

Il rischio del tributo - Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale.*

Enrico Marello

*Post-print. Pubblicato in Rivista di diritto finanziario, 2006, I, 368 ss.

Indice

1.	Le recenti variazioni normative sul tema dei concordati preventivi.	3
2.	L'efficacia pluriennale e la sua accessorietà.	6
3.	Il tratto caratterizzante l'istituto: la condivisione del «rischio del tributo».	10
4.	Raffronto tra le diverse allocazione dei benefici: (a) modelli teorici;	15
5.	(b) realizzazioni legislative.	22
6.	Rischio, previsione, principi della Costituzione fiscale.	36
7.	Osservazioni conclusive	40

1. Le recenti variazioni normative sul tema dei concordati preventivi.

La legislazione dell'ultimo quinquennio ha delineato alcuni istituti, con mutevoli denominazioni, che meritano di essere studiati congiuntamente adoperando l'etichetta unificante di concordati preventivi. Come si proverà a dimostrare nel seguito, è possibile, infatti, individuare un tratto fondante che accomuna questi istituti, dato da ciò che tenteremo di definire come il «rischio del tributo».

Per la maggiore comprensibilità delle questioni, si propone subito un breve rintraccio delle fonti istitutive e dei tratti essenziali dei concordati (1), lasciando al prosieguo del lavoro l'approfondimento e la sistematizzazione delle peculiarità e dei parallelismi tra i diversi istituti.

Il primo provvedimento di rilievo è il disegno di legge delega C-2144, approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 dicembre 2001, che preconizzava l'istituzione del concordato triennale preventivo nel più ampio ambito di una profonda riforma del sistema tributario (2). L'art. 3, c. 1, lett. (d) di tale testo prevedeva, nella riforma delle imposte sui redditi, un complesso di misure idonee alla semplificazione procedimentale, comprendente la riduzione degli adempimenti formali, il «potenziamento» degli studi di settore e la «introduzione del concordato triennale preventivo per l'imposizione sul reddito di impresa e di lavoro autonomo».

Nella pendenza della discussione di questo disegno di legge delega, veniva però approvata la l. 27 dicembre 2002, n. 289, che prevedeva, al Capo II intitolato «Disposizioni in materia di concordato» (3), l'istituzione del concordato triennale preventivo (art. 6), limitato ai contribuenti «titolari di reddito di impresa e di lavoro autonomo soggetti all'imposta sul reddito delle persone

(1) Una più estesa analisi della successione normativa si ritrova in CONTE, *Accertamento tributario ed esperimenti innovativi di planning fiscale: la pianificazione fiscale concordata*, in *Riv. dir. tribut.*, 2005, I, 261 ss.

(2) Sussiste, per vero, una più risalente ipotesi normativa di concordato preventivo, delineata nel 1994 e riservata a talune attività imprenditoriali svolte in piccoli comuni montani: l'istituto, disciplinato dall'art. 16 legge 31 gennaio 1994, n. 97 era stato abrogato dal decreto legge 538-1994, ma la disposizione abrogatrice non era stata riproposta nel d.l. di reiterazione. Sussistono quindi dubbi intorno alla effettiva permanenza sistemica dell'istituto (per inciso si noti che la Circ. 23 ottobre 2000, n. 192 ritiene che questo procedimento non sia più esperibile). Sul punto cfr. LUPI, *Imposte patteggiate nelle zone montane: quando il legislatore non sa di cosa parla*, in *Rass. trib.*, 1994, 312 ss.

(3) Il capo in questione conteneva anche, agli articoli da 7 a 9, alcuni provvedimenti di clemenza tributaria tra cui il concordato per anni pregressi e le disposizioni per la definizione delle liti pendenti.

fisiche, nonché all'imposta regionale sulle attività produttive che hanno realizzato, nel periodo di imposta che immediatamente precede quello in corso alla data di definizione del concordato, ricavi o compensi non superiori a cinque milioni di euro». Il testo proseguiva sancendo che «Il concordato ha per oggetto la definizione per tre anni della base imponibile delle imposte di cui al periodo precedente. Gli eventuali maggiori imponibili, rispetto a quelli oggetto del concordato, non sono soggetti a imposta e quest'ultima non è ridotta per gli imponibili eventualmente minori». Il secondo comma dell'art. 6 delegava al regolamento ministeriale (da emanare ex art. 17 c. 3 l. 400-1988) l'individuazione delle «singole categorie di contribuenti nei cui riguardi progressivamente si applicano le disposizioni di cui al comma 1, a decorrere dalle date stabilite con il medesimo regolamento» e l'emanazione delle «relative norme di attuazione».

Senza che alla l. 289/2002 fosse data applicazione si è giunti all'approvazione della legge delega di riforma del sistema tributario (la nota l. 80/2003), mantenendo anche in questo articolato la previsione dell'istituzione del concordato triennale preventivo (art. 3, c. 1, lett. e) «... per l'imposizione sul reddito di impresa e di lavoro autonomo anche in funzione del potenziamento degli studi di settore». Rimaneva oscuro il rapporto tra questa ultima norma -assai meno completa della l. 289/2002- e la disciplina previgente: abrogazione o integrazione?

Proseguendo nelle sovrapposizioni legislative, con l'art. 33 d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito con modifiche dalla l. 24 novembre 2003 n. 326 e ancora modificato dalla l. 24 dicembre 2003, n. 350) si è istituito il concordato *biennale* preventivo; tale istituto, nell'intenzione del legislatore, avrebbe dovuto costituire una sorta di banco di prova, finalizzata ad un migliore *drafting* del concordato triennale (4). Il concordato biennale si fondava sulla predeterminazione dei ricavi (secondo incrementi fissi rispetto agli anni precedenti, con l'obbligo di adeguamento ai risultati minimi fissati dagli studi di settore) e della applicazione di aliquote agevolate sull'incremento di reddito rispetto ai periodi precedenti; si prevedevano altresì limitazioni ai poteri di accertamento induttivo (in particolare agli accertamenti di cui all'art. 39 secondo comma d.p.r. 600/1973) e la sospensione dell'obbligo di emissione

(4) Ciò emerge dalla stessa normativa: in tutte tre le versioni di questo concordato (decreto legge, legge di conversione, l. 350/2003), il primo comma della norma istitutiva si premura di chiarire come il concordato biennale sia teso ad “anticipare l'avvio a regime del concordato triennale” (decreto legge) o costituisca una “forma sperimentale”, “in attesa dell'avvio a regime del concordato preventivo triennale” (legge di conversione); inoltre l'ultimo comma della stessa norma ribadisce come l'istituzione del concordato biennale non incida sull'esercizio della delega legislativa di cui alla l. 80/2003.

dello scontrino. Il concordato biennale preventivo è stato il primo degli istituti descritti ad avere concreta applicazione, anche se pare che l'adesione sia stata inferiore a quanto preventivato (5).

Verso lo spirare del periodo di applicazione del concordato biennale, l'art. 1 commi 387-398 della l. 30 dicembre 2004, n. 311 (c.d. legge Finanziaria per il 2005) ha delineato i caratteri della pianificazione fiscale concordata. Tale istituto si presentava come un concordato preventivo a regime: mancavano nella normativa le limitazioni temporali caratterizzanti il concordato biennale e le clausole "di rispetto" viste alla nt. 4, senza contare che ormai i tempi per l'attuazione della delega contenuta nella l. 80/2003 erano esauriti. Come per le altre forme di concordato preventivo, la pianificazione concordata era limitata soggettivamente ai percettori di redditi di impresa e di lavoro autonomo, cui fossero applicabili gli studi di settore (6). A differenza del concordato biennale, il reddito era determinato non per mezzo di incrementi in misura fissa rispetto ai periodi precedenti, ma mediante una valutazione dell'Ufficio, fondata sugli studi di settore, sui dati statistici di settore e comunque su "ogni altra informazione... riferibile al contribuente". Il procedimento prevedeva ridotte possibilità di contraddittorio, essendo anzi limitate in maniera tassativa. Il reddito eccedente il *quantum* concordato era anche in questo caso assoggettato ad una aliquota ridotta; sussistevano inibizioni ai poteri di accertamento dell'Amministrazione: in particolare era impedito di procedere agli accertamenti disciplinati dall'art. 39 d.p.r. 600/1973.

Neppure la pianificazione fiscale concordata è entrata a regime: ad appena un anno di distanza, la legge 23 dicembre 2005, n. 266 ha abrogato la legislazione di riferimento (7), introducendo a propria volta l'istituto della programmazione fiscale (8). La piccola variazione denominatoria rispetto alla pianificazione fiscale riflette la sostanziale continuità ravvisabile tra i due istituti. Anche la programmazione fiscale, infatti, è riservata ai titolari di reddito di impresa e di lavoro autonomo cui si applicano gli studi di settore (o i parametri); il perfezionamento avviene per mezzo dell'adesione ad una

(5) Su *Il Sole - 24 ore* del 20 marzo 2006, pag. 29 si stimano in 250.000 i contribuenti che aderirono al concordato (contro circa 3 milioni di contribuenti ai quali si applicano gli studi di settore).

(6) Mentre per il concordato biennale l'area di esclusione prevedeva tra l'altro un limite massimo di ricavi (coincidente con il limite massimo residuale per l'applicazione degli studi di settore).

(7) La norma abrogante è data dall'art. 1 c. 519 l. 23 dicembre 2005, n. 266.

(8) La programmazione fiscale a regime è disciplinata dall'art. 1 legge cit., commi da 499 a 509.

proposta dell'Ufficio, elaborata secondo le stesse linee individuate per la pianificazione fiscale, con ridottissime aree di contraddittorio. Le modalità di limitazione dei poteri di accertamento e gli effetti premiali riferiti al reddito eccedente ripetono poi ancora lo schema descritto per la pianificazione fiscale concordata (9).

La programmazione fiscale -che negli intenti del legislatore è istituito ordinario («a regime») (10)- è affiancata da un procedimento di carattere straordinario (11), teso all'adeguamento del contribuente per i due periodi in corso al 31 dicembre 2003 e al 31 dicembre 2004. Quest'ultimo istituto, pure presentando peculiarità di interesse, non sarà affrontato in questo studio, potendosi riportare al genere degli accertamenti (premiali) successivi al verificarsi del presupposto.

2. L'efficacia pluriennale e la sua accessorietà.

2.1 Un primo elemento comune ai concordati preventivi introdotti al paragrafo precedente è dato dall'efficacia pluriennale. Si consente al contribuente e al Fisco di individuare una base imponibile tipica, mediante un accordo con efficacia che si estende per più di un periodo di imposta.

Nella sistematizzazione dell'istituto l'osservazione della efficacia pluriennale potrebbe causare un improvviso senso di disagio, apparentemente dovuto alla carenza di schemi teorici di giustificazione.

A questo malessere si può però opporre una «cura storica»: l'osservazione diacronica dimostra come la tradizione tributaria abbia conosciuto per lungo tempo istituti di determinazione dell'imposta esplicitanti i loro effetti su più periodi di imposta.

Merita ricordare, su tutti, la dichiarazione dell'imposta di ricchezza mobile nella configurazione antecedente la riforma Vanoni (12). E' noto come

(9) Per l'individuazione dei limitati punti di differenza v. ancora *infra*, § 5.

(10) Per vero, alla indubbia rilevanza della dichiarazione programmatica citata nel testo e contenuta al c. 499, si oppongono diversi luoghi della normativa in cui ricorrono riferimenti temporali fissi, che potrebbero rendere un poco più complessa l'interpretazione della vigenza temporale: si vedano lo stesso c. 499, il c. 500, il c. 502 e il c. 503. L'impressione che si ritrae da queste ultime disposizioni è di trovarsi dinanzi, ancora una volta, un istituto di carattere provvisorio, rimesso ad eventuale proroghe e modifiche.

(11) Disciplinato dall'art. 1 legge cit., commi da 510 a 519.

(12) Per vero, un ulteriore modello di raffronto potrebbe essere dato dagli «abbonamenti», se si segue l'autorevole opinione di E. ANTONINI, *Un'occasione per riflettere sui principi di eguaglianza e capacità contributiva in tema di «abbonamenti tributari»*, in *Dir. prat. trib.*, 1968, II, 3, secondo cui l'unico elemento comune agli abbonamenti è

il T.U. 24 agosto 1877, n. 4021 (Testo unico disciplinante l'imposta di ricchezza mobile), pur fissando il periodo di imposta su base annuale, conferisse efficacia ultra-annuale alla dichiarazione del contribuente (13).

L'art. 8 del T.U. recitava infatti: «L'imposta sarà applicata ai contribuenti a norma dei redditi certi o presunti, che essi percepiscono ogni anno...» e si riteneva che tale dizione delineasse l'elemento temporale di valutazione del presupposto e il correlato potere del contribuente e dell'Amministrazione di porre in essere, per ogni annualità di imposta, una differente valorizzazione del *quantum debeat* (14). Tuttavia il procedimento si fondava su scansioni temporali maggiori del singolo anno: se già l'art. 22 T.U. statuiva che i redditi variabili potessero essere dichiarati biennialmente (15), il decisivo mutamento si ebbe con la L. 2 maggio 1907, n. 222 che rimosse le rettifiche biennali per sostituirlle con un più articolato procedimento in cui l'accertamento dei redditi precludeva le rettifiche del contribuente nel biennio successivo e dell'Amministrazione nel quadriennio successivo; questo sistema rimase concettualmente immutato per la prima metà del secolo

proprio la pluriennialità (e non la forfettizzazione). In questa prospettiva, il riferimento agli abbonamenti ci pare però meno pregnante di quello adottato nel testo, in quanto gli abbonamenti non hanno costituito un modello altrettanto compatto.

Per gli abbonamenti ai dazi di consumo cfr. GIANZANA, voce *Abbuonamento ai dazi di consumo*, in *Dig. it.*, vol. I, p. I, Torino, 1884, 53 ss., ove si descrive l'abbonamento come l'istituto che «consiste nell'accordo passato tra l'ufficio daziario e l'esercente, mediante il quale questi, sborsando una somma mensile, od annuale, può introdurre quanti generi gli pare e piace, e rimane dispensato da ogni obbligo di dichiarazione...». Una eco di questi abbonamenti si ritrova anche nel Progetto di codice tributario del 1942, agli artt. 59 e 60: cfr. BRACCINI, *Un progetto di codice tributario del 1942*, in *Riv. st. dir. it.*, 1998, 5 ss.

Per riferimenti agli abbonamenti cfr. anche: VERSIGLIONI, *Prime riflessioni sul prefigurato "concordato triennale preventivo"*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, 376 ss.; SAPONARO, *Concordato triennale preventivo e acuerdos previos de valoración: modelli giuridici a confronto*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, 534.

(13) L'efficacia pluriennale della valutazioni reddituali si ritrova anche nell'*income tax* ottocentesca, archetipo delle imposte sul reddito moderne: cfr. SELIGMAN, *The income tax*, II ediz., New York, 1914, 128 ss.

(14) Si vedano: QUARTA, *Legge sull'imposta di ricchezza mobile*, vol. I, Torino, 1884, 300, ove si afferma che la percezione annuale connota l'accertamento dell'imposta «ossia, che l'accertamento e la tassazione segue periodicamente in ciascun anno»; CLEMENTINI – BERTELLI -SCANDALE, *Le leggi sulla imposta di ricchezza mobile*, III ed., Torino, 1916, vol. I, 330, ove si ritiene «conforme alla natura dell'imposta mobiliare che essa non debba rimanere inalterata» e che quindi la scansione annuale consenta la variazione nell'accertamento dell'imponibile, come già accennato nel testo.

(15) Il che, peraltro, non costituisce un grande mutamento concettuale: rimane un periodo di imposta (biennale invece che annuale) ed un obbligo dichiarativo al termine del periodo stesso.

XX (16). Venivano quindi dispiegati, su più periodi, effetti non reversibili nella valorizzazione del *quantum*.

Considerata la rilevanza teorica e l'estensione temporale del modello succintamente esposto, si sarebbe portati a ritenere che la considerazione della rilevanza pluriennale dell'accertato appartenga al patrimonio conoscitivo del tributarista odierno. La constatazione di segno opposto trova la causa nella teoria e nella prassi dominanti da ormai mezzo secolo.

Infatti, l'efficacia pluriennale del dichiarato (dell'accertato), parte centrale del sistema dell'imposta di ricchezza mobile, subì un definitivo tracollo con la riforma Vanoni. E' dalla grande opera riformatrice operata con la l. 25-1951 che l'accertamento non dispiega più effetti in periodi successivi alla ricognizione: l'accertamento per ogni singolo periodo di imposta assume anche dal punto di vista cognitivo le caratteristiche di quell'ampio *genus* di istituti giuridici tesi alla ricostruzione di un evento del passato.

Tale schema logico ha assistito e assiste le diverse riforme sino ad ora avvicendatesi nell'ordinamento italiano: si è costituita quindi una tradizione che ha creato l'abito della necessarietà per quella che è solo una delle molte opzioni concesse nel disegno dell'applicazione del tributo.

2.2 Oltre a non costituire un modello senza referenti pregressi, la pluriennialità appare un elemento *indipendente* rispetto alla natura dei concordati preventivi.

Nell'istituto è infatti centrale il carattere di anticipazione dell'accordo rispetto al verificarsi del presupposto: tale profilo è stato immediatamente rilevato dalla dottrina (17) e costituisce l'epifenomeno della natura propria del concordato preventivo (*infra*, §§ 3 ss.).

La validità pluriennale dell'accertato, pur non costituendo un elemento necessario del concordato preventivo, esalta i due effetti tipici della determinazione preventiva del presupposto, ossia (1) la riduzione dei costi dell'accertamento e (2) la stabilizzazione del gettito ottenuto dall'ente impositore.

(16) Per una descrizione del meccanismo introdotto dalla l. 222-1907, cfr. CLEMENTINI – BERTELLI -SCANDALE, *Le leggi sulla imposta di ricchezza mobile*, cit., 619 ss.

Il r.d.l. 29 luglio 1933 n. 1027 rimosse l'efficacia triennale per sostituirla con la rinnovabilità annuale. L'art. 5 l. 8 giugno 1936 n. 1231 stabilì però che le variazioni potessero essere effettuate, tanto dall'Amministrazione quanto dal contribuente, solo decorso un biennio dall'anno in cui l'accertamento era stato eseguito.

(17) Si vedano: VERSIGLIONI, *Prime riflessioni sul prefigurato "concordato triennale preventivo"*, cit., 379; PERRUCCI, *Il «concordato» triennale preventivo*, cit., 1373; SAPONARO, *Concordato triennale preventivo e acuerdos previos de valoración: modelli giuridici a confronto*, cit., 530.

I costi dell'accertamento qui rilevanti attengono la costituzione dell'informazione, la comunicazione della stessa e il raggiungimento di una comune rappresentazione del presupposto (equilibrio informativo): dovendo il contribuente e l'Amministrazione ricostruire l'apparato cognitivo sotteso al verificarsi del presupposto e dovendo raggiungere un risultato condiviso, pare chiaro che la riduzione nella frequenza delle valutazioni comporta un minore costo (in senso assoluto) per entrambe le parti del rapporto tributario.

Queste specifiche finalità di riduzione dei costi di informazione dell'accertamento si possono già ritrovare esplicitate negli atti preparatori dei provvedimenti, illustrati sopra, concernenti l'imposta di ricchezza mobile (18), o anche nelle pagine vanoniane antecedenti la riforma del 1950 (19).

Pure per ciò che concerne il secondo profilo si tratta di un incremento quantitativo. La determinazione preventiva consente all'ente impositore di

(18) Per l'accertamento biennale dei redditi variabili v. QUARTA, *Legge sull'imposta di ricchezza mobile*, cit., 535, dove è evidenziata la minimizzazione dei costi di elaborazione dell'informazione nella riduzione degli adempimenti: «il legislatore volle togliere il malcontento prodotto nei possessori dei redditi variabili dalla molestia di annuali accertamenti» e soprattutto la relazione governativa alla l. 222-1907 (riportata in CLEMENTINI – BERTELLI -SCANDALE, *Le leggi sulla imposta di ricchezza mobile*, cit., 619 ss.), in cui si legge «I funzionari delle agenzie delle imposte, nei periodi di revisione, si trovano aggravati da un lavoro eccessivo di studi e di ricerche... Di qui una certa quantità di contestazioni che si potrebbero evitare e di lagnanze giustificate da parte degli interessati... Propongo quindi che, divenuto definitivo un reddito per l'anno in cui si riferisce, non possa più essere elevato dall'agente dell'imposte se non dopo il decorso di un quadriennio dall'anno stesso, con che i contribuenti saranno lasciati in pace per un periodo doppio dell'attuale. Per converso pare giusto ed opportuno che anche la Finanza non debba, a sua volta, continuamente occuparsi dei pianti di quei contribuenti, i quali, insofferenti di qualsiasi onere tributario, insistentemente ne chiedono l'esonero totale o parziale, nonostante i recenti giudicati delle Commissioni. Dandosi così un aspetto un po' più stabile... sarà certamente diminuita quella lotta che ora è quasi continua ed accanita fra contribuenti ed agenzie».

(19) Cfr. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, Milano, 1962 (ma origin. 1940), 324 ss., dove l'insigne studioso non muove alcuna critica alle presunzioni di ripetizione del fatto imponibile o dell'entità della base imponibile, perché giustificate dalle finalità di «rapidità e semplicità dell'accertamento»: trova razionalizzazione anche l'ipotesi -considerata sopra- di stabilità ultra-annuale nell'accertamento della ricchezza mobile, perché tale presunzione (*juris et de jure*) è tesa ad «evitare ai privati e all'amministrazione il costo ed il disagio di ripetuti procedimenti di accertamento».

Lo studioso pavese distingue poi chiaramente tra stabilità riferita ad un prefissato numero di periodi di imposta e stabilità concernente invece scostamenti quantitativi: nel secondo caso l'accertato rimane stabile a meno che la variazione non superi una determinata soglia incrementale (come è per la struttura fondamentale dell'imposizione catastale). Solo alla seconda Vanoni attribuisce la connotazione di metodo utile a colpire il reddito normale (ivi, 326).

conoscere l'entità delle proprie entrate per l'esercizio finanziario a venire: la certezza del gettito costituisce un apprezzabile obiettivo di finanza pubblica. Il concordato pluriennale accentua questo beneficio per l'ente impositore, estendendo la certezza del gettito su più esercizi.

3. Il tratto caratterizzante l'istituto: la condivisione del «rischio del tributo».

3.1 Posto ai margini della scena il carattere della pluriennalità, occorre svolgere osservazioni ulteriori, utili a modellare la *ratio* dei concordati preventivi.

In specie, ci sembra che la figura del rischio possa essere utile all'inquadramento dell'istituto.

In prima approssimazione il concetto di «rischio» involge la possibilità che accadimenti futuri, non perfettamente prevedibili (o controllabili), possano comportare vantaggi o svantaggi per taluni soggetti (20). Si noti che il rischio è specificato qualitativamente dall'indicazione dell'accadimento considerato: rischi di fluttuazione dei mercati, rischi di inadempimento, rischi di impresa etc., essendo ogni tipologia di rischio governata da principi propri.

Nello studio del fenomeno fiscale il rischio assume tradizionale rilevanza scientifica nella considerazione degli effetti delle imposte sulle attività rischiose (e sulla propensione al rischio dei contribuenti) e delle modalità di inclusione nella base imponibile dei proventi di natura aleatoria (21). Un altro filone di analisi delle componenti di rischio nel rapporto tributario ha trovato recentemente forma negli studi inerenti le modalità di adempimento del contribuente; in particolare il rischio cui va incontro il contribuente è il “rischio del controllo”: nella scelta tra adempimento e non adempimento il

(20) Il concetto di rischio è stato ampiamente trattato nell'economia moderna al fine di elaborare una base positiva e indicazioni normative (deontiche) utili alle scelte in condizioni di incertezza. L'assunto è che la diffusione dell'incertezza nel sistema di produzione e commercio sia così diffusa da non consentire agli operatori di prevedere (completamente) le conseguenze delle proprie azioni: in tal senso si veda il fondamentale testo di ARROW, *Essays in the theory of risk-bearing*, III ediz., 1976, 1 ss. e 134 ss.

I giuristi, tradizionalmente, preferiscono l'utilizzo del termine “alea”: v. p.e. NICOLÒ, voce «Alea», in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 1024-1025; peraltro, nel linguaggio giuridico alea e rischio non hanno contenuti facilmente distinguibili (SCALFI, voce «Alea», in *Dig. civ.*, vol. I, Torino, 1987, 254): piuttosto qualche equivoco può sorgere dalla distinzione civilistica tra alea giuridica ed alea economica.

(21) Su questo punto cfr. di recente l'ampio lavoro di CARDILLO, *Aleatorietà e imposizione*, Cacucci, Bari, 2005.

soggetto passivo pondera i risultati di un eventuale accertamento nei suoi confronti (22).

Il concordato preventivo offre tuttavia l'occasione di riflettere sulle modalità di ripartizione del *rischio del tributo*, inteso come l'insieme delle ricadute di quegli accadimenti idonei a mutare la consistenza dell'obbligazione tributaria e quindi le correlate entrate erariali.

In questa accezione, lo spazio concesso all'analisi del rischio negli studi giuridici concernenti il fenomeno fiscale è stato sinora scarso: tale carenza è però pienamente giustificata perché l'abbinamento tra la determinazione postergata del reddito percepito e l'esteso paradigma dell'imposizione del reddito effettivo comporta, in genere, l'*allocazione del rischio esclusivamente in capo all'Erario*.

E' irrefutabile che i rischi nelle variazioni nel reddito imponibile, dovute a eventi attinenti il singolo contribuente (es. una cattiva gestione imprenditoriale, una brillante variazione nei metodi di produzione) o ampi settori dell'economia (es. una crisi nei consumi), sono sopportati dallo Stato: l'Erario incamera maggiori tributi in caso di oscillazioni positive o sopporta il peso di minori entrate in caso di oscillazioni negative (23).

Si noti che tale risultato dipende dalla congiunta operatività dei due fattori indicati sopra: il rischio ricade sull'Erario solo in presenza sia della determinazione postergata alla percezione, sia dell'obbligo di dichiarare (e accertare) le somme realmente percepite. Ogni deviazione da questo modello *duale* comporta una ripartizione del rischio che coinvolge anche il contribuente.

Se contribuente e Amministrazione accertano il reddito antecedentemente l'inizio del periodo di imposta, si ha un coinvolgimento del contribuente nel rischio (indipendentemente dalla estensione temporale dell'accertamento); allo

(22) Su questi temi esiste una letteratura pressoché sterminata (e di frequente ritenuta non interessante dal giurista continentale). Un ottimo rintraccio bibliografico e una esposizione delle principali problematiche affrontate in questi studi si ritrova in FRANZONI L.A., *Tax Evasion and Tax Compliance*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. IV, Northampton, 2000, 52 ss.

(23) Il che è valido per ogni ente impositore: cfr. FERRABOSCHI, *Il diritto di decima*, Cedam, Padova, 1943, 38-39, ove «L'esercizio del diritto di decima è soggetto adunque ad una serie di eventualità; la posizione del decimante può divenire migliore, come nel caso di coltivazione intensiva ... o può subire del danno come nel caso di trasformazione del terreno arativo in terreno edificatorio; il decimante si trova da tale punto di vista non nella posizione di un privato con un diritto concorrente, ma dello Stato o di altro ente pubblico in materia di imposte: la aumentata attività dei privati è fonte di maggiori introiti per la cassa pubblica, l'affievolirsi o l'estinguersi delle fonti di reddito privato importa anche per essa un gettito minore».

stesso esito si giunge ove l'accertamento avvenga successivamente sulla base del reddito normale, come è per i redditi determinati su base catastale (24).

Questo profilo si rivela indipendente dalla modalità attraverso cui viene determinato il reddito: vi è allocazione congiunta del rischio (su contribuente e Amministrazione) sia ove la determinazione preventiva del *quantum* d'imposta sia unilaterale, sia ove questa sia bilaterale.

Il procedimento adottato (unilaterale o bilaterale) incide piuttosto sulla *misura* della ripartizione del rischio tra le due parti, come sarà esplicito nei §§ 4 e 5.

Quanto sinora osservato ci consente allora una prima conclusione che costituisce ponte verso ulteriori approfondimenti: i concordati preventivi si dimostrano istituti che allocano il rischio del tributo *anche* in capo al contribuente, palesando la propria peculiarità nell'attuale procedimento impositivo (25).

3.2 Anche per il rapporto tributario, la valutazione del rischio e quindi l'attribuzione di benefici o di svantaggi prende forma in riferimento ad un termine di comparazione.

La comparazione può soprattutto essere effettuata tra quanto il contribuente è tenuto a pagare sulla base della ricostruzione preventiva del tributo e quanto avrebbe dovuto pagare applicando il regime ordinario (26). E' cuore del concordato preventivo la valutazione differenziale, che prende forma *al termine* dei periodi di imposta per i quali ha avuto efficacia il concordato: tra quanto il contribuente concorda a priori e quanto avrebbe dovuto pagare in ordine al reddito effettivamente percepito.

(24) Sulle affinità tra concordato preventivo e imposizione sul reddito normale si tornerà ancora, infra, § 5.

Per ora si può ricordare un passo di EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Einaudi, Torino, 1938, 227, da cui si comprende subito come la ripartizione del rischio, nella determinazione catastale dei redditi, coinvolga direttamente il contribuente: «Lo stato ha fatto il dover suo, ha adempiuto il suo ufficio quando ha creato l'ambiente di pace, di giustizia, di istituti sociali coordinatori. . . Il successo o l'insuccesso delle imprese dei due contribuenti non lo riguarda. Perdano o guadagnino, perdano molto o guadagnino assai, questo è fatto che non lo tocca».

(25) A differenza delle determinazioni catastali, i concordati preventivi -e in specie la pianificazione e la programmazione- presentano due caratteristiche tipiche: (a) il filtro di una attività amministrativa, che trova concretizzazione nell'emanazione di un atto con efficacia -almeno parzialmente- costitutiva e (b) una ripartizione del rischio non standardizzata, ma tendenzialmente riferita alle specifiche qualità del soggetto.

(26) Nel prosieguo del lavoro, viene nominato spesso solo il contribuente per pura semplicità espositiva: rimane inteso che alla situazione debitoria del contribuente corrisponde sempre la speculare situazione creditoria erariale.

Tale valutazione presenta tre possibili risultati: quanto preventivato eguaglia quanto dovuto ordinariamente, lo supera, ne è inferiore. Nella prospettiva del contribuente il primo risultato conduce alla indifferenza rispetto alla tassazione ordinaria (27), il secondo risultato è di svantaggio, il terzo è di beneficio.

L'esito della valutazione retrospettiva (effettuata cioè al termine dei periodi di imposta cui si riferisce il concordato) dipende da due fattori: il *quantum* concordato e l'entità dell'obbligazione tributaria che si sarebbe dovuta adempiere in carenza di concordato. Il differenziale aumenta quindi in valore assoluto quanto più il valore del concordato ed il valore della tassazione ordinaria divergono.

Nel caso del concordato preventivo *la differenza in questione costituisce la specifica entità del rischio del tributo*: diviene rilevante non la fluttuazione in sé del carico tributario, ma l'andamento (valutabile a posteriori) dell'imposta determinata secondo le regole ordinarie rispetto all'imposta concordata in precedenza.

3.3 Nel raffronto tra la valutazione del risultato a posteriori e la determinazione del *quantum* preventivo emerge la rilevanza della *capacità previsionale del soggetto*: il concordato preventivo, obbligando le parti ad operare una prognosi di futura redditività, permette a queste di appropriarsi dei risultati (positivi o negativi) della previsione. Il differenziale, indicato come entità del rischio, può allora essere considerato, sotto altra prospettiva, come un beneficio (o costo) di previsione.

La capacità previsionale dipende in primo luogo dal bagaglio informativo di base, ossia dalla conoscenza di elementi che possono influenzare l'entità del presupposto.

Il contesto cognitivo può essere scisso in diverse componenti, a seconda che le informazioni siano relative: (1) al passato andamento dell'attività del contribuente, (2) all'attuale situazione di tale attività, (3) alle prospettive di incremento (o decremento) ricollegate a mutamenti nell'attività, (4) all'avverarsi di elementi non direttamente connessi all'attività, ma idonei a condizionarne il risultato, quali l'andamento dei mercati, il mutamento del regime impositivo etc.

(27) Evidentemente questa è una semplificazione introduttiva che verrà chiarita nel prosieguo del lavoro, poiché l'eguaglianza tra risultato preventivato e risultato effettivo comporta in verità un beneficio comune: tanto il contribuente quanto l'amministrazione riducono i costi di adempimento dell'obbligazione, poiché la quantificazione del presupposto avviene una sola volta.

E' certo che tra le parti esiste asimmetria informativa, idonea a favorire diversamente il contribuente o il Fisco, a seconda della tipologia di informazione considerata.

Solo la classe (1) di informazioni costituisce un'eventuale deroga al principio appena esposto: se il contribuente ha adempiuto con lealtà ai propri obblighi fiscali nei precedenti periodi di imposta, il risultato effettivo degli stessi è conosciuto allo stesso modo da entrambe le parti. Si noti, però, che, in presenza di infedeltà, questo dato risulta invece essere nella disponibilità del solo contribuente.

Le informazioni connesse alle attuali modalità di esplicazione e ai mutamenti dell'attività attesi nei periodi successivi, vedono il vantaggio del contribuente: sul punto si assiste all'ordinaria inferiorità conoscitiva del Fisco rispetto al verificarsi del presupposto.

Venendo alle informazioni indicate sub (4), pur circondando di cautele l'assunto, si può ipotizzare, invece, che il Fisco possa prevedere con maggior certezza l'avveramento degli eventi esogeni, soprattutto nei confronti dei contribuenti medio-piccoli.

Infine, sussiste asimmetria informativa anche rispetto ai costi di adempimento dell'obbligazione tributaria. Il concordato preventivo incide precipuamente sull'entità dell'imposta, ma esplica effetti anche sui costi connessi agli obblighi formali (e di soggezione) gravanti sul contribuente e all'accertamento compiuto dall'Amministrazione. In questa accezione pare più agevole per il contribuente valutare i minori costi di adempimento derivanti dal concordato (p.e. per la riduzione degli obblighi contabili); per contro l'Amministrazione dovrebbe calcolare in via probabilistica la tendenza all'evasione del contribuente e quindi attribuire un costo medio alle attività di rettifica (che dipendono dalla complessità dell'illecito, variabile difficilmente predicibile).

3.4 Quanto osservato sinora costituisce la necessaria base per l'elaborazione dei modelli di ripartizione del rischio (*infra*, § 4), ma comporta la necessità di un'ulteriore precisazione.

All'interno delle diverse classi di informazioni esiste infatti una componente di discernimento, dalle notevoli ricadute. E' infatti qualitativamente differente il riferimento cognitivo a seconda che i fatti si trovino o meno nel controllo del soggetto (28). Tale linea scriminante percorre tutte le classi

(28) Come sarà specificato in fine del paragrafo, si intende che si tratta di controllabilità *parziale*. Sulla rilevanza del controllo dei fatti giuridici nella teoria contrattuale v. il fondamentale lavoro di EISENBERG, *Probability and Chance in Contract Law*, 45 UCLA L. Rev. 1005 (1998).

di informazioni indicate: per un esempio si può pensare ai mutamenti dell'attività produttiva del contribuente: il prossimo acquisto di un brevetto ritenuto innovativo può essere nel controllo del contribuente (che può decidere se procedere all'acquisto o meno), mentre il vicino fallimento di un fornitore essenziale può essere prevedibile, pur risultando irrimediabilmente incontrollabile.

La rilevanza di una tale distinzione è evidente: in genere la previsione dell'accadimento di un evento futuro è tanto più attendibile quanto più l'evento ricada nella sfera di controllo dell'agente.

Il fenomeno della controllabilità, nel caso del concordato preventivo, è particolarmente interessante in relazione a quelle classi di informazioni indicate con i nn. (2) e (3), ossia lo stato attuale e i mutamenti dell'attività del contribuente: all'interno di queste si trovano eventi di cui il contribuente può avere non solo la previsione, ma anche un ragionevole grado di controllo (29).

Un'ultima specificazione: poter controllare un evento *non* significa controllarne le ricadute reddituali. Con l'esempio esposto poco sopra: il contribuente può decidere di acquistare o meno il brevetto (controllando quindi l'evento), senza che ciò significhi controllare il risultato reddituale che può conseguire all'operazione.

4. Raffronto tra le diverse allocazione dei benefici: (a) modelli teorici;

4.1 Sulla scorta dei caratteri indicati sopra, sono astrattamente ipotizzabili molteplici forme di ripartizione del rischio tra Fisco e contribuente, formalizzate in svariati strumenti giuridici. Sembra però che si possano delineare due macro-modelli, come segue.

4.2.1 Il primo modello di allocazione del rischio si fonda sull'assenza di forti vincoli istituzionali alla ripartizione del rischio.

Le modalità di azione dialettica delle parti potrebbero trovare descrizione formale in un contesto di tipo privatistico, sul presupposto secondo cui contribuente e Amministrazione possono agire nell'intento di massimizzare la propria utilità, secondo il noto schema dalla *subjective expected utility* (s.e.u.).

(29) Si noti che, poiché il concordato preventivo coinvolge necessariamente accadimenti futuri, la nozione di "controllo" come dominio sugli eventi va assunta non in termine assoluto (il che è irrealizzabile), ma piuttosto in chiave proporzionale, nell'ambito di un'aspettativa ragionevole.

Il parametro utilitaristico considerato sarebbe quello dell'entità del prelievo fiscale: esso può essere ridotto o aumentato tramite l'uso della capacità previsionale. Il contesto vedrebbe il contribuente che tenta di minimizzare il proprio carico fiscale e l'Ufficio, per converso, di portarlo alla massima estensione: notevole le similarità rispetto all'ordinaria contrattazione in cui due parti negoziano il prezzo dello scambio.

La possibilità del raggiungimento di un accordo dipende dall'esistenza di un intervallo tra i *reservation prices* di Fisco e contribuente (30): si giunge al perfezionamento del concordato preventivo solo ove esista un intervallo tra le due previsioni-limite di redditività (31), in particolare tra il minimo che è disposto ad accettare il Fisco e il massimo che è disposto a pagare il contribuente.

Ogni accordo nell'area compresa tra le due previsioni appare vantaggioso per entrambe le parti.

E' però sempre necessario che la previsione del contribuente sia più elevata di quella del Fisco, poiché in caso contrario il contribuente, prevedendo la maggiore convenienza del regime ordinario, non avrebbe incentivi a concordare.

La parte in possesso delle informazioni più rilevanti e della miglior capacità previsionale dovrebbe poter ottenere il risultato migliore, cercando di avvicinarsi il più possibile al *reservation price* dell'altra parte: tanto più il valore del concordato è vicino a tale punto, tanto più aumentano le probabilità che la parte si appropri dei benefici di previsione. Si noti che, a differenza dei negozi in cui si valuta immediatamente il valore soggettivo, nel concordato preventivo la valutazione del risultato è possibile solo al termine del periodo di efficacia (*supra*, § 3.2). Avvicinarsi al *reservation price* altrui non è quindi garanzia attuale dell'appropriazione di una fetta più ampia di benefici: costituisce solo un incremento delle *probabilità* di fare propri i benefici calcolabili *ex post*.

Invece, in tale dialettica, vale il principio generale secondo cui conoscere il *reservation price* altrui può costituire un vantaggio decisivo.

(30) Per una descrizione del modello tradizionale della negoziazione, fondato sull'esistenza di un intervallo tra i *reservation prices* delle due parti, v. KOROBKIN, *A Positive Theory of Legal Negotiation*, 88 *Geo. L. J.* 1789 ss. (2000); per un'applicazione alla transazione cfr. ID., *Aspirations and Settlement*, 88 *Cornell. L. Rev.* 2 ss. (2002). Tale impostazione trova il proprio fondamento (e il proprio limite) nell'accezione di efficienza desunta da Marshall: condivisibili osservazioni in tale senso in D.D. FRIEDMAN, *Law's Order*, Princeton, 2000, 18 ss.

(31) Inclusive peraltro dei costi di adempimento.

All'interno di questo modello, le regole che presiedono alla comunicazione di informazioni possono essere articolate variamente, in relazione alle diverse categorie di eventi indicate sopra al § 3.2 (32). Gli obblighi di *disclosure* possono riguardare, oltre che lo stato attuale dell'attività del contribuente, anche gli eventi futuri connessi ai mutamenti dell'attività, oppure quegli eventi non connessi all'attività ma più genericamente ai mercati.

L'articolazione dei doveri di informazione può risultare decisiva nella determinazione dei vantaggi delle parti. Ove, per esempio, si ritenesse insussistente alcun obbligo di informazione intorno agli eventi macroeconomici, si potrebbe creare un'area di vantaggio per il Fisco, mentre in assenza di obblighi di comunicazione intorno ai mutamenti dell'attività, sarebbe il contribuente ad impossessarsi dei maggiori benefici.

La questione del mantenimento degli effetti del concordato deve poi essere strettamente connessa agli obblighi di informazione: la prima area di rimozione degli effetti deve andare di pari passo con la violazione dei doveri di informazione. Resta però dubbia la demarcazione della seconda area di elisione effettuale, ossia quella connessa agli eventi straordinari che le parti non hanno tenuto in conto (dall'infortunio dell'imprenditore all'improvvisa depressione del mercato). Anche in questo frangente non sembra che esistano principi che garantiscono una sicura selezione del miglior assetto degli interessi: ogni composizione favorisce una delle parti e quindi deve essere disegnata nell'ambito del contesto complessivo.

4.2.2 Ci si può domandare in quale istituto giuridico possa trovare formalizzazione questo modello di ripartizione del rischio fondato sulla ampia autonomia delle parti.

In prima battuta può essere utile il richiamo della figura del contratto aleatorio: a ciò si è portati conferendo peso decisivo all'incertezza nella determinazione del rischio del tributo nel momento in cui si giunge al *quantum* concordato.

La categoria dei contratti aleatori, elaborata da Pothier in opposizione e complemento alla categoria dei contratti commutativi (33), fornisce riferi-

(32) Come dimostrato dai contratti aleatori: si pensi alle diverse regolazioni che presiedono ai doveri di informazione nella rendita vitalizia (in cui si applicano le norme generali in materia di contratto) rispetto a quelle specificamente dedicate all'assicurazione (artt. 1892 e 1893 cod. civ.).

(33) Sulla derivazione della figura del contratto aleatorio dal pensiero di Domat e Pothier: SCALFI, voce «Alea», cit., 254; BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit. L'art. 1964 code Napoleon recitava: «Le contrat aléatoire est une convention réciproque dans les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour l'une o plusieurs

mento unitario a quei contratti in cui l'evento futuro (e incerto) è necessario per la delimitazione delle prestazioni (34). Nei contratti aleatori il rischio incide direttamente sull'oggetto del contratto: da tale presupposto discende l'impossibilità di esperire, ex artt. 1448 e 1469 c.c. la rescissione per lesione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Alla luce di quanto appena scritto sull'essenza del contratto aleatorio, si possono nutrire seri dubbi sulla possibilità che questa figura offra le regole di disciplina del concordato preventivo nella sua configurazione base, ossia ove al contribuente venga garantita la non-imponibilità del reddito eccedente la somma concordata. In questo caso, infatti, il fatto incerto *non* è elemento di determinazione delle prestazioni delle parti, già definite tramite il concordato. Il contribuente si obbliga al pagamento della somma concordata e l'Amministrazione rinuncia al potere di imporre il maggiore reddito secondo le norme ordinarie: l'elemento incerto non definisce la prestazione, ma il vantaggio.

Diversa l'ipotesi, ricorrente nel nostro ordinamento (*infra*, § 5), in cui dal concordato discendano due distinte obbligazioni a carico del contribuente: la prima consistente nel pagamento dell'imposta corrispondente al minimo concordato e la seconda avente per oggetto il pagamento di un'imposta ridotta sul reddito eventualmente eccedente. In questo frangente, l'incertezza nell'andamento dell'attività incide sulla determinazione della prestazione del contribuente: può essere fondatamente discussa la riconduzione del concordato alla categoria dei contratti aleatori (35).

In alternativa, scrutando ancora tra gli strumenti elaborati nel diritto privato, si può pensare di trovare rifugio in un contratto atipico ad alea normale.

E' riconosciuto nell'esperienza civilistica che gli eventi estranei e successivi alla formazione del contratto possono in qualche modo mutare l'equilibrio del sinallagma. Ad alcuni di questi eventi è riconosciuta rilevanza, in par-

d'entre elles, dépendent d'un événement incertain» (tale testo era poi sostanzialmente replicato dall'art. 1102 del cod. civ. italiano del 1865: «E' contratto di sorte o aleatorio, quando per ambidue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto»).

(34) L'alea è necessaria per la determinazione dell'oggetto del contratto aleatorio, concretizzato nello scambio di una prestazione certa con una incerta: NICOLÒ, voce «Alea», cit., 1028 ss.; così l'evento successivo non è fattore di turbamento, ma di integrazione del contratto: BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., 116 ss.

(35) Per le osservazioni intorno alla applicazione di questa tesi ai concordati preventivi realizzati nel nostro ordinamento, si veda però il paragrafo successivo.

ticolare nelle ipotesi in cui si concede la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, mentre in altre ipotesi gli accadimenti successivi vengono ritenuti irrilevanti, rientrando nell'alea normale dei contratti (secondo la lezione dell'art. 1467 secondo comma). Poiché, nell'ipotesi di concordato base (con esenzione del sovra-reddito), le prestazioni sono già perfettamente delimitate, mentre gli eventi successivi al perfezionamento del concordato preventivo determinano la vantaggiosità dell'accordo, anche la matrice dei contratti ad alea normale illimitata può essere di una certa utilità (36).

Venendo al mantenimento degli effetti, si profilano poi due strade, in quanto si può (a) ritenere che l'alea propria del concordato preventivo includa solo quegli eventi riconducibili alle ipotesi frequentista o soggettivista (37), oppure (b) far rientrare il concordato preventivo tra i negozi ad alea normale illimitata (al pari dei contratti di borsa): ne deriverebbe una assai ridotta area di esplicazione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (38).

Ovviamente, la ipotetica riconducibilità ad uno schema privatistico dovrebbe collocarsi all'interno del contesto pubblicistico entro cui si muove il prelievo tributario: sotto questo profilo, la necessità di armonizzazione e di contenimento potrebbe ripetere l'ormai secolare dibattito intorno alla natura dell'accertamento con adesione. Il paniere delle scelte contempla l'identificazione con: un negozio di diritto privato mitigato da norme pubblicistiche, o un contratto di diritto pubblico, o ancora un accordo amministrativo.

Si deve, peraltro, rilevare un punto che differenzia di molto il contesto teorico entro cui si muove il concordato preventivo rispetto a quello in cui si è svolto il dibattito concernente l'accertamento con adesione. Infatti, mentre si poteva rinvenire, con una certa facilità, la sussistenza della funzione di accertamento nell'accertamento con adesione, altrettanto non può dirsi per il concordato preventivo: non è possibile riportare con semplicità l'istituto all'atto di *accertamento* a formazione bilaterale.

Meriterà quindi analizzare con attenzione le scelte legislative per scorgervi l'indirizzo impresso alle realizzazioni dell'istituto (*infra*, § 5): l'opera di qualificazione giuridica dovrà in ogni caso essere accompagnata dall'associa-

(36) Cfr., per un raffronto, SCALFI, voce «Alea», cit., 258, ove tra l'altro si esprime chiaramente il principio tradizionale secondo cui «l'alea normale influisce sul valore della prestazione, non sulla sua determinazione».

(37) Secondo le due principali opzioni descritte in GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, 90 ss.

(38) Sui contratti di borsa come contratti ad alea normale illimitata cfr. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., 127 ss.

zione con un regime degli effetti coerente con la natura propria dell'istituto, che resta quella di condivisione del rischio del tributo.

4.3 Il secondo modello di ripartizione del rischio prende spunto da una diversa descrizione della fase di accordo. Una dialettica concordataria fondata sulla autonomia delle stesse, sulla ricerca della massimizzazione utilitaria e sulla allocazione del rischio nell'intervallo tra i due valori di accettazione potrebbe infatti risultare non rispondente alla modalità di azione delle parti.

Sempre più di frequente vengono evidenziate le carenze dei modelli decisionali fondati sulla s.e.u.: questi si fondano su presupposti di razionalità eccessivamente astratti (39). L'attenzione nei confronti della figura della razionalità limitata (*bounded rationality*), magistralmente introdotta da Simon (40), ha portato alla teorizzazione di una vasta serie di deviazioni nel procedimento decisionale, le cui ricadute nello studio del concordato preventivo possono essere di non poco conto.

Le più recenti teorie che si sono confrontate con il tema della razionalità limitata (e delle potenzialità espansive di questa nell'ermeneutica giuridica) hanno individuato almeno tre figure generali ravvisabili nelle decisioni in situazioni di incertezza (41): 1) *disponibilità* (availability): il calcolo delle probabilità di verificazione di un evento è effettuato dall'agente in dipendenza dalla capacità di raffigurarlo, sulla base delle informazioni già disponibili (42); 2) *rappresentatività* (representativeness): essendo la ricerca delle informazioni attività necessariamente limitata, l'agente cessa la propria

(39) E' noto come negli ultimi trent'anni, alla crisi della s.e.u. sia corrisposta la crescente diffusione della *cognitive economics* e, in ambito giuridico, della *Behavioral Law and Economics*. Sugli sviluppi della nuova economia cognitiva si può vedere RIZZELLO, *L'economia della mente*, III ediz., Laterza, Bari, 2002.

Per una introduzione alla *Behavioral Law and Economics*: KOROBKIN – ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 Calif. L. Rev. 1051 ss. (2000) e SUNSTEIN (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

(40) Sulla centralità dell'opera di Simon per i successivi sviluppi v. GILOVICH-GRIFFIN, *Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now*, 1 ss., in GILOVICH – GRIFFIN – KAHNEMAN (EDS.), *Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 2002; RIZZELLO S., *L'economia della mente*, cit., 74 ss.

(41) Hanno grande influenza in questa prospettiva le opere di KAHNEMAN e TVERSKY, considerate ormai autentici "classici": *Subjective probability: A judgment of representativeness*, 3 Cognitive Psychology, 430 (1972); *On the psychology of prediction*, 80 Psychological Review 237 (1973); *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, 47 Econometrica 263 (1979).

(42) "According to this heuristic principle, one basis for the judgment of the likelihood of a uncertain outcome is cognitive availability; that is, the ease with which this outcome can be pictured or constructed": SHERMAN et al., *Imagining Can Heighten or*

attività cognitiva quando si trova dinanzi ad un'informazione che gli pare decisiva: spesso tuttavia l'agente erra nel determinare la rilevanza dell'informazione (43); 3) *ancoraggio e aggiustamento* (anchoring and adjustment): alcuni elementi vengono ritenuti fondamentali dal decisore, pur non essendo portatori di informazioni utili alla decisione (44): l'«ancora» incide sulle informazioni che vengono selezionate dal soggetto e sull'elaborazione delle stesse (45).

Da queste deviazioni cognitive discende una meno ottimistica raffigurazione della dialettica concordataria: le parti infatti potrebbero formulare previsioni che si allontanano grandemente dallo stato dei fatti, con esiti imprevedibili sia sul raggiungimento di un accordo che sul reddito concordato.

Ciò ha una ricaduta equitativa rilevante nel rapporto tributario, in quanto viene distorta la ripartizione dei carichi: non solo rispetto a quanto dovuto ordinariamente, ma anche rispetto all'intento delle parti (viziato dalle limitazioni cognitive). E, come ormai comunemente assodato, la distorsione ripartitoria ha effetti non solo tra le parti, ma anche -orizzontalmente- sugli altri contribuenti: il concordato preventivo, come gli atti dell'accertamento, esplica rilevanti effetti esterni.

La necessità di limitare l'incidenza delle distorsioni cognitive può allora condurre il legislatore all'imposizione di una più stretta procedimentalizzazione del concordato preventivo, mediante interventi di diverso segno: (a) predeterminazione di minimi previsionali per l'Amministrazione, di modo che l'*anchoring and adjustment* non conduca la parte pubblica a collocarsi su di una previsione eccessivamente ridotta, sulla base della considerazione

Lower the Perceived Likelihood of Contracting a Disease: The Mediating Effect of Ease of Imagery, in GILOVICH – GRIFFIN – KAHNEMAN (EDS.), *Heuristics and Biases*, cit.

In ambito giuridico cfr. EISENBERG, *The limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 Stan. L. Rev. 220 ss. (1995); KOROBKIN – ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 Calif. L. Rev. 1085 ss. (2000).

(43) V. EISENBERG, *The limits of Cognition and the Limits of Contract*, cit., 222.

(44) Un lavoro recente e completo (almeno ai nostri fini!) sui fenomeni di *anchoring* è CHAPMAN - JOHNSON, *Incorporating the Irrrelevant: Anchors in Judgements of Belief and Value*, 120 ss., in GILOVICH – GRIFFIN – KAHNEMAN (EDS.), *Heuristics and Biases*, cit.

(45) CHAPMAN - JOHNSON, *Incorporating the Irrrelevant: Anchors in Judgements of Belief and Value*, cit., 126. All'interno di questa classe di biases si possono far rientrare alcune rilevanti deviazioni, tra cui l'overconfidence e lo hindsight bias, che in alcune ricostruzioni giuridiche sono presentate autonomamente (v. p.e. KOROBKIN – ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, cit, 1091 ss.).

di elementi dell'attività del contribuente solo apparentemente decisivi; (b) configurazione di aree più vaste di elisione degli effetti in presenza di eventi futuri "straordinari", soprattutto per evitare l'*overconfidence* del contribuente e la *representativeness* dell'Amministrazione; (c) ampliamento dei doveri di informazione delle parti.

Il che tocca diversamente la ripartizione dei benefici conseguenti il concordato preventivo, a seconda della misura prescelta: (a) se il limite minimo imposto all'Amministrazione è conosciuto dal contribuente, questi è portato ad abbassare il proprio *reservation price* sino ad avvicinare il limite dell'Amministrazione: quindi il minimo amministrativo orienta in senso assoluto il concordato; (b) l'aumento degli eventi che possono portare alla "risoluzione" del concordato diminuisce l'appetibilità dello stesso, costituendo una nuova serie di costi di adempimento che incidono sulla propensione a concordare di entrambe le parti; (c) l'ampliamento dei doveri di informazione aumenta i costi dell'istituto e comporta il rischio di nuove deviazioni cognitive nell'attribuzione di rilevanza ad elementi marginali.

Tutto ciò indirizzerebbe -per esclusione- l'individuazione dei principi giuridici che reggono il concordato preventivo. Infatti, ci si muoverebbe verso il disegno di un procedimento con maggiori limitazioni per entrambe le parti, allontanandosi certamente dal modello negoziale.

Peraltro, i tre elementi ora indicati, pur costituendo intralcio verso l'utilizzazione di principi contrattuali, aumenterebbero semplicemente l'atipicità dell'istituto. Conducendo alla configurazione di un istituto, avente la forma dell'atto a formazione bilaterale con efficacia costitutiva, continuerebbero a permanere le difficoltà di sistematizzazione evidenziate sopra al § 4.2.2.

5. (b) realizzazioni legislative.

5.1 Dopo aver tentato di delineare alcuni tratti teorici riferibili alle forme di concordato preventivo, rimane l'interessante esercizio dato dalla verifica delle scelte contingenti compiute dal legislatore.

Per ridurre la dispersione dell'analisi, in questo paragrafo si procede considerando in parallelo i caratteri prominenti degli istituti, alla luce dei profili teorici evidenziati in precedenza. Non è infatti possibile elaborare un corretto inquadramento giuridico dei concordati preventivi presenti in legislazione alla luce di monadici elementi: considerata la peculiarità dell'istituto, è necessario descrivere i diversi profili di interesse (indagando l'esistenza della comunanze di linee), per poi tentare una collocazione sistemica (*infra*, § 5.6).

5.2 Tratto comune dei concordati preventivi appare la limitazione a determinate categorie reddituali: in specie, l'applicazione è riservata ai titolari di redditi di impresa o di lavoro autonomo (così da ultimo il c. 499 dell'art. 1 l. 266-2005).

Il fondamento di questa restrizione potrebbe essere ritrovato nella maggiore variabilità (o volatilità, che dir si voglia) di tali redditi: l'impresa ed il lavoro autonomo costituiscono attività dai risultati incerti che incentivano l'appropriazione dei benefici connessi al rischio del tributo (46). L'ostacolo alla configurazione della concordabilità preventiva di altre categorie reddituali sarebbe dato dalla maggiore stabilità dell'entrata nella normalità delle fattispecie. Per vero questa motivazione non è del tutto soddisfacente, perché si danno alcune ipotesi in cui tale ripetizione tendenzialmente costante dell'entrata non sussiste neppure nelle altre categorie reddituali: si può pensare alla retribuzione del lavoratore dipendente quando ricollegata anche ai risultati dell'attività del datore (tramite premi di raggiungimento degli obiettivi etc.) o al reddito di capitale di molti risparmiatori attivi nella negoziazione di titoli.

Sembra giocare allora un ruolo di rilievo anche la volontà di incrementare il tasso di adempimento fiscale dei soggetti ammessi al concordato preventivo. E' noto come, a partire dalla riforma del 1970, sia incrementata la problematicità della *compliance* dei percettori di redditi di impresa e di lavoro autonomo: il concordato preventivo può allora essere inteso come un istituto che, suggerendo ai soggetti passivi la possibilità di un beneficio, li invita ad un adempimento che stabilizza il gettito secondo gli obiettivi indicati sopra.

In questa prospettiva può trovare collocazione il nesso che lega concordati preventivi e studi di settore. Gli studi di settore sono rilevanti nell'orientare la ripartizione del rischio, ma nel concordato preventivo costituiscono anche una scriminante all'accesso: la fruibilità dell'istituto è frequentemente limitata a quei soggetti cui si applicano gli studi stessi (47).

(46) Poiché tanto il Fisco quanto il contribuente possono ritenere di sfruttare a proprio vantaggio tali fluttuazioni.

(47) La vicinanza con gli studi di settore assume diverse forme: nel disegno di legge delega C-2144 e nella legge delega 80-2003 il «potenziamento» degli studi di settore andava di pari passo con l'introduzione del concordato preventivo; nel concordato biennale lo studio di settore costituiva uno strumento della determinazione del *quantum*, ma determinava anche un confine, poichè l'istituto non trova applicazione nei confronti di quei soggetti che per volume dei ricavi o dei compensi superano la soglia prevista per l'applicabilità degli studi. Infine, nella pianificazione e programmazione fiscale si restringe apertamente l'accesso all'istituto a quei soli soggetti cui si applicano gli studi di settore

Ciò può essere imputabile in primo luogo alla caratteristica interna dell'istituto: quando le norme richiedono che il *quantum* concordabile sia indirizzato strettamente dal risultato degli studi di settore (48), questi stessi pongono anche i confini soggettivi di applicabilità. Per altro verso, più in generale, si può pensare che l'esclusione dei soggetti cui non si applicano gli studi di settore dipenda dalle difficoltà che incontrerebbe l'Amministrazione nel ricostruire l'informazione concernente le potenzialità produttive dell'azienda (49): come noto, infatti, gli studi di settore non si applicano in talune fattispecie che comportano occorrenza di scarsa frequenza (p.e. per il volume dei ricavi o per il tempo di esercizio dell'attività) e che quindi potrebbero ingenerare un incolmabile vantaggio conoscitivo del contribuente. Oppure ancora, si può vedere negli studi di settore la funzione di «*marker*», di indicatore dei soggetti di cui è complesso indurre l'adempimento e che quindi meglio si prestano, secondo la tendenza indicata sopra, alle attrazioni del concordato preventivo.

In definitiva, mi pare che le limitazioni dell'ambito applicativo dell'istituto trovino collocazione nell'accennata prospettiva duale, di incertezza dei risultati dell'attività e di incentivo all'adempimento.

5.3 Analizzando gli effetti tipici connessi al perfezionamento dell'istituto, il modello più limpido riscontrabile in legislazione appare quello della l. 289-2002: ogni scostamento rispetto al *quantum* concordato era fiscalmente irrilevante. Così, i maggiori imponibili non erano inclusi nel calcolo del reddito complessivo del contribuente, né era possibile opporre al Fisco la percezione di redditi inferiori a quelli concordati.

Concordato biennale, pianificazione e programmazione variano, invece, l'effetto sostanziale: il reddito eccedente il *quantum* concordato è assoggettato ad una aliquota ridotta.

Nella limitata considerazione della ripartizione dei vantaggi, non sembra che sussista una differenza teorica di grande momento tra la non imponibilità dell'eccedenza e l'imponibilità ad aliquote agevolate. In entrambe le fattispecie il contribuente si appropria dei benefici della previsione: varia solamente l'entità (quantitativa) del vantaggio fiscale. Questa distinzione ha invece rilevanti ricadute sulla considerazione della collocazione sistemica dell'istituto, come chiarito *infra*, § 5.6.

(48) Il che si ha quando il Fisco può concordare solo applicando coefficienti fissi alle risultanze degli studi (ciò è avvenuto in parte con il concordato biennale).

(49) Cfr. *supra* § 3.3 dove si mette in luce come tali caratteristiche siano rilevanti per la determinazione della previsione.

Pure le variazioni in diminuzione rimangono irrilevanti nel concordato biennale e nella pianificazione/programmazione fiscale, in quanto in caso di mancato raggiungimento del *quantum* concordato, l'Amministrazione procede con accertamento parziale al recupero delle somme concordate.

Gli effetti sostanziali disegnati in legislazione appaiono coerenti con la *ratio* propria dell'istituto, che prevede la ripartizione tramite previsione del rischio del tributo: non vi sono osservazioni integrative che possono specificare i modelli teorici indicati sopra. Tuttavia, la considerazione dell'effetto premiale tipico deve essere integrata con la descrizione dei modi attraverso cui le parti possono rimuovere gli effetti dell'istituto (*infra*, § 5.5): solo l'azione combinata di questi due fattori può offrire un segnale chiaro intorno ai vantaggi normativi disegnati nella ripartizione dei benefici.

Quanto agli effetti procedurali connessi all'istituto, il panorama normativo appare meno chiaro.

Si possono infatti intravedere due linee di indirizzo: da una parte alcune disposizioni riducono gli obblighi contabili del contribuente, mentre altre norme inibiscono l'Amministrazione dall'esercizio di taluni procedimenti di accertamento. Lungo la prima direttrice la norma maggiormente evidente appare il c. 9 dell'art. 33 d.l. 269-2003 che, disciplinando il concordato biennale, prevedeva la sospensione dell'obbligo di emissione dello scontrino e della ricevuta fiscale (50). Più diffusa la seconda tendenza: il concordato biennale rendeva inutilizzabile, per le imposte sui redditi, i poteri di cui al secondo comma dell'art. 39 d.P.R. 600-1973 (c.d. accertamento extra-contabile), nonché l'accertamento induttivo-contabile; la pianificazione e la programmazione fiscale, più estensivamente, inibiscono tutti i poteri di accertamento previsti dall'art. 39 cit. con riferimento al reddito concordato.

E' opportuno domandarsi se queste due diverse tipologie di norme siano ascrivibili ai medesimi principi. Ad una prima superficiale analisi la risposta potrebbe sembrare positiva: se le parti giungono alla determinazione preventiva dell'imponibile, non dovrebbero sussistere motivazioni strutturali di sostegno all'utilizzo degli strumenti di controllo, tra cui contabilità e accertamento.

Ad una disamina più attenta, sembra però che solo alcune limitazioni ai poteri di accertamento derivino dalla struttura tipica dell'istituto. Una

(50) In senso diametralmente opposto si veda la disciplina della pianificazione fiscale concordata (specificamente il c. 394, lett. (a) dell'art. 1 l. 311-2004) che recita: «Il contribuente assolve ordinariamente a tutti gli obblighi formali e sostanziali previsti dal d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633». Il dettato è ripreso senza variazioni per la programmazione fiscale dall'art. 1 c. 505 l. 266-2005.

grande erosione dell'area esplicativa dell'accertamento si ha quando il perfezionamento dell'istituto comporti la non imponibilità del sovra-reddito: in tal caso non sussiste alcun interesse del Fisco all'azionamento della macchina dell'accertamento. Diverso appare il caso in cui il reddito eccedente sia colpito con aliquota agevolata: si ha in questa fattispecie l'esigenza di controllare il corretto adempimento del contribuente, il quale potrebbe indicare infedelmente un reddito complessivo inferiore per ottenere un abbuono illecito (51).

Quanto all'alleggerimento degli obblighi contabili, non si può ripetere il dualismo appena intravisto: anche in caso di esenzione del reddito del reddito eccedente, l'impianto delle strutture contabili è utile al Fisco per i controlli concernenti i periodi di imposta successivi e per la collocazione dell'attività all'interno della categoria produttiva. Le disposizioni che sollevano il contribuente da taluni obblighi contabili costituiscono quindi un distinto e ulteriore effetto incentivante, diretto ad aumentare i vantaggi per il contribuente.

5.4 Le leggi n. 289-2002 e 80-2003 non offrono indicazioni di sorta intorno alla fase dialogica e quindi non segnano in maniera chiara la concreta ripartizione del rischio (52). Per contro, indicazioni interessanti provengono dal concordato biennale e dalla pianificazione/ programmazione fiscale.

Il concordato biennale, come già notato, prevedeva una delimitazione del rischio piuttosto rigida, poiché si fondava su aumenti in misura fissa rispetto a quanto dichiarato nei periodi precedenti (con un minimo individuato negli studi di settore). Quindi, il contribuente conosceva a priori l'«offerta» dell'Amministrazione e poteva tentare di prevedere se l'incremento della propria attività potesse superare la soglia pre-individuata. Al contribuente non erano imposti rilevanti doveri di informazione e l'Amministrazione non aveva mezzi

(51) Proprio in questa prospettiva si comprende l'articolazione delle disposizioni che regolano l'accertamento nella pianificazione e nella programmazione: nonostante la cattiva formulazione normativa, emerge un'ampia inibizione concernente il reddito concordato e la permanenza dei poteri di accertamento tesi a rilevare l'infedele dichiarazione del reddito eccedente. Si confronti l'art. 1 c. 507 l. 266-2005 che condiziona l'inibizione amministrativa dai poteri di accertamento alla fedele dichiarazione del contribuente e al rispetto degli obblighi contabili.

A differenza della pianificazione fiscale, che comportava sempre la caducazione dell'inibizione all'accertamento dinanzi all'infedeltà del contribuente, la programmazione prevede il mantenimento degli abbuoni sostanziali (e quindi la riduzione del prelievo), ove il reddito effettivo non ecceda di oltre il dieci per cento quanto dichiarato.

(52) Questo vuoto legislativo costituisce elemento di comunanza con il concordato successivo, istituito in cui la fase dialettica da più di un secolo è -a ragione- taciuta dal legislatore (v. MARELLO, *L'accertamento con adesione*, cit., 147 ss.).

per adeguare il concordato a peculiari caratteristiche del contribuente: una eccentricità efficiente (53) premiava il soggetto passivo che poteva sfruttare le proprie potenzialità, non conosciute nè conoscibili dal Fisco.

Più articolata (e più ambigua) appare la struttura procedimentale della pianificazione e della programmazione. Questa, infatti, prevede che la formalizzazione della previsione avvenga dopo un procedimento unilaterale dell'Amministrazione, entro il quale convergono risultanze statistiche (di categoria e singolari) e «ogni altra informazione disponibile riferibile al contribuente» (54). Al contribuente è lasciata una duplice alternativa: aderire alla proposta o adire un contraddittorio teso alla revisione dell'entità del reddito concordabile. L'accesso al contraddittorio è però assai ristretto dalla legislazione, poiché, nella programmazione, questo è concesso «esclusivamente nel caso in cui il contribuente sia in grado di documentare la non correttezza dei dati contabili e strutturali presi a base per la formulazione della proposta» (55).

La ripartizione del rischio sottesa alla programmazione fiscale suscita almeno due ordini di osservazioni. In primo luogo, l'equilibrio tra dati statistici generali e notizie particolari afferenti il singolo contribuente è in grado di imprimere una direzione univoca al risultato; se prevalgono le risultanze generali dell'anagrafe tributaria, il risultato non è difforme da quello del concordato biennale: il contribuente statisticamente atipico fruisce dei migliori vantaggi (mentre il contribuente che risulta in linea con la ricostruzione statistica è sostanzialmente neutrale rispetto all'adesione). In secondo luogo, la limitazione dell'avvio del procedimento al solo impulso d'ufficio comporta una selezione dei soggetti passivi che può risultare non conducente per l'Amministrazione: se, come visto al § 4.2, perché abbia luogo il concordato è necessaria la presenza di uno iato tra le due previsioni, in modo che la previsione del contribuente sia più elevata di quella dell'Amministrazione,

(53) Rispetto alle medie di settore.

(54) Più concrete determinazioni erano lasciate, per la pianificazione fiscale, alle «note metodologiche per la formulazione della proposta» che ex c. 398 dell'art. 1 l. 311-2004 dovevano essere formulate per il tramite di un decreto ministeriale, mai emanato.

Con la stessa formulazione, l'art. 1 c. 509 l. 266-2005, riferito alla programmazione, prevede l'emanazione di un analogo decreto non regolamentare, avente il medesimo oggetto.

(55) Art. 1 c. 503 l. 266-2005. In questo caso, abbiamo una divergenza di presupposti tra pianificazione e programmazione: la prima, infatti, richiedeva al contribuente di documentare una «evidente infondatezza» dei dati considerati dall'Amministrazione (art. 1 c. 391 l. 311-2004), mentre la seconda richiede semplicemente la «non correttezza». Mi pare che la diversità lessicale vada valorizzata e che, quindi, per la programmazione, qualsiasi scostamento facoltizzi il contribuente al contraddittorio

sarebbe opportuno consentire un facile accesso all'istituto a quei contribuenti confidenti nelle proprie potenzialità reddituali. Invece, nel disegno della pianificazione e della programmazione fiscale sembra che il legislatore tema l'impatto dell'apporto informativo del contribuente: questo viene evitato nel procedimento ordinario (56) e, ove intervenga, è circondato di cautele asimmetriche: l'art. 1 c. 508 l. 266-2005 comporta la caducazione degli effetti ove la pianificazione fiscale concordata sia fondata su elementi comunicati dal contribuente e dimostratisi non rispondenti al vero (57).

I concordati preventivi realizzati nel nostro ordinamento appaiono, in definitiva, tesi alla neutralizzazione del dialogo, preferendo un modello unilaterale, in cui spetta all'Amministrazione formulare il reddito preventivo, con scarse possibilità di integrazione informativa da parte del contribuente.

Questo tipo procedimentale presenta i vantaggi dati dalla maggiore snellezza e rapidità (con la corrispondente riduzione dei costi di informazione e transazione), ma desta qualche dubbio intorno all'efficacia complessiva. L'individuazione unilaterale del reddito futuro da parte del Fisco rischia di essere formulata in assenza di informazioni rilevanti, connesse a fondamentali caratteri dell'attività non conosciuti dall'Amministrazione (come indicato al § 3.2).

La ripartizione del rischio non avviene quindi sulla base della divergenza di previsioni in relazione ad una base informativa condivisa, ma piuttosto a partire da informazioni in parte differenti. Il che, in ipotesi di *deficit* informativo del Fisco, può forse costituire un generico vantaggio per il contribuente, ma rischia di ridurre di molto l'applicabilità dell'istituto. Infatti, una volta che si sia garantita la correttezza del dialogo (con la previsione della caducazione degli effetti in caso di comunicazioni infedeli), le informazioni provenienti dal contribuente non possono essere considerate apoditticamente *misleading* per l'Amministrazione, ma anzi pongono le basi per l'individuazione di nuove aree di concordabilità (58).

(56) Nell'ipotesi, descritta sopra, in cui sussiste l'erroneità dei dati presi in considerazione dall'Amministrazione abbiamo un vero contraddittorio tra Ufficio e contribuente. Invece, l'art. 1 c. 502 l. 266-2005 delinea una fattispecie in cui l'avvio del procedimento dipende dall'istanza del contribuente, ma la formulazione rimane unilaterale, nell'ipotesi in cui siano notificati al contribuente processi verbali di constatazione, avvisi di rettifica e accertamento, inviti al contraddittorio ai fini dell'accertamento con adesione.

(57) Di nuovo, la programmazione impone la considerazione di un'area di irrilevanza, sconosciuta alla pianificazione: la difformità tra dati effettivi e dati forniti dal contribuente deve comportare uno scostamento superiore al cinque per cento degli imponibili proposti.

(58) Si nota ancora che, invece, il regime della programmazione fiscale sembra

E, ulteriore ricaduta negativa, non è dato scorgere un fondamento razionale per il criterio discrezionale che può orientare il Fisco, in un procedimento unilaterale, nella scelta dei soggetti ammessi: l'esclusione rischia di essere rapsodica.

5.5 Due aree di rimozione degli effetti discendono dall'assetto del procedimento e sono riconducibili alla violazione dei doveri di lealtà.

Intanto hanno rilievo le condotte del contribuente contrarie ai doveri di informazione previsti dai concordati preventivi realizzati in legislazione: l'art. 1 c. 397 l. 311-2004 costituisce un modello esemplare, sancendo la caducazione degli effetti ove risulti la falsità degli elementi offerti dal contribuente nel contraddittorio eventuale della pianificazione fiscale concordata. In secondo luogo, ove il concordato prevede l'imposizione ridotta dell'extra reddito, la normativa ricollega l'infedeltà nella dichiarazione del reddito complessivo alla rimozione degli effetti tipici (59): non si ammette al regime fiscale *premierale* il soggetto che non adempie agli obblighi di verità impostigli (60).

Una ulteriore fattispecie in cui vengono meno gli effetti del concordato non dipende necessariamente dalla coerenza interna dell'istituto, ma piuttosto da una opzione di politica legislativa: il mancato raggiungimento del reddito minimo concordato in un periodo di imposta può dare luogo alla caducazione degli effetti per un periodo variabile. Nella direzione della perdita di effetti per tutti i periodi di imposta è orientato il c. 11 dell'art. 33 d.l. 269-2003 che prevede la decadenza dai benefici e il recupero tramite accertamento parziale dei redditi concordati. Appare meno chiara la formulazione della norme relative alla pianificazione e alla programmazione fiscale: l'art. 1 c. 395 l. 311-2004 e l'art. 1 c. 506 l. 266-2005 non dispongono *expressis verbis* la perdita di efficacia del concordato preventivo, ma solo la ripresa per il mezzo dell'accertamento parziale; tale argomento letterale appare, però, decisivo, poiché nelle altre ipotesi in cui la programmazione perde efficacia anche per

destinato a lasciare fuori dal campo di applicazione molti contribuenti che, con un diverso assetto procedimentale, avrebbero potuto esprimere una previsione diversa e superiore rispetto a quella dell'Amministrazione.

(59) Cfr. l'art. 1 c. 507 l. 266-2005, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 1 c. 396 l. 311-2004 (sebbene la norma attualmente vigente contempri uno scarto irrilevante del dieci per cento).

Come indicato anche nel seguito, mancando una disposizione espressa che sancisca la perdita di effetti per tutti i periodi di imposta considerati, si deve ritenere che l'elisione effettuale riguardi solo il periodo di imposta in cui si verifica l'infedeltà.

(60) Ove il sovra-reddito non fosse imponibile, una simile causa di elisione effettuale potrebbe comunque avere fondamento nelle necessità di controllo dei periodi successivi.

i periodi successivi, ciò è indicato espressamente in legislazione (p.e. art. 1 c. 509 l. 266-2005) (61).

Si noti, peraltro, che in tale fattispecie il Fisco *non* rinuncia all'imposta corrispondente al reddito minimo concordato per l'anno in cui il reddito è stato inferiore alle aspettative (62).

Peraltro, appaiono assai più interessanti le ipotesi di caducazione degli effetti diverse da quelle ora considerate e riferite agli eventi ritenuti -in qualche accezione- straordinari. La questione risulta di difficile stabilizzazione, perché involge la struttura intima dell'istituto: i concordati preventivi si fondano sul presupposto della variabilità dei redditi concordati e quindi della rilevanza di eventi non considerati dall'altra parte o da questa valutati diversamente. Si comprende quale sia -in questa prospettiva- la difficoltà connessa alla delimitazione degli eventi eccezionali.

Tanto il concordato biennale quanto la pianificazione e la programmazione fiscale prevedono una ipotesi di rimozione effettuale favorevole al contribuente: ove il soggetto passivo non raggiunga il reddito concordato in dipendenza di «documentati accadimenti straordinari e imprevedibili», decadono gli effetti tipici e il reddito del periodo in cui hanno avuto luogo i suddetti eventi viene determinato per mezzo di accertamento con adesione (63).

La locuzione normativa echeggia l'art. 1467 cod. civ. che, disciplinando la risoluzione per eccessiva onerosità, la subordina al verificarsi di «avvenimenti straordinari e imprevedibili». La ripetizione della formula civilistica non appare particolarmente felice, perché straordinarietà e imprevedibilità sono qualità che assumono forme diverse a secondo delle concezioni probabilistiche cui si vuole accedere. Se la «ordinarietà» può essere intesa in senso frequentista (per cui un evento che non si ripeta regolarmente rivestirebbe questa qualità, indipendentemente dalla frequenza nelle ripetizioni), la prevedibilità richiama stati cognitivi soggettivi assai labili (64). L'utilizzo, nel

(61) La perdita dei benefici limitata al solo anno in cui si verifica lo scostamento è confermata dalla stessa Amministrazione: Circ. 10-2005, punto 2.2.

(62) Diversamente avviene in talune ipotesi, connesse alla verifica di avvenimenti «straordinari», di cui si dà conto nel seguito.

(63) Così il c. 9 dell'art. 33 d.l. 269-2003 nel testo risultante dopo le modifiche apportate dalla legge di conversione; recepiscono la formula l'art. 1 c. 395 l. 311-2004 e la l'art. 1 c. 506 l. 266-2005.

Per la soluzione di problematiche simili negli abbonamenti *retrò*, cfr. GIANZANA, voce *Abbuonamento ai dazi di consumo*, cit., 54-55, che riconduce la fattispecie alla disciplina del caso fortuito e della forza maggiore (e alle eventuali -derogatorie- pattuizioni nell'accordo di abbonamento).

(64) Per la «natura obiettiva» del carattere della straordinarietà e per la «radice soggettiva» della prevedibilità cfr. Cass. civ., Sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661.

testo legislativo, del connettore inclusivo «e» comporta poi che entrambe i caratteri dell'evento debbano ricorrere: il fatto che determina il mancato raggiungimento deve essere tanto anomalo in prospettiva frequentista, quanto non raffigurabile dal contribuente. Si pensi al caso del fallimento (o delle difficoltà organizzative) di un fornitore primario dell'impresa: il fatto può essere considerato straordinario, ma se il contribuente è -al momento del perfezionamento del concordato- a conoscenza delle difficoltà del fornitore, l'evento non avrà rilevanza. Il che dipende poi dalla anomala distribuzione dei doveri di informazione: se la legislazione avesse configurato una attività dialettica più incisiva, l'attributo della prevedibilità avrebbe perso parte della propria rilevanza, perché le parti avrebbero potuto condividere l'informazione (nell'esempio le difficoltà del fornitore) e concordare sulla base della diversa rilevanza attribuita alla stessa.

Non offrendo rilievo al fattore del controllo dell'evento (*supra*, § 3.4), ma valorizzando il fattore soggettivo, pare che i concordati preventivi realizzati diano poi vita ad una fattispecie di elisione effettuale assai incerta negli esiti (65): l'indagine della sussistenza dell'elemento soggettivo (la prevedibilità) appare assai ardua tanto nella fase giurisdizionale quanto nella fase procedimentale-amministrativa.

Anche dinanzi all'evento eccezionale vi è asimmetria nella ripartizione dei benefici, risultando svantaggiata l'Amministrazione. Quest'ultima, infatti, non può lamentare la straordinarietà dell'evento positivo (che comporta un elevato sovra-reddito per il contribuente) per ottenere una riduzione di efficacia della pianificazione fiscale concordata: solo la variazione dell'attività (66), ex art. 1 c. 509 l. 266-2005, è idonea a far cessare gli effetti dell'istituto. Di nuovo si è disegnato il concordato avendo riguardo all'*appeal* dello stesso, temendo che la presenza di aree troppo vaste di recesso del Fisco diminuissero le possibilità di perfezionamento.

L'obiettivo, comunque, non si può dire completamente raggiunto, in quan-

(65) Si noti che nella vigenza dell'efficacia pluriennale dell'accertamento, la soluzione adottata era -più coerentemente- improntata all'osservazione oggettiva, come ben evidenziato nel seguente passo: «La stabilità degli accertamenti copre con la sua presenza di costanza il normale flusso degli elementi della fattispecie continuativa: ma non contraddice alla presunzione il rilievo individuale di fatti che si pongono come eccezionali rispetto a quel normale flusso»: così VANONI, *Stabilità ed unicità dell'accertamento dei redditi «una tantum» nell'imposta complementare*, in *Riv. dir. fin.*, 1942, II 53 ss. e 109 ss., ripubblicato in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Milano, 1961, 462.

La legittimazione normativa agli accertamenti *una tantum* si ritrova agli artt. 7 - 8 l. 8 giugno 1936 n. 1231.

(66) Ex art. 1 c. 398 l. 311-2004 e art. 1 c. 509 l. 266-2005.

to il concetto di «variazione dell'attività» si presta ad interpretazioni diverse che possono minare la certezza degli effetti. All'interno del testo normativo, ricorrono almeno due significati del termine attività: il primo «micro», connesso alla specifica serie di atti svolti dal contribuente, al comma 499, e il secondo «macro», riferito al settore cui è ascrivibile il contribuente, al comma 501 (67). Benché la controllabilità dell'evento non sia stata assunta come criterio discrezionale, sembra che la variazione dell'attività, nell'attuale contesto non-dialogico, vada assunta nel senso maggiormente restrittivo, ossia con riferimento alla specifica organizzazione del contribuente, di modo da evitare alcune improprie appropriazioni dei benefici (68).

Infine, si deve ancora dare conto dell'assenza, nella legislazione dedicata ai concordati, di indicazioni utili ad acclarare il regime dei vizi della volontà. Si è visto in questi paragrafi come la rilevanza della conoscenza e dei doveri di informazioni venga assoggettata ad un regime peculiare e disorganico che non offre la possibilità di una ricostruzione limpida dei vizi della volontà. Si pensi all'errore sulle caratteristiche dell'attività: esso è tendenzialmente trascurato dalla legislazione. La medesima instabilità si registra trattando del dolo: è riconducibile alla condotta dolosa l'ipotesi del contribuente che fornisca dati non veritieri nelle ristrette fattispecie di contraddittorio previste dalla pianificazione e dalla programmazione, mentre mancano raffigurazioni normative di condotte dolose da parte dei funzionari dell'Agenzia.

5.6 Come dimostrato da queste fattispecie problematiche, i concordati preventivi realizzati dalla normativa costituiscono un oggetto alquanto complesso per l'analisi sistemica.

Paradossalmente, l'operazione più semplice potrebbe essere la collocazione di quei concordati preventivi che sanciscono la non imponibilità del sovra-reddito, poiché costituiscono una alternativa all'accertamento, comportando la caducazione di molti doveri di fedeltà e svuotando il potere di rettifica dell'Amministrazione. Se il sovra-reddito è escluso da imposizione, la funzione dell'atto è eminentemente costitutiva e l'accertamento dell'inveramento

(67) Volendo esemplificare, si prenda in considerazione un'attività di trasformazione di alimenti: il passaggio alla trasformazione di un oggetto parzialmente differente (p.e. dalla frutta comune alla frutta esotica) comporta variazione negli sfridi, nei costi di acquisto, di ricarica etc., tale da far considerare, nell'accezione «micro», intervenuta la variazione dell'attività, mentre altrettanto non può dirsi se si considera il mutamento nell'ambito del settore produttivo, poiché in tale prospettiva non vi sarebbe mutamento degno di attenzione (si rimarrebbe sempre nell'ambito delle trasformazioni alimentari).

(68) Per una soluzione incentrata sugli studi di settore, v. Circ. 10-2005: la variazione di attività rilevante sarebbe quella che comporta il mutamento di studio di settore applicabile.

del presupposto -interpretato secondo le regole ordinarie- diviene operazione inutile. In questo contesto, concordati preventivi ed accertamento si allontanano per l'eterogeneità delle funzioni e sono regolati da principi e norme non sovrapponibili.

Ad oggi, però, sono prevalse quelle forme di concordato che non possono essere definite autenticamente alternative all'accertamento, perché, come visto, l'imposizione del sovra-reddito con aliquote agevolate presuppone comunque la permanenza latente dei poteri di accertamento che, in caso di infedeltà, riprendono quasi completamente l'estensione originaria.

Con la pianificazione e la programmazione, l'obbligazione tributaria è scissa in due componenti: la determinazione del reddito caratteristico e del sovra-reddito. Mentre la prima ha la stessa matrice concettuale dei concordati preventivi che escludono il sovra-reddito, perché rende irrilevante il concreto atteggiarsi del presupposto e quindi la sua ricognizione a posteriori da parte dell'Amministrazione, la seconda componente può essere studiata anche nel prisma dell'accertamento ordinario.

Proprio questa scissione tra le due tipologie di obbligazioni discendenti dalla programmazione fiscale offre *in apparenza* un indizio sistemico.

Come visto sopra, mentre i concordati che prevedono l'esenzione del sovra-reddito sono assai difficili da avvicinare ai contratti aleatori, in quanto la prestazione non è determinata dal fatto incerto (69), i concordati che -come la programmazione e la pianificazione- lasciano che una parte dell'obbligazione dipenda dal risultato dell'attività (fatto incerto) sembrano poter essere avvicinati alla categoria contrattuale indicata.

Eppure questo appiglio si dimostra fragile: va considerato, infatti, come la normativa abbia delineato, tanto nel concordato biennale quanto nella pianificazione/ programmazione, l'ipotesi di elisione effettuale per «accadimenti straordinari e imprevedibili» (70). Questo tratto dell'istituto contrasta frontalmente con la categoria dei contratti aleatori, per i quali è espressamente esclusa la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ma anche con i contratti ad alea normale illimitata, per i quali l'art. 1469 cod. civ. viene svuotato: poiché queste tipologie contrattuali hanno tra i caratteri primari proprio l'impossibilità di esperire rimedi in caso di eventi «straordinari e imprevedibili», è assai arduo credere ad una assimilabilità tra concordati preventivi e contratti aleatori.

Si dovrebbe ricondurre l'istituto al genere, pur in presenza di una espressa deviazione normativa rispetto ai caratteri fondanti il genere stesso, il che

(69) *Supra*, § 4.2.2.

(70) *Supra*, § 5.5.

appare una contraddizione insanabile. I concordati preventivi sono strumenti di ripartizione del rischio, così come i contratti aleatori, ma hanno ad oggi un assetto normativo che non permette di sovrapporre i due tipi.

Se si focalizza l'attenzione sulla funzione, si comprende poi come non sia neppure facilmente riproponibile quanto sostenuto da parte della dottrina in merito all'accertamento con adesione, ossia il contemperamento tra il contenuto privatistico e l'involucro pubblicistico dato dall'accordo amministrativo (71). Infatti, oltre alle menzionate difficoltà di assimilazione della categoria dei contratti aleatori, va ribadito che qui l'accordo non si può considerare sostitutivo del procedimento (72), per due ordini di motivi: (a) perché l'individuazione del reddito caratteristico non ha la funzione dell'accertamento, ma delimita una obbligazione tributaria minimale e generalmente indifferente all'inveramento del presupposto reddituale e quindi non si può dire «sostitutivo», in quanto non prende luogo di alcun atto presente nell'attuale procedimento tributario e (b) perché, mentre l'accordo amministrativo è ideato come forma di ricostruzione cognitiva eminentemente bilaterale (73), i concordati preventivi realizzati, e in specie la pianificazione e la programmazione, sono disegnati come procedimenti in cui l'obbligazione tributaria è determinata unilateralmente e l'apporto del privato è -purtroppo- limitato alla recezione.

Ci si trova dinanzi ad istituti che ripartiscono il rischio del tributo tra contribuente ed Amministrazione e che si avvicinano più al modello di cui al § 4.3 che a quello di cui al § 4.2: programmazione e pianificazione limitano in parte gli effetti delle previsioni delle parti, prevedendo fattispecie di risoluzione dinanzi ad eventi straordinari e delimitando, per la parte pubblica, linee guida (rigide e conoscibili) fondate sugli studi di settore.

In definitiva, si deve rilevare che la attuale *atipicità* della funzione sottesa all'istituto (la ripartizione del rischio) si estende coerentemente ai tratti costitutivi dello stesso e impedisce un facile inserimento sistematico.

L'atto che perfeziona la programmazione ha un *carattere duale* che contempera natura costitutiva indipendente dal presupposto effettivo (in relazio-

(71) Cfr. l'ampia ricostruzione di VERSIGLIONI, *Accordo e disposizione nel diritto tributario*, Milano, 2001, spec. 479 ss.

(72) Il carattere sostitutivo poteva essere più facilmente sostenuto dinanzi all'accertamento con adesione, in quanto l'istituto si pone come uno degli strumenti dell'accertamento.

(73) Cfr. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ediz., Giuffrè, Milano, 2002, 505, ove «L'accordo è strettamente legato al tema della partecipazione», e, sulla medesima linea, anche FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2002, 176.

ne al reddito caratteristico) e effetto dichiarativo correlato alla realizzazione del presupposto (per il reddito eccedente) (74).

Allo stato della legislazione, attribuire prevalenza ad uno di questi caratteri, a discapito dell'altro, non trova riscontri normativi. Il che non appare un risultato pregevole nel prisma della stabilità ermeneutica, ma rappresenta l'unica ipotesi non nullificante dei due opposti istituti che caratterizzano i concordati realizzati: (a) la ripresa tramite accertamento parziale del reddito caratteristico indipendentemente dalla percezione; (b) il rilievo delle infedeltà dichiarative del sovra-reddito.

L'interprete, se necessario, potrà scindere le due componenti per applicare alla prima i principi propri della ripartizione del rischio del tributo e alla seconda i principi ordinari in materia di accertamento.

Così, si può ipotizzare una collocazione per le questioni di impugnabilità non risolte dalla legislazione. In particolare, nel caso di errore nella cognizione dei dati presi a base della formulazione della proposta poi accettata dal contribuente, mi pare che si possano applicare i principi generali in tema di annullabilità dell'atto amministrativo: l'atto costitutivo della programmazione sarà impugnabile entro sessanta giorni dall'accettazione (75); infatti, l'errore sul presupposto del provvedimento e quindi sulla conoscenza dei fatti idonei a ripartire il rischio del tributo, conduce ad una previsione delle parti fortemente distorta con una conseguente erronea ripartizione del rischio (e del tributo) che non appare degna di tutela. Quanto alle controversie che possono sorgere in relazione agli eventi che legittimano la rimozione degli effetti (su tutti: gli eventi straordinari e imprevedibili e la variazione dell'at-

(74) Sull'effetto dichiarativo degli atti costitutivi cfr. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, VIII ediz., Torino, 2003, 171.

(75) L'azione tenderà all'annullamento della programmazione in tutti i suoi effetti: tanto relativi al reddito caratteristico, quanto relativi al sovra-reddito. Nulla osta, peraltro, al perfezionamento di una nuova programmazione fiscale, fondata su dati corretti e condivisi.

Non credo si possa sostenere che l'impugnazione è inibita dall'art. 1 c. 503 l. 266-2005, nella parte in cui prevede che ove «il contribuente sia in grado di documentare la non correttezza dei dati contabili e strutturali presi a base per la formulazione della proposta» questi possa definire la proposta amministrativa in contraddittorio. La ristretta legittimazione all'apporto di dati da parte del contribuente nella fase procedimentale non costituisce infatti una preclusione alla successiva impugnazione dell'atto perfezionato: il legislatore, con il c. 503, ha voluto dare un'impronta al metodo di formazione dell'informazione (*supra*, § 5.4), senza con ciò voler disciplinare alcun profilo della patologia dell'atto. Senza contare che nelle ristrette ipotesi in cui l'ordinamento prevede la non impugnabilità di un provvedimento che delimita l'obbligazione tributaria, l'impugnabilità è sancita espressamente.

tività, di cui al § 5.5), pare che queste possano essere trattate similmente a quanto avviene per gli atti dell'accertamento: siamo dinanzi ad azioni tese a rilevare la sussistenza di condizioni modificative dell'obbligazione tributaria, per il tramite dell'annullamento dell'atto di diniego e del provvedimento di concordato.

6. Rischio, previsione, principi della Costituzione fiscale: quale integrazione?

6.1 I concordati preventivi incidono sulla distribuzione dei carichi, rendendo rilevante la capacità previsionale delle parti. Ciò suscita interessanti questioni, in quanto nel nostro sistema si tende a connettere l'entità della prestazione agli elementi oggettivi espressi dal presupposto, in applicazione della interpretazione secondo cui il presupposto deve esprimere una valenza «economica».

E' legittimo domandarsi come l'imposizione ricollegata alla capacità previsionale delle parti possa trovare una collocazione omogenea in questo *framework*, scindendo le argomentazioni a seconda delle prospettive considerate.

6.2 In primo luogo, si può discutere *in apicibus* della capacità previsionale come di un idoneo criterio di riparto intersoggettivo.

Il concordato preventivo non ha solo una ricaduta verticale, che involge l'ente impositore e il contribuente, ma anche un effetto orizzontale: ove il contribuente, tramite una corretta previsione, riesca a ridurre il proprio carico, l'ente impositore -per mantenere invariati i livelli delle entrate- dovrà correggere la distribuzione dei tributi tra gli altri consociati (76). Poiché la capacità previsionale non ha una chiara valenza di mercato, si potrebbe teorizzare un frontale contrasto tra l'art. 53 Cost. e la legislazione istitutiva dei concordati preventivi.

A questa tesi si possono però opporre due ordini di considerazioni.

Intanto, può essere ripetuta anche per i concordati preventivi la giustificazione che aveva orientato la celebre sentenza della Corte cost. n. 16/1965, ossia la rilevanza dell'incentivo alla produzione: se, in relazione all'imposizione su base catastale, la Corte aveva rilevato la dignità del fine di ottenimento della «congrua utilizzazione del bene», nel caso dei concordati

(76) L'effetto di correzione è più grave che in altre forme di condivisione del rischio del tributo, in particolare nella imposizione catastale: in queste il Fisco può conoscere da subito il livello delle entrate e stimare la perdita di gettito, mentre nei concordati preventivi ciò può avvenire solo a posteriori.

preventivi l'estensione del *dictum* porta a ritenere che l'individuazione del reddito tipico comporta per il contribuente anche uno stimolo alla maggiore redditività (77). Una volta che si sia ammesso che l'imposta presenta, a latere della funzione distributiva, anche una funzione di incentivo, ne discende che i concordati preventivi appartengono al genere degli istituti fiscali incentivanti (78); quindi possono contrapporre alla tensione verso il reddito «effettivo» un valore costituzionalmente rilevante, in quanto la maggiore produttività comporta non solo un aumento di utilità del singolo, ma anche ricadute positive sulla collettività (79). L'utilizzo maggiormente fruttuoso infatti non solo gratifica il titolare, ma ha esternalità positive per gli altri consociati, aumentando le possibilità di crescita complessiva, realizzando quel progresso materiale della società richiamato dall'art. 4 Cost. e che prende avvio dalle attività dei singoli.

Inoltre, la struttura comune a concordato biennale e pianificazione /programmazione contempla una ipotesi, favorevole al contribuente, di rimozione degli effetti in presenza di eventi straordinari: tale carattere dell'istituto rende i concordati ulteriormente coerenti con il quadro costituzionale, perché consente il ritorno ai criteri ordinari di tassazione in presenza di eventi non considerabili nella fase prognostica (80).

6.3 In secondo luogo, si potrebbe rinvenire nei concordati preventivi una forma di catastizzazione attuata per via procedimentale, contraria al principio di personalità (ed effettività) dell'imposta (81): potrebbero essere criti-

(77) Ritiene illegittima questa estensione della lettura «meritocratica» in quanto contrastante con il canone della capacità contributiva e con il fondamento solidaristico d'imposta: TOSI, *Su un'ipotesi di tassazione del reddito normale: problematiche applicative e costituzionali*, in *Riv. dir. fin.*, 1990, I, 117 ss.; ID., *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, cit., 466 (con riferimento anche alla lesione del diritto di intrapresa).

(78) Poiché il contribuente ha interesse a incrementare la propria quota di sovra-reddito, aumentando il proprio vantaggio fiscale.

(79) Al momento si prescinde dalle questioni concernenti il rispetto del principio di riserva di legge (infra, § 6.3)

(80) Piuttosto, potrebbe lamentarsi l'asimmetria della revoca degli effetti, in quanto l'Amministrazione, dinanzi agli eventi straordinari, non gode degli stessi diritti del contribuente. L'attribuzione all'Amministrazione delle medesime potestà concesse ai soggetti passivi renderebbe ancora più solida la costituzionalità dell'istituto.

(81) Si vedano l'intervento di DE MITA, *Formula atipica, a rischio l'equità*, in *Sole* 24 ore, 10 agosto 2003, che intravede nell'istituto una "catastizzazione arbitraria, senza sicure basi realistiche" e i dubbi, relativi, al concordato triennale preventivo di CONTE, *Accertamento tributario ed esperimenti innovativi di planning fiscale: la pianificazione fiscale concordata*, cit., 292 ss.

cate tanto la debenza del tributo nelle ipotesi in cui il contribuente non abbia raggiunto il minimo concordato, quanto l'eventuale centralità degli studi di settore nell'elaborazione delle previsioni amministrative.

Anche questa tesi presenta però qualche debolezza, in quanto non è possibile trascurare l'*opzionalità* del concordato. A differenza dell'imposizione su base catastale, il concordato preventivo non è nel nostro sistema un istituto ad applicazione obbligatoria: entrambe le parti possono decidere se accedervi o meno. Nell'ambito di una lettura «difensiva» della Costituzione fiscale, intendendo quindi la Carta come un primario catalogo delle garanzie del contribuente contro l'arbitrio fiscale (dell'Amministrazione e del Parlamento), la volontarietà sottostante l'istituto è forse sufficiente a garantirne la costituzionalità: il contribuente rinuncia volontariamente alla tassazione ordinaria e quindi accetta gli effetti della propria scelta (82).

In particolare, *accetta la intrinseca rischiosità* del concordato preventivo e la impossibilità di determinare a priori la vantaggiosità dell'istituto: va adeguata al contesto quella (minoritaria) giurisprudenza della Corte costituzionale che vuole la razionalità delle scelte fiscali ricollegata alla conoscibilità del risultato economico della scelta stessa, nel senso che il contribuente non può conoscere «con assoluta precisione il risultato economico della definizione da darsi alla pendenza» (83), ma che comunque può valutare la semplice «convenienza economica» dell'istituto, dipendente dai diversi esiti reddituali dell'attività (84).

Peraltro, possono dissiparsi i dubbi anche ove si preferisca una lettura solidaristica della Costituzione fiscale (intravedendo quindi la Costituzione come

(82) Una tale linea era già stata sostenuta da parte della dottrina in relazione all'accertamento con adesione: cfr. BATISTONI FERRARA, voce *Accertamento con adesione*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. II, Milano, 1998, 28 ss. Sull'analisi del ruolo della facoltatività nelle forfettizzazioni, cfr. poi TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999, 118 ss. che, peraltro, distingue chiaramente le opzioni esercitabili prima del verificarsi del presupposto d'imposta da quelle da esercitarsi in seguito al suo inveroamento; sulla costituzionalità della scelta opzionale di meccanismi di anticipazione finanziaria v. poi BORIA, *Alcune considerazioni intorno all'ipotesi de jure condendo di un abbonamento fiscale*, in *Rass. trib.*, 1999, 1143.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, spesso la *opzionalità* di un trattamento forfettario (e la corrispondente possibilità di scegliere il trattamento ordinario) è sufficiente a garantire la costituzionalità dello stesso: Corte cost. 11 febbraio 1988, n. 161; Corte cost. 11 dicembre 1997, n. 384; Corte cost. 11 dicembre 1997, n. 393; Corte cost. 25 luglio 2002, n. 395, tutte in *cortecostituzionale.it*.

(83) Come vorrebbe Corte cost. 172-1986, cit., in materia di condono.

(84) La sufficienza della generica valutazione della convenienza si ritrova in Corte cost. 393-1997, cit. e Corte cost. 92-1998, cit. e pare maggiormente coerente con l'assunto secondo cui al contribuente deve essere lasciata la possibilità di un'azione razionale.

luogo di fissazione dei principi generali in materia di distribuzione orizzontale dei carichi), poiché l'istituto non comporta né la disposizione amministrativa della pretesa, né una ripartizione dei carichi contraria ad equità. Infatti, non si può dire che sussista la disposizione della pretesa da parte del Fisco, in quanto prima dell'avveramento del presupposto la pretesa stessa non ha ancora entità definita.

Tale inquadramento contribuisce a depotenziare l'ipotesi di conflitto tra normativa inerente i concordati e Costituzione e, piuttosto, a riportare l'istituto all'interno di quell'ampio *genus* di fattispecie in cui il contribuente può optare tra una pluralità di trattamenti normativi (inducenti un diverso carico fiscale): dinanzi a queste aree di esplicazione della volontà fiscale non è dato ravvisare una illecita disposizione del diritto all'imposta.

6.4 In terzo luogo, potrebbe essere rilevata la lesione del principio di eguaglianza, in relazione all'ambito applicativo soggettivo. L'esperienza normativa mostra come i concordati preventivi nel nostro ordinamento siano riservati ai percettori dei redditi di impresa e di lavoro autonomo: si può pensare che l'istituto compia una delimitazione dei soggetti ammessi non coerente con la *ratio* che lo impronta e che anche i percettori di alte categorie reddituali debbano essere ammessi alla fruizione del concordato.

Come indicato sopra al § 5.2, sembra che le restrizioni tipologiche dei soggetti ammessi rispondano a due diversi intenti: un primo, pretensivo, di stimolo all'adempimento per quelle categorie reddituali più frequentemente oggetto di evasione e un secondo, correlato all'oggetto dell'istituto, secondo cui le attività coinvolte sono quelle di cui è maggiormente complesso predire il risultato.

Se si ritiene che le due *rationes* siano correlate inscindibilmente, deriva da questo presupposto la razionalità dell'attuale limitazione dell'istituto, in quanto il recupero della lealtà fiscale dei percettori dei redditi di impresa e di lavoro autonomo avrebbe un ruolo determinante nella fondazione della delimitazione soggettiva.

Ora, sembra a chi scrive che, allo stato della legislazione, gli istituti di determinazione preventiva si possano ascrivere proprio a questo ambito concettuale e che quindi l'estensione soggettiva si dimostri coincidente e coerente con la *ratio* dell'istituto. Gli elementi riscontrati in precedenza paiono non equivoci: in particolare, la stretta correlazione imposta, a partire dalla l. 80-2003, con gli studi di settore dimostra l'intenzione di istituire un modello alternativo di adempimento per i soggetti destinatari degli studi stessi.

Per altro verso, se il legame con gli studi di settore fosse stato più fiavole, si sarebbe potuto dubitare della ragionevolezza della limitazione soggettiva, perché, come già accennato al § 5.2, non solo i redditi di lavoro autonomo e di

impresa possono avere risultati mutevoli: anche i redditi di lavoro dipendente e di capitale possono manifestare i caratteri necessari per una utile fruizione opzionale dei concordati preventivi.

6.5 In quarto luogo, si potrebbe intravedere nei concordati preventivi una lesione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., nella parte in cui l'istituto consente una determinazione del debito di imposta rimessa al potere amministrativo, con particolare riferimento al reddito caratteristico. Si criticerebbero l'indipendenza dalla disciplina normativa ordinaria e l'assenza -nella disciplina della pianificazione/programmazione- di indicazioni sul ruolo assunto dagli studi di settore.

Anche in questo frangente la critica non sembra però fondata, in quanto l'opzionalità dell'istituto erode la coattività dello stesso (85). Esiste piena libertà del contribuente tra adesione al concordato preventivo e mantenimento della imposizione ordinaria: la rilevanza offerta alla esplicazione della volontà del soggetto rende insostenibile l'eventuale critica che assuma come filtro la coattività del prelievo (come è nel caso dell'analisi incentrata sul rispetto dell'art. 23 Cost.).

7. Osservazioni conclusive: peculiarità dell'istituto e resistenze applicative.

I concordati preventivi sono istituti dai tratti peculiari, che si distinguono dai restanti procedimenti di determinazione dell'imposta.

Mentre il sistema attuale prevede che il rischio delle fluttuazione degli imponibili sia sopportato solo dal Fisco che incamera maggiori imposte - in valore assoluto- in caso di attività profittevoli e minori entrate nel caso opposto, i concordati preventivi hanno la propria funzione primaria nella ripartizione tra Fisco e contribuente del rischio dell'inveramento dei fatti incerti che determinano la consistenza della base imponibile.

Individuando una quota di reddito minimale («caratteristico»), indifferente al concreto atteggiarsi del presupposto, il contribuente assume il rischio del pagamento di una maggiore imposta, ove la quantificazione del presupposto caratteristico sia superiore a quella che si sarebbe avuta con i canoni ordinari. Per parte propria, il Fisco, riducendo il carico impositivo sul sovra-reddito, non si appropria *in toto* del vantaggio fiscale che ha ordinariamente

(85) Come già correttamente rilevato in VERSIGLIONI, *Prime riflessioni sul prefigurato "concordato triennale preventivo"*, cit., 391.

nel caso di successo dell'attività del contribuente. Tale riduzione costituisce l'elemento contrapposto alla determinazione del minimo imponibile che, invece, avvantaggia l'Erario in quanto riduce i rischi di una minore percezione di imposta nel caso di infelice esito dell'attività del contribuente.

Il modello prevalente osservabile in legislazione appare peraltro improntato alla finalità di limitazione dell'area di redistribuzione del rischio: dalla disciplina degli eventi straordinari e imprevedibili e dalla limitata estensione dell'area del contraddittorio, si scorge come la normativa configuri strumenti di ripartizione «guidata» del rischio del tributo. Non ha trovato riscontro il paradigma negoziale che vede le parti arbitri della migliore ripartizione del rischio (*supra*, §§ 4-5).

Ciò è stato motivato: (a) dal timore -forse infondato- che una diversa configurazione avrebbe dato luogo ad un istituto contrastante con il principio della capacità contributiva e (b) dall'intento di rendere più attraente il concordato preventivo.

Proprio questo ultimo fine non è stato raggiunto. Le poche applicazioni concrete sono risultate poco apprezzate dai contribuenti, che hanno preferito la tradizione determinazione postergata per il tramite del procedimento di accertamento. Nel momento in cui si ultima questo lavoro pare che anche la programmazione fiscale possa rimanere senza applicazione: si dubita che il nuovo Governo ne ponga in essere la realizzazione.

La motivazione principale di questa avversione (dei contribuenti e dei *rule makers*) sembra essere la *path dependence*: muovere da un sistema in cui il rischio è sopportato solo da una parte ad un sistema di condivisione (per quanto leggera essa sia) comporta la frattura di numerose attitudini solidificate, difficili da vincere anche quando lo strumento preveda asimmetrie favorevoli al contribuente.

Lo stesso incerto percorso applicativo non ha contribuito alla valutazione razionale dei benefici e dei rischi connessi a ciascun istituto: il continuo mutare della veste assunta dai concordati non ha permesso applicazioni ripetute, utili al legislatore per gli aggiustamenti necessari e ai contribuenti per i raffronti tra determinazioni preventive e successive.

I concordati preventivi, a parere di chi scrive, hanno peraltro offerto una importante opportunità: indipendentemente dalle fortune delle contingenti realizzazioni, hanno consentito di rimeditare alcuni caratteri del tributo da molti anni immutati. Si è creata l'occasione per delimitare i confini della ripartizione del rischio del tributo e intravedere diverse sistemazioni: che sia il prologo di nuovi mutamenti sistemici, verso l'incremento della funzione incentivante del tributo?