha ritenuto inquadrabili i rapporti di associazione in partecipazione fra i contratti di natura associativa (invece che fra quelli di natura sinallagmatica), sostenendo che "il contratto di cui all'art. 2549 c.c., con il quale una parte attribuisce all'altra una quota degli utili dell'impresa dietro un determinato apporto è costitutivo di un'associazione, inquadrabile nell'istituto di cui agli artt. 14 ss. c.c.". È anche vero, però, che tale orientamento è rimasto minoritario. La consolidata giurisprudenza della Suprema Corte e la dottrina prevalente hanno infatti finora sostenuto con molta convinzione che il contratto di associazione in partecipazione costituisce un contratto di natura non associativa, ma sinallagmatica.

Dovendo esprimere al riguardo la mia personale opinione, riterrei che l'esistenza di un siffatto orientamento giurisprudenziale non sia d'ostacolo all'estensione del regime fiscale delle azioni agli strumenti finanziari di natura partecipativa. Ciò, a condizione però che sussistano effettive ragioni economiche ed antielusive che la giustificano sul piano delle scelte di *tax policy*. E tali ragioni, a mio avviso, ricorrono sicuramente - almeno in via di principio - nell'ipotesi in cui la partecipazione avviene attraverso un apporto di capitale. In tale caso infatti l'associato, pur non possedendo lo *status* di socio, condivide con esso l'esposizione - e quindi partecipa - al rischio d'impresa, per essere tenuto a rispondere delle perdite fino a concorrenza dell'apporto(7). L'uso dello strumento finanziario partecipativo potrebbe configurare, in particolare, la manovra che il penultimo principio direttivo della lett. g) dell'art. 4 della legge delega sulla riforma fiscale mira a colpire, e cioè la distribuzione di utili da partecipazione sotto la forma di interessi.

5.3.2. Per contro, riterrei non sufficientemente giustificata, né sotto il profilo giuridico né sotto quello economico, l'applicazione del regime fiscale degli utili delle azioni ai proventi dei titoli c.d. partecipanti, e cioè di quei titoli che assicurano una partecipazione (solo) agli utili della società emittente, ma non alle perdite(8).

Va rilevato al riguardo che, sotto il profilo giuridico i "titoli partecipanti" recano incorporato un rapporto non di partecipazione o, comunque, associativo, bensì di mutuo o di deposito irregolare. La dottrina civilistica prevalente ritiene, infatti, che l'attribuzione di una partecipazione agli utili per la concessione della disponibilità temporanea di un capitale non snaturi la causa dei predetti contratti non solo nel caso in cui tale partecipazione si aggiunga agli interessi, ma anche nel caso in cui costituisca la sola forma di remunerazione concordata. E ciò perché nei contratti di credito la corresponsione degli interessi può anche mancare, essendo pacificamente ammessa l'ipotesi del mutuo e del deposito irregolare gratuito. Che sia cosè è del resto confermato ora dallo stesso ricordato disposto del 2° comma dell'art. 2411 del nuovo c.c., contenente la disciplina dei diritti degli obbligazionisti. Tale disposizione, stabilendo che "i tempi e l'entità del pagamento degli interessi possono variare in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società", lascia inequivocabilmente intendere che anche le "obbligazioni" possono assicurare una partecipazione ai risultati economici della società che le abbia emesse, senza per questo cessare di essere tali ai fini classificatori e della disciplina civilistica da applicare.

Sotto il profilo economico, poi, debbo dire che non mi sembra che le obbligazioni e gli altri titoli che assicurano una partecipazione solo agli utili della società emittente comportino un'effettiva esposizione al rischio d'impresa (come avviene, invece, per le azioni): il sottoscrittore non è esposto al rischio di perdita del capitale, essendo il diritto alla sua restituzione sempre garantito. Pertanto, ho qualche difficoltà a concepire l'applicabilità a tali titoli del regime fiscale delle azioni e non delle obbligazioni(9).

5.3.3. L'estensione del regime fiscale delle azioni agli strumenti finanziari di natura partecipativa non mi pare, infine, molto giustificabile nel caso in cui tali strumenti siano emessi a fronte dell'apporto di opera o servizi. Gli utili da partecipazione costituiscono, infatti, la remunerazione di un impiego di capitale e proprio per questo motivo v'è chi li ritiene riconducibili fra i frutti civili. Per contro, i proventi degli strumenti finanziari emessi a fronte di opera o di servizi costituiscono la remunerazione non di un impiego di capitale, ma dell'apporto di una prestazione di lavoro o di un'attività di impresa. Tali proventi rappresentano, quindi, non una quota del reddito prodotto dalla società emittente lo strumento tramite l'esercizio da parte sua dell'impresa, bensì il costo di uno dei fattori necessari per produrlo.

D'altro canto, l'estensione del regime d'indeducibilità anche a questi proventi parrebbe incoerente con il trattamento riservato ai proventi dei contratti di associazione in partecipazione che prevedono un apporto dello stesso tipo, dato che tali proventi sono integralmente deducibili dal reddito d'impresa ai sensi del 6° comma dell'art. 95 del nuovo t.u.i.r. e dello stesso art. 109, 9° comma, lett. b), ultima parte.

Insomma, tutta questa materia andrebbe, a mio avviso, rivista non certo per negare radicalmente la regola dell'indeducibilità dei proventi corrisposti a fronte di strumenti finanziari partecipativi, ma per individuare le giuste deroghe a tale regola, che è come dire stabilire nel dettaglio in via normativa le ipotesi in cui non ricorre la ragione economica dell'indeducibilità.

NOTE

(*) È il testo - debitamente integrato e munito delle note essenziali - della relazione svolta dall'Autore al Convegno su "La riforma dell'imposta sulle società" tenutosi a Firenze il 23 gennaio 2004 su iniziativa della Fondazione "Cesifin Alberto Predieri"

(1) Salvo, beninteso, che i plusvalori non vadano a compensare eventuali minusvalenze dedotte fiscalmente in precedenti esercizi, nel qual caso essi saranno imponibili fino a concorrenza delle minusvalenze già dedotte, analogamente a quanto avviene per le partecipazioni valutate con l'*equity method*

(2) Con le eccezioni, naturalmente, introdotte dalla normativa avente ad oggetto le partecipazioni in società controllate e collegate costituenti immobilizzazioni finanziarie - *in primis* dalla l. n. 265 del 2002 - e dal nuovo regime della *participation exemption*; e fermo restando, peraltro, che per la valutazione delle suddette partecipazioni effettuata con il criterio del costo la disciplina degli I.A.S. non dovrebbe rendersi applicabile. Sempre in applicazione del principio generale di tassazione al momento del realizzo, dovrebbero ritenersi, in linea di massima, esenti da implicazioni fiscali anche le rettifiche di valore dei beni d'impresa precedentemente svalutati, aventi lo scopo di ripristinare il valore contabile originario e fino a concorrenza del medesimo. Anzi, dubiterei che tale obbligo di ripristino - ora sancito sia per le immobilizzazioni (art. 2426, 1° comma, n. 3, c.c.) sia per l'attivo circolante (ivi, n. 9, c.c.) - resti compatibile con il "sistema" degli I.A.S., per cui dovrebbe probabilmente scomparire anche dalla disciplina civilistica del bilancio

(3) Se a questa conclusione sembra possibile pervenire, dovrebbe tuttavia tenersi presente - come giustamente mi è stato fatto notare dal collega commercialista, prof. Lorenzo De Angelis - che la *depreciation* degli *assets* potrà essere considerata fiscalmente deducibile per la parte eccedente la riserva che già fosse stata istituita per recepire il *tantundem* dei plusvalori dei beni in questione, ossia per la parte imputabile al conto economico dopo l'utilizzo di tale riserva, qualora esistente. Ciò è pienamente

comprensibile se si pensa che, dal punto di vista tributario, tale riserva è formata - o incrementata - in sospensione d'imposta, per cui non sarebbe equo consentire la deducibilità dal reddito di un minusvalore che può trovare, almeno parzialmente, bilanciamento in un precedente plusvalore esteriorizzato in esenzione fiscale (*rectius*, in sospensione d'imposta). Ne deriverebbe, evidentemente, l'impossibilità di rendere deducibile la *depreciation* dei cespiti finché esiste la riserva di cui trattasi. Ma questo - mi è stato fatto pure rilevare - è un effetto ineludibile dell'abbandono del metodo dell'ammortamento e della transizione e della sostituzione con quello del deprezzamento. Va detto, peraltro, che per le immobilizzazioni tecniche - impianti, macchinari, attrezzatura, automezzi, ecc. - ciò non dovrebbe costituire un problema, giacché per esse le rettifiche di valore dovrebbero normalmente procedere a senso unico, cioè in diminuzione. Qualche problema potrebbe invece verificarsi per le immobilizzazioni immobiliari - capannoni, uffici, magazzini, depositi, ecc. - per le quali tuttavia l'indagine del *fair value* dovrebbe comunque farsi con metodi prudenziali, considerato che il passaggio dal criterio del costo a quello del *fair value* non può pregiudicare o mettere comunque in discussione il postulato fondamentale della prudenza

(4) Su questi aspetti rinvio a DE ACUTIS, *Il finanziamento dell'impresa societaria: i principali tratti caratterizzanti e gli "altri strumenti finanziari partecipativi"*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2003, 361 ss

(5) In particolare, è venuta meno la regola del necessario bilanciamento della limitazione del diritto di voto con l'attribuzione di privilegi nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale allo scioglimento della società (nuovo 2° comma dell'art. 2351 c.c.)

(6) La quale stabilisce che costituiscono "obbligazioni" i "titoli di massa che contengono l'obbligazione incondizionata di pagare alla scadenza una somma non inferiore a quella in essi indicata, con o senza la corresponsione di proventi periodici, e che non attribuiscono ai possessori alcun diritto di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell'impresa emittente o dell'affare in relazione al quale siano stati emessi, né di controllo sulla gestione stessa"

(7) Tale giustificazione sarebbe comunque solo parziale, atteso che per l'associato la condivisione del rischio d'impresa non comporta anche la condivisione di tutti i correlativi benefici in quanto l'associato, a differenza del socio, non partecipa anche ai plusvalori latenti e all'avviamento, avendo diritto soltanto ad una quota dell'utile di esercizio o di bilancio della società associante

(8) Così anche ESCALAR, *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di riforma dell'imposizione sul reddito delle società*, in *Rass. trib.*, 6, 2003, 1945 ss. Sul punto v., in via generale, anche CORASANITI, *Azioni, strumenti finanziari partecipativi e obbligazioni: dalla riforma del diritto societario alla riforma dell'imposta sul reddito della società*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2003, 925-944

(9) Ma v'è di più. Fa notare giustamente al riguardo ESCALAR (nt. 8, 1945, ss.) che l'assoggettamento delle obbligazioni e degli altri titoli partecipanti al regime fiscale delle azioni non è coerente nemmeno con la normativa convenzionale e comunitaria. Per quanto attiene alla prima, va rilevato che, in forza del par. 3 dell'art. 11 del modello di convenzione OCSE, nonché della stragrande maggioranza delle convenzioni stipulate dall'Italia, i proventi dei crediti, rappresentati o meno da titoli, che assicurano una partecipazione agli utili della società emittente costituiscono "interessi" e non "dividendi". Stabilisce, infatti, il par. 3 di tale articolo che sono tali "... i redditi derivanti da crediti di qualsiasi tipo, ...recanti o meno il diritto a partecipare ai profitti del debitore...". Inoltre, secondo quanto testualmente precisato nel par. 25 del commentario all'art. 10 del modello di convenzione OCSE, i proventi dei prestiti, rappresentati o meno da titoli, per essere considerati come "dividendi" agli effetti convenzionali, è necessario che comportino "l'esposizione del mutuante al rischio d'impresa gravante a carico della società emittente nel senso che cioè *il rimborso del capitale dipenda essenzialmente dal buon andamento... dell'impresa*". Pertanto, anche agli effetti convenzionali, l'esposizione al rischio d'impresa si considera sussistente soltanto nel caso in cui non sia garantito il rimborso del capitale.

Per quanto attiene, invece, alla normativa comunitaria occorre tenere presente altresì che la direttiva del Consiglio del 3 giugno 2003, concernente la "tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamento di interessi", considera qualificabili come interessi "i redditi dei crediti di qualsiasi natura... recanti o meno una clausola di partecipazione agli utili del debitore". Pertanto, i proventi delle obbligazioni e degli altri titoli partecipativi dovrebbero essere trattati come "interessi" agli effetti dell'applicazione di tale direttiva, pur essendo soggetti al regime fiscale degli utili da partecipazione agli effetti della normativa di diritto interno

Tutti i diritti riservati - © copyright 2002 - Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.

