



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA E MANAGEMENT

Corso di Laurea Magistrale in
Consulenza Professionale alle Aziende

TESI DI LAUREA

Il fenomeno dell'evasione fiscale. Fattispecie applicative nei casi di
fusione societaria

Relatore:

Chiar.mo Prof. Roberto Verona

Controrelatore:

Chiar.mo Prof. Fabio Bascherini

Candidata:

Martina Patrone

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

.....	1
<u>CAPITOLO I</u>	2
ELUSIONE FISCALE: ISTITUTI A CONFRONTO E POSSIBILI STRUMENTI DI CONTRASTO...	2
1. INQUADRAMENTO DEL FENOMENO ELUSIVO.....	2
1.1 Il concetto di elusione fiscale	3
1.2 I problemi che pone l'ordinamento nella ricerca di una definizione.....	5
1.3 L'analisi delle cause determinanti il fenomeno dell'elusione.....	10
1.4 I profili costituzionali dell'elusione fiscale.....	15
2. ELUSIONE, LICITO RISPARMIO D'IMPOSTA ED EVASIONE: FORME DI REAZIONE DEL CONTRIBUENTE DI FRONTE ALL'OBBLIGO TRIBUTARIO.....	18
3. ANALISI DEI POTENZIALI STRUMENTI DI CONTRASTO AL FENOMENO ELUSIVO	27
3.1 L'interpretazione antielusiva	28
3.2 La simulazione	35
3.3 L'interposizione fittizia di persona	37
3.4 Il contratto in frode alla legge.....	39
<u>CAPITOLO II</u>	45
L'ELUSIONE FISCALE IN AMBITO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE E CENNI AL CONCETTO DELL'ABUSO DEL DIRITTO.....	45
1. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA ANTIELUSIVA ITALIANA ED INTERNAZIONALE	45
1.1 Le iniziative legislative degli anni Ottanta.....	46
1.2 L'articolo 10 della legge n. 408 del 1990	49
1.3 Analisi dell'articolo 37 bis del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600.....	55
1.3.1 Articolo 37 bis, comma 1: quando il comportamento può essere considerato elusivo.....	57
1.3.2 Articolo 37 bis, comma 2: il disconoscimento dei vantaggi tributari da parte dell'Amministrazione finanziaria	65
1.3.3 Articolo 37 bis, comma 3: quali sono le operazioni potenzialmente elusive	66
1.4 Le norme antielusive diverse dall'articolo 37 bis: alcuni cenni agli strumenti di contrasto all'elusione fiscale internazionale	68
1.4.1 L'istituto del <i>transfer pricing</i>	69
1.4.2 Le <i>controlled foreign companies</i>	73

	zione	76
	tenuti verso <i>paradisi fiscali</i>	79
2.	CENNI ALLA DISCIPLINA DELL'ABUSO DEL DIRITTO	82
2.1	L'abuso del diritto nell'elaborazione giurisprudenziale	84
2.2	L'introduzione di una disciplina normativa in campo tributario.....	88
3.	UN CONFRONTO COMPARATISTICO: ELUSIONE FISCALE ED ABUSO DEL DIRITTO NELL'ESPERIENZA EUROPEA	89
3.1	L'esperienza spagnola	90
3.2	L'esperienza francese.....	95
3.3	L'esperienza tedesca	102
3.4	L'esperienza britannica	107
 <u>CAPITOLO III</u>		112
L'ELUSIONE APPLICATA ALL'OPERAZIONE STRAORDINARIA DI FUSIONE : ANALISI DI ALCUNI CASI REALI		112
1.	LE OPERAZIONI CONTEMPLATE DALL'ARTICOLO 37 <i>BIS</i> , COMMA 3 DEL D.P.R. N. 600/1973.....	112
2.	LE CARATTERISTICHE ESSENZIALI DELL'OPERAZIONE DI FUSIONE	120
2.1	La nozione civilistica dell'istituto ed il procedimento di fusione	123
2.2	Il regime fiscale applicabile all'operazione	133
3.	FATTISPECIE DI ELUSIONE TRIBUTARIA: ANALISI DI ALCUNE RISOLUZIONI RESE DALL'AGENZIA DELLE ENTRATE	142
3.1	Le diverse tipologie di interpello all'Amministrazione finanziaria	143
	ordinamento.....	144
3.2	Fusione elusiva per mancanza dei requisiti di cui all'articolo 37 <i>bis</i> del D.P.R. n. 600/1973: la risoluzione n. 62/E 28/02/2002.....	148
3.3	Il commercio delle cd. <i>obare fiscali</i> ed i limiti previsti dall'articolo 172, comma 7 del T.U.I.R.: risoluzione 116/E 24.10.2006.....	152
3.4	Fusione infragruppo tra società che partecipano al medesimo consolidato, con perdite fiscali pregresse al regime di tassazione consolidata: la risoluzione 174/E 06.07.2009	166
 Bibliografia.....		175



Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

*Se camminassimo solo nelle giornate di sole
non raggiungeremmo mai la nostra destinazione.*

P. Coelho

Premessa

Il presente lavoro si pone, nella parte iniziale, l'obiettivo di distinguere il fenomeno dell'elusione fiscale rispetto ad altri comportamenti volti ad ottenere un risparmio d'imposta, ovvero finalizzati alla violazione di specifiche norme fiscali, individuandone i caratteri fondamentali nonché le cause determinanti, per poi approfondire l'indagine con riferimento agli strumenti predisposti dal legislatore italiano per contrastare fenomeni di elusione nazionale ed internazionale.

Successivamente, analizzando l'iter evolutivo della normativa in materia di elusione fiscale in ambito nazionale, è possibile evincere il tentativo del legislatore italiano di contrastare tale fenomeno, costantemente in evoluzione, attraverso norme non sempre omogenee ma aventi come denominatore comune la volontà di contrastare l'agire fraudolento del soggetto economico, che pone in essere atti formalmente ossequiosi della norma positiva ma che in realtà sono finalizzati ad ottenere un *indebito risparmio di imposta*: è qui che risulterà interessante confrontare l'approccio che nel tempo ha adottato il legislatore italiano rispetto a quello degli altri Paesi europei, gran parte dei quali hanno inteso trattare il fenomeno elusivo equiparandolo al concetto di abuso del diritto.

L'ultimo capitolo invece, avrà l'obiettivo di individuare le caratteristiche principali di tale fenomeno, ponendo l'attenzione sulle possibili operazioni elusive contemplate dall'art. 37 bis, terzo comma del D.P.R. n. 600/1973, in particolare soffermandosi sulla fattispecie tassativamente prevista dallo stesso, quale l'operazione di fusione societaria, tramite analisi di alcuni casi specifici.

CAPITOLO I

ELUSIONE FISCALE: ISTITUTI A CONFRONTO E POSSIBILI STRUMENTI DI CONTRASTO

1. Inquadramento del fenomeno elusivo

Caratteristica comune tra le persone, fisiche e giuridiche, assoggettabili ad imposizione fiscale è senza dubbio la tendenza a sottrarsi, in tutto o in parte, all'adempimento dell'obbligazione tributaria o comunque a limitarne gli effetti economici connessi.

Difatti, tali comportamenti adottati dagli operatori economici hanno come fine ultimo quello di annullare (comportandosi come se la norma non esistesse) o ridurre l'entità dell'onere fiscale (modificando il proprio comportamento aggirandone le disposizioni).

Autorevole dottrina¹ suddivide tali condotte in attive e passive: sono attivi i comportamenti del contribuente finalizzati a trasferire l'onere fiscale su altri soggetti (traslazione di imposta), sono invece passivi gli atteggiamenti attraverso i quali lo stesso si sottrae al fisco, evitando il sorgere del presupposto d'imposta (rimozione ed elusione), ovvero creando base imponibile ma impedendo al fisco la percezione della stessa (evasione).

Tralasciando il primo di tali fenomeni, punto di partenza dell'analisi è l'identificazione del concetto del fenomeno elusivo, affrontando successivamente le difficoltà che sorgono a causa dell'assenza di una definizione precisa e

¹ A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, 1989; A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto: profili teorici e problematiche operative*, Cisalpino, Bologna 1996; S. FIORENTINO, *Il problema dell'elusione nel sistema tributario positivo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993.

cause determinanti i fenomeni di riduzione dell'onere fiscale.

1.1 Il concetto di elusione fiscale

Secondo la più diffusa definizione empirica², l'elusione fiscale ricorre quando coesistono tre elementi, che non saranno presunti ma seguiranno ad una verifica d'ufficio singolarmente per ciascun caso:

- a) elemento soggettivo
- b) elemento oggettivo
- c) risultato raggiunto

Da un punto di vista soggettivo, rileva l'intenzione che ha guidato il comportamento, ossia il fatto che lo stesso sia stato ispirato sin dall'inizio dall'intento esclusivo di ottenere un risparmio d'imposta attraverso una specifica "costruzione" della fattispecie³, la quale avrebbe sicuramente assunto una configurazione diversa se l'obiettivo non fosse stato l'alleggerimento del carico fiscale.

Detto in altri termini, il primo indice sintomatico dell'esistenza di una condotta elusiva si sostanzia nell'assenza di un apprezzabile interesse economico alla base dell'operazione, vale a dire di un interesse diverso da quello di aggirare una normativa ritenuta sfavorevole⁴.

Chi si limita nell'ambito delle leggi vigenti a ricercare la soluzione meno onerosa

² L'impostazione che segue è stata proposta da E. BLUMENSTEIN *Sistema di diritto delle imposte*, p. 27.

³ A. CONTRINO *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 24.

⁴ Un indicatore non trascurabile dell'assenza nel nostro sistema fiscale italiano dell'intento elusivo è stato ravvisato nella scomparsa dell'intento speculativo, introdotto nel nostro ordinamento fiscale come requisito per l'imponibilità delle plusvalenze realizzate dalle persone fisiche al di fuori dell'esercizio d'impresa, inteso come saper volgere a proprio vantaggio gli andamenti favorevoli del mercato mediante tempestive operazioni economiche, rilevando come unitario programma d'intervento nel quale acquistano significato i singoli atti concernenti la titolarità giuridica di un determinato bene. Successivamente è stato sostituito, nell'art.81 TUIR, da un elenco tassativo di previsioni legali in forma di presunzione *iuris et de iure*, ridefinendo in senso analitico il presupposto impositivo. In tal senso S. CIPOLLINA *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, cit., p. 169.

o, non fa altro che esercitare un proprio diritto, ma chi al contrario strumentalizza gli istituti giuridici per conseguire risparmi d'imposta indebiti abusando del diritto, stravolge la *ratio* e lo scopo dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Tuttavia, la difficoltà di interpretare la norma elusiva induce a considerare l'intento di eludere come elemento risultante su base indiziaria delle caratteristiche del procedimento scelto e non come entità a sé stante⁵.

Sotto il profilo oggettivo, gli indici che rivelano la presenza di un'operazione elusiva sono l'anormalità del procedimento e la sua surrogabilità, per gli effetti che produce, con il procedimento tipizzato dalla norma elusa.

La prima caratteristica si sostanzia in un allontanamento della procedura utilizzata da ciò che si reputa *normale, ordinario, intesa come prassi comunemente seguita nelle medesime circostanze dell'uomo d'affari medio*⁶.

Poiché l'anormalità di un procedimento non è giustificabile da particolari ragioni o circostanze, è la ricercatezza di una artificiosa costruzione giuridica a far pensare si possa trattare di un'astuta preordinazione rispetto al fine elusivo.

Il procedimento atipico è tuttavia significativo solo se surrogabile con quello che predispone la norma tributaria, cioè quando i risultati ottenuti, sotto il profilo economico-giuridico, risultano affini rispetto a quelli previsti dalla norma elusa, svuotata dal suo contenuto precettivo: anormalità e surrogabilità in senso economico sono perciò due elementi necessari, ma non sufficienti, a qualificare un negozio come elusivo.

Il contribuente, infatti, non ha nessun obbligo a salvaguardare l'interesse del Fisco, e può scegliere la forma che più lo soddisfa per la propria attività economica, come espresso dal principio di autonomia contrattuale sancito dall'articolo 1322 del codice civile, il quale riconosce alle parti la libertà di determinare il contenuto del contratto e di concludere anche contratti atipici, purché portatori di interessi meritevoli di tutela.

⁵ S. CIPOLLINA *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, op. cit., p. 169.

⁶ U. MORELLO *Frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1969, cit., p. 305.

si ritiene possa configurare un comportamento elusivo quando non risponde ad un'esigenza aziendale o ad uno scopo d'affari, ma individua quale unico scopo quello di aggirare una disposizione di legge, sfruttando i formalismi del sistema: non è, dunque, la presenza di una finalità di risparmio fiscale che rende elusivo un negozio, ma l'assenza di finalità non fiscali (l'elusione viene realizzata, come detto in precedenza, attraverso mezzi leciti). L'ultimo elemento, rappresenta il risultato conseguito dall'operatore economico, che ottiene un risparmio d'imposta non consentito né previsto dal legislatore⁷. Sembra quindi si sia delineato un possibile schema teorico dell'elusione, il quale si caratterizza per la contemporanea presenza di tutti gli elementi che qualificano il cosiddetto *comportamento in frode alla legge*⁸; resta tuttavia da stabilire se, allo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza, esso sia traducibile in un canone comportamentale tipico dell'interprete⁹.

1.2 I problemi che pone l'ordinamento nella ricerca di una definizione

L'elusione fiscale, come definita da taluno *evazione fiscale legittima*¹⁰, rappresenta uno dei temi particolarmente critici sotto il profilo della tutela del contribuente e maggiormente affrontati e dibattuti in dottrina a causa della mancanza, nel nostro ordinamento, di una normativa unitaria ed organica in materia che ha favorito una supplenza giurisprudenziale (nazionale e comunitaria) non sufficiente ad eliminare quel contesto di elevata incertezza del

⁷ Tale impostazione è stata introdotta in dottrina da E. BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, p. 27, e successivamente ripresa da S. CIPOLLINA, *La legge civile e fiscale*, p. 167 e P. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, Milano, 1989, pp. 33 e ss.

⁸ Teoria sostenuta da quella parte della dottrina che riconduce l'elusione delle norme tributarie nell'ambito dell'*agere in fraudem legis*, sottolineando la comune attitudine e strumentalità dei comportamenti elusivi e di quelli in frode alla legge nell'aggiramento delle norme considerate sfavorevoli.

⁹ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, p. 170.

¹⁰ G. GONZALES, *La cosiddetta evazione fiscale legittima*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1974, I, cit., pp.51 e ss.

amente sulla pianificazione fiscale dei comportamenti degli operatori economici.

L'esame di tale figura deve necessariamente muovere dalla constatazione che l'assenza di una definizione positiva e generale a livello legislativo, frutto di una precisa e consapevole scelta del legislatore della riforma tributaria nonché del mancato recepimento di una delle varie proposte di legge presentate dal 1980 al 1989 tentando invano di ricondurre le multiformi azioni elusive all'interno di una disposizione generale, ha portato inevitabilmente alla difficoltà di un preciso inquadramento della fattispecie: ciò non ha fatto altro che accentuare l'evanescenza della figura, *collocandola in una zona grigia e residuale in cui la linea di demarcazione tra vietato e consentito è spesso difficile da individuare*¹¹, finendo per rendere tale fenomeno ancora per molti versi un concetto astratto e dai contorni tuttora difficilmente delineabili, in grado di produrre importanti ripercussioni in termini di erosione del gettito tributario all'interno di ogni sistema nazionale.

Nonostante la presenza di definizioni omogenee riguardanti i lineamenti generali del fenomeno, ciò che rende difficile la collocazione all'interno del sistema della fattispecie elusiva è piuttosto la mancanza di una disciplina che analizzi i suoi innumerevoli aspetti e manifestazioni¹²; allo stato attuale pertanto l'elusione fiscale non si configura quale fattispecie giuridica, ma costituisce una *omera categoria logica di origine dottrinale che racchiude il complesso delle tecniche e dei comportamenti posti in essere dal soggetto passivo al fine di aggirare le norme tributarie impositive*¹³.

Tradizionalmente, la ricerca di una definizione utile per qualificare il fenomeno elusivo muove dall'assunto fondamentale per cui i comportamenti elusivi si collocano in una via di mezzo tra lecito ed illecito, in uno spazio intermedio tra il risparmio lecito d'imposta, che è previsto ed incentivato dal legislatore, e

¹¹ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale: Il problema dell'elusione fiscale*, op. cit., p. 132.

¹² A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 31.

¹³ A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, op. cit., p. 2.

essa anche penalmente¹⁴: si configura quindi come una sorta di *tertium genus* al cui interno è possibile ricondurre una molteplicità ed eterogeneità di comportamenti che si differenziano in relazione alla tipologia di prelievo che si desidera evitare e agli obiettivi che si intendono raggiungere¹⁵.

Mentre nel caso dell'evasione è possibile rinvenire un dato oggettivo, ossia quello della diretta ed aperta violazione dell'obbligo tributario già sorto in forza di una norma tributaria impositiva (vale a dire quella che nella giurisprudenza anglosassone è definita *tax offence*, ovvero la lesione dell'interesse dello Stato a percepire correttamente i tributi, ed in particolare le imposte), una situazione analoga e facilmente individuabile non è concretamente riscontrabile in relazione al fenomeno dell'elusione, che permane ancora per molti versi un concetto astratto e sfuggibile *nella dicotomia tra forma e sostanza ad esso connaturata, quasi privo di una propria essenza, ma attivo ed in grado di produrre significative ripercussioni in termini di erosione del gettito tributario all'interno di ogni sistema nazionale*¹⁶.

Negli ultimi anni, sempre più spesso, tuttavia, si è assistito alla nascita di casi nei quali, di fronte ad una operazione economica apparentemente rispondente ad una certa norma per il pagamento di una determinata quantità di imposta, in realtà l'imposta pagata in concreto risultava inferiore in quanto l'assetto dell'operazione permetteva, in sostanza, di fare riferimento ad altra e diversa norma, con un obbligo di corresponsione di imposta minore rispetto a quella inizialmente postulata, andando ad aggirare il precetto fiscale e permettendogli di conseguire un risultato conforme alla lettera ma non alla *ratio* delle norme

¹⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2006, p. 247.

¹⁵ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, p. 20.

¹⁶ Molto incisiva è la qualificazione dell'elusione come un problema di rapporto tra forma e sostanza prospettata da F. GALLO, *Elusione senza rischio: il Fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano*, p. 257 e *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, p. 1762, in quanto essa esprime come attraverso tale fenomeno il contribuente ricerca lo sfruttamento del divario tra la sostanza della fattispecie negoziale da lui realizzata e la forma della stessa astrattamente prevista dalla norma tributaria.

ne del carico fiscale¹⁷.

In casi simili, quindi, non si ha una evasione di imposta, poiché non si evita il pagamento *tout court*, bensì si versa alle casse del Fisco una somma inferiore a quella che si sarebbe dovuta elargire se si fosse adottata la soluzione òpiù costosaö.

Come affrontare casi simili allora, laddove, da una parte, il Fisco avanza le proprie pretese reclamando la differenza di imposta che assume dovuta e, dall'altro, il cittadino, forte della possibilità offertagli dalle norme scelte per òcostruireö la sua operazione, rivendica il proprio diritto a pagare meno potendolo fare?

In altre parole, quale ruolo può svolgere la giurisprudenza tributaria quando manca la clausola generale?

Il problema nella sua sostanza non è di poco conto e in realtà non risulta così nuovo né per le aule di Giustizia né per i legislatori; sembra infatti che già la *Camera dei Lords* britannica, nel 1936, sul caso *Duke of Westminster*, affermò il principio per il quale ònessuno è tenuto a costruire il proprio fienile in modo che il Fisco vi entri con il forcone più grossoö¹⁸, e malgrado siano passati quasi ottant'anni, il problema è più che attuale.

Se lo consideriamo nell'ottica del contribuente quindi, l'essenza del comportamento elusivo è quella òritorcere la forma di una regola contro la sua finalità sostanzialeö¹⁹, andando ad aggirare una norma tributaria ponendosi come obiettivo quello di ottenere un vantaggio, con il minor sforzo possibile, in termini di attenuazione dell'entità dell'onere tributario, forzando a proprio favore il dettato legislativo e applicando una normativa fiscale alternativa in luogo di quella appropriata, strumentalizzando la forma delle norme a cui consegue la distorsione delle loro finalità sostanziali.

¹⁷ F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Milano, 2010, p. 133.

¹⁸ Citazione riportata in un articolo di G. TREMONTI apparso ne *Il Sole 24 Ore* del 23 aprile 1986.

¹⁹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 22.

il contribuente realizza risultati economicamente e giuridicamente analoghi a quelli previsti dalla norma impositiva, ma ricorre all'uso improprio (vale a dire all'abuso) delle forme giuridiche tipizzate dal legislatore, utilizzando procedimenti, figure contrattuali o architetture negoziali che gli consentono di conseguire la massimizzazione del risparmio d'imposta.

La liceità dell'obiettivo della minimizzazione del carico d'imposta, è riconosciuta in linea di principio in quasi tutti gli ordinamenti tributari dei Paesi industrializzati, nella misura in cui il contribuente non sconfini per tal via nell'aperta e manifesta violazione di un obbligo al tributo già validamente sorto per effetto del verificarsi del presupposto d'imposta.

Il contribuente, nei limiti all'esercizio dell'autonomia negoziale, è libero di scegliere la strada fiscalmente meno onerosa, e quindi regolare giuridicamente i propri rapporti economici, in modo da determinare il verificarsi del presupposto impositivo nel senso più ridotto e limitato possibile.

Nella misura in cui l'autonomia negoziale del contribuente venga esercitata entro tali limiti, gli effetti da essa determinati di risparmio fiscale non rileveranno ai fini della nostra branca del diritto²⁰, ma nel caso in cui viceversa il risparmio divenga una finalità non più tollerabile nel sistema tributario, ci troveremo all'interno di un fenomeno denominato *tax non-compliance*²¹, il quale rappresenta uno dei problemi che si pongono maggiormente all'attenzione della dottrina tributaria di ogni Paese.

Unanime è stata perciò la convinzione che l'evasione, proprio perché presuppone l'applicazione di norme tributarie, non possa al tempo stesso costituire violazione: essa acquisisce rilevanza giuridica solo nel caso in cui le operazioni effettuate siano specificatamente previste da una disposizione legislativa e unicamente in tal caso, una serie di comportamenti messi in atto dal contribuente al solo fine di conseguire un risparmio d'imposta, rientrerà a far parte della

²⁰ In tali termini risulta essere una questione di interesse per le discipline dell'area economica.

²¹ Tale espressione viene utilizzata dalla dottrina per indicare il fenomeno del risparmio d'imposta rilevante ai fini della nostra materia in quanto si configurano gli estremi di una violazione diretta o indiretta dei suoi precetti impositivi.

Il nostro sistema impositivo è infatti impostato in maniera tale che il comportamento elusivo possa essere considerato illecito solo in presenza di un'espressa disposizione legislativa, in assenza della quale, nessuna ragione impedisce al contribuente di seguire la strada fiscalmente meno onerosa, intraprendendo azioni che minimizzino il suo sacrificio in termini di concorso alle spese pubbliche.

È evidente come l'atteggiamento elusivo del contribuente/cittadino di aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario venga perciò incentivato dalla struttura del nostro sistema normativo tributario, incentrato su di una impostazione "fenomenica", in grado di organizzare la regolamentazione dei processi dell'economia reale secondo una rigida casistica delle fattispecie riconducibili all'elusione fiscale; il nostro legislatore, infatti, spinto dalla convinzione che fosse lecito contrastare solo singole manifestazioni, ha per anni emanato norme isolate e non omogenee, utilizzando talvolta termini tecnici²², espressioni improprie e addirittura parole straniere di non facile traduzione letterale²³, cosicché la confusione del linguaggio ha contribuito a rendere inaccessibile la fattispecie.

1.3 L'analisi delle cause determinanti il fenomeno dell'elusione

Approfondendo l'analisi circa le cause che hanno portato all'espansione del fenomeno elusivo, la dottrina dominante afferma che vi siano motivazioni di vario ordine e natura: accanto a cause connaturate alla struttura ed alle caratteristiche proprie del sistema giuridico tributario, è possibile individuare motivazioni di carattere soggettivo e oggettivo di ordine economico, politico e

²² R. PEREZ, *L'esperienza spagnola*, in *Elusione fiscale*, cit., p. 174, dove denuncia le "confusioni terminologiche" in materia.

²³ J. P. CHEVALIER, *L'esperienza francese*, in *Elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. Di Pietro, Milano, 1999, cit., p.6 nel quale afferma "l'influenza che il vocabolario anglo-americano aveva nei confronti della terminologia fiscale francese".

la condizionare ed orientare in senso elusivo i comportamenti dei destinatari dell'obbligo di imposta²⁴.

In *primis*, si fa riferimento alla struttura del nostro sistema fiscale che, almeno fino alle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione, si riteneva priva di una clausola generale antielusiva.

Come *Chevalier* identifica le cause dell'elusione delle imposte, in Francia, con il progressivo diffondersi di una *tecnica normativa sempre più farraginoso*, con gli *eccessi della fiscalità* rappresentati soprattutto dalle *ingerenze dello Stato e degli Enti locali in tutti i campi, utilizzando principalmente lo strumento fiscale* ed infine con le *difficoltà riconducibili all'interpretazione della normativa tributaria*²⁵, così anche nel nostro Paese si è assistito, più ancora di quello francese, ad una produzione legislativa frammentaria e non organica, che ha contribuito a diffondere non poche incertezze applicative tra i contribuenti.

Esiste, infatti, una relazione di dipendenza diretta tra elusione fiscale e contesto normativo, dove il primo dipende dalla qualità e quantità delle norme costituenti in sistema tributario: in altre parole, la fattispecie elusiva assume una veste e una dimensione diversa a seconda sia del numero delle disposizioni legislative, sia delle caratteristiche giuridiche e dell'analiticità delle stesse.

Nel nostro sistema fiscale, infatti, la precisa scelta del legislatore è stata quella di ricorrere ad un metodo *casistico*, non ponendo perciò l'attenzione sulla *ratio* sottostante le disposizioni che costituiscono l'ordinamento giuridico; per esigenze di certezza del diritto, il legislatore ha compiuto la precisa scelta di privilegiare una legislazione analitica mediante l'indicazione tassativa delle fattispecie imponibili, astenendosi dal formulare definizioni di carattere generale, andando inevitabilmente a complicare la normativa tributaria.

La motivazione che sta alla base della resistenza del legislatore di introdurre nel sistema una vera clausola generale antielusiva è fondamentalmente quella di garantire la massima uniformità e legittimità del comportamento degli uffici

²⁴ A. CONTRINO *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, p. 3.

²⁵ J. P. CHEVALIER, *L'esperienza francese*, op. cit., pp. 5-14.

cata la fiducia nella professionalità degli uffici periferici perché, in fondo, si è temuto che il principio potesse costituire fonte di applicazioni distorte e di abusi²⁶ e si è preferito perciò continuare nell'emanazione di provvedimenti specifici, organizzando la regolamentazione della realtà economico-sociale secondo schemi classificatori rigidamente casistici volti a riprodurre puntualmente gli accadimenti dell'economia reale.

Il contribuente si trova quindi nella situazione in cui gode di un'ampia autonomia contrattuale che gli consente di porre in essere fatti imponibili che si discostano dalla fattispecie contemplata e ciò, unito alla progressiva e disordinata espansione del sistema, ha portato ad alternare discipline di dettaglio e vuoti normativi, con la conseguente moltiplicazione degli spazi per le architetture elusive.

Si ritiene, inoltre, che detta lacuna di carattere concettuale-definitorio abbia ostacolato anche l'attività stessa dell'interprete: se da un lato, infatti, sono stati i notevoli ostacoli incontrati nel ricondurre ad unità sistemica la pluralità di norme casistiche a rendere difficoltosa l'interpretazione logico-sistematica, vale a dire la vera e propria attività ermeneutica del legislatore di ricostruire la *ratio legis* partendo dall'intero sistema normativo, dall'altro *«la progressiva disaggregazione del sistema e la rarefazione dei principi»*²⁷, hanno reso praticamente impossibile l'interpretazione analogica.

In conclusione, nel nostro ordinamento tributario si è verificato quel fenomeno denominato in dottrina *«paralysis by analysis»* proprio dei sistemi giuridici che, più acquistano estensione, più perdono significato²⁸, e ciò non ha fatto altro che alimentare la creazione di più scappatoie di quante le formule che dovrebbero prevedere tutti i casi possibili riescano ad evitare.

²⁶ P. TABELLINI, *L'evasione nella norma tributaria*, Torino, 2007, cit., p. 153.

²⁷ G. TREMONTI, *La fiscalità industriale, Strategie fiscali e gruppi di società in Italia*, Bologna, 1988, cit., p. 34.

²⁸ G. TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'evasione tributaria*, cit., p. 372.

ene al sistema normativo tributario, va fatta una premessa: ciascun individuo, in quanto operatore economico razionale, è portato per natura a adottare comportamenti che comportino il minor sacrificio possibile, e conseguentemente il maggior risparmio d'imposta, tutto in funzione del prelievo fiscale.

Tali condotte, hanno come fine ultimo l'intento di ridurre, lecitamente o illecitamente, l'entità dell'obbligo tributario e, oltre ad essere conformi a criteri logici che regolano le scelte dei soggetti economici, è possibile ricondurle ad una maggiore debolezza della morale fiscale rispetto a quella comune²⁹.

È facile perciò comprendere come alla base del basso grado di civilismo fiscale vi siano cause aventi una genesi di natura economica, socio-culturale e politica ed infine psicologica.

Una prima motivazione di stampo economico è la pesante pressione tributaria in relazione all'effettiva capacità contributiva del soggetto: si parla di incidenza del carico tributario sui contribuenti³⁰, mediante l'applicazione di aliquote fiscali troppo elevate e la quantità eccessiva di imposte che incentivano gli operatori economici a porre in essere pratiche elusive, ottenendo un vantaggio in termini di risparmio d'imposta immediato³¹.

Altro elemento di rilievo risulta essere l'incapacità del sistema politico-amministrativo, il quale, determinando il sistema di spesa del denaro pubblico, influisce sull'allocazione e sull'equilibrio del carico fiscale, favorendo la spinta all'elusione dei soggetti più pressati.

Tale politica finanziaria ed economica è conseguenza della scarsa fiducia che il contribuente ha nei confronti dello Stato: è diffusa la convinzione che lo stesso

²⁹ Ciò significa che l'inosservanza dell'obbligazione in campo tributario non suscita gravi sensi di colpa nel soggetto inadempiente e non determina nell'ambiente sociale la stessa riprovazione morale con cui vengono giudicati altri reati in altri campi, tra cui quello finanziario. In questo senso A. CONTRINO, *L'elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 4.

³⁰ In Italia la pressione fiscale è tra le più alte del mondo: il *total tax rate* arriva quasi al 70%.

³¹ La riduzione delle aliquote d'imposta contribuirebbe a ridurre il fenomeno dell'elusione, come dimostrano sia i modelli teorici che l'esperienza degli Stati Uniti in cui mediante la riduzione dell'aliquota massima dell'imposta sul reddito si è assistito ad una crescita del gettito versato dai più ricchi. In tal senso V. VISCO, *Prospettive di riforma del sistema tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1986, p. 1089.

izzando le classi sociali meno abbienti, e che non sia capace di impiegare il denaro pubblico portando il contribuente a vivere una situazione di malessere e sfiducia tali da indurlo a compiere atti elusivi volti a compensare le inefficienze della Pubblica Amministrazione.

Altra causa, che potremmo definire esogena al sistema normativo tributario, è quella di natura psicologica, che consiste nelle diverse modalità attraverso cui il soggetto passivo risponde all'obbligo di concorrere alla spesa pubblica: il ricorso al fenomeno elusivo diviene naturale per i soggetti che considerano il tributo come un'espropriazione e non come una forma doverosa di partecipazione alla vita dello Stato: conseguenza immediata di questa concezione, è la riluttanza dei contribuenti ad assolvere l'obbligazione tributaria ritenuta ingiusta ed iniqua.

Ad aggravare ulteriormente la situazione, si aggiunge non solo l'eccessiva sproporzione fra l'elevata entità del potere d'acquisto prelevato e la bassa qualità dei beni e servizi offerti, ma anche l'esistenza di un rapporto mediato che intercorre tra il momento in cui il contribuente versa l'imposta e quello della fruizione del bene o servizio frutto del gettito fiscale³².

Oltre a dipendere dai fattori soggettivi sopra elencati, la concreta possibilità di eludere la norma tributaria è legata a fattori oggettivi, quali la fonte di reddito e la classe di appartenenza del contribuente: come afferma anche la dottrina prevalente, esistono delle vere e proprie aree "privilegiate" dal punto di vista fiscale, riservate a talune classi economico-sociali³³ e ciò non fa che evidenziare il problema di una ingiusta e rilevante discriminazione fra chi ha la possibilità di utilizzare gli strumenti elusivi, come ad esempio i titolari di reddito di capitale, fondiari, di grandi patrimoni, e chi invece risulta "doppiamente taglieggiato"³⁴ e non può ricorrervi in mancanza di scappatoie nel relativo sistema di imposizione, finendo inevitabilmente per scontare le riduzioni di gettito conseguenti ai

³² A. BRANCACCIO, *L'evasione delle imposte sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1978, cit., p.100.

³³ Come evidenzia P. TABELLINI ne *L'elusione fiscale*, p. 8, si individuano due aree di "privilegio": la prima costituita dalle numerose manifestazioni di capacità contributiva del tutto esenti da prelievo o comunque agevolate, la seconda area deriva dallo sfruttamento delle smagliature e delle imperfezioni del sistema.

³⁴ P. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, op., cit., p. 9.

contribuenti con la conseguenza di creare una sperequazione che aggrava la pressione diffusa nel paese³⁵.

A seguito dell'analisi sulle motivazioni e sulle cause che determinano il sorgere di tali comportamenti, possiamo concludere effettuando due ordini di considerazioni:

- da un lato, la spiccata inclinazione dei contribuenti verso comportamenti elusivi rappresenta più una difesa nei confronti di uno Stato ostile e mal funzionante e di un sistema fiscale rigido, incapace di far fronte all'evoluzione della struttura normativa, di nuove forme contrattuali e di una sempre più complessa realtà dei comportamenti del contribuente³⁶;
- dall'altro lato, le carenze legislative causate dalla sempre maggiore frammentarietà della normativa, hanno offerto preziosi margini di movimento ai soggetti interessati alla riduzione, se non eliminazione, del proprio carico impositivo, tale da rendere necessario un intervento sul punto.

1.4 I profili costituzionali dell'elusione fiscale

Per comprendere meglio lo sviluppo e l'espansione del fenomeno elusivo, non si può prescindere dal considerare il contenuto delle norme precettive costituzionali, alla luce dell'ipotesi avanzata da una parte della dottrina circa il possibile contrasto tra il comportamento negoziale legittimo del contribuente e la sua effettiva capacità contributiva³⁷.

Per affrontare correttamente la questione è necessario pertanto considerare il principio di capacità contributiva sancito all'articolo 53 della Costituzione e il principio della riserva di legge, di cui all'articolo 23 della Costituzione.

³⁵ C. ARENA, *Elusione d'imposta e perequazione tributaria*, cit., p. 459.

³⁶ E. ANTONINI, *Evasione ed elusione di imposte, (gli atti simulati e le imposte di registro sulle donazioni e successioni)*, in *Giur. Ita.*, 1959, IV, p. 97.

³⁷ A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Utet, 2012, cit., p. 121.

ell'articolo 53 della Costituzione, nel principio di capacità contributiva in esso stabilito, si può identificare un limite al libero svolgimento dell'autonomia privata.

Seguendo tale indirizzo ermeneutico, il precetto costituzionale appare direttamente applicabile ai rapporti intersoggettivi, che condiziona nella struttura e nello sviluppo, collegandoli all'assetto giuridico tipizzato dalla norma impositiva.

L'elusione della fattispecie legale, interrompendo tale collegamento, viola così il principio di capacità contributiva e, di conseguenza, lede l'interesse sociale da esso tutelato³⁸: tale impostazione, troverebbe conferma in due sentenze adottate dalla Corte di Cassazione, concernenti la traslazione economica del tributo in materia di mutuo, e in una di esse si afferma che *l'articolo 53 della Costituzione rappresenta una norma materiale diretta a realizzare un determinato risultato, a prescindere dai vari mezzi attraverso cui si giunge ad esso, norma la cui elusione potrebbe importare la nullità dei negozi o patti che costituiscono gli strumenti utilizzati dalle parti per non assolvere compiutamente l'obbligo tributario*³⁹.

In sostanza, pur non violando specifiche norme tributarie, la condotta del soggetto passivo può essere considerata elusiva del principio dettato dall'articolo 53 nell'ipotesi in cui alla capacità contributiva manifestata non corrisponda *intenzionalmente* un coerente carico tributario, a causa del *particolare strumento giuridico adottato*⁴⁰.

Tuttavia, il suddetto principio non può essere applicato senza prendere in considerazione la norma che sancisce il principio della riserva di legge e cioè l'articolo 23 della Costituzione: se è vero che l'articolo 53 della Costituzione stabilisce che *tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione*

³⁸ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, op. cit., p. 150.

³⁹ Cass., sez. un., 18 dicembre 1985, n. 6445, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 21.

⁴⁰ Tesi elaborata in dottrina a seguito della sentenza della Cassazione Civile relativa al problema dell'accollo d'imposta e commentata da E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991, pp. 96 e ss.

⁴¹ è altrettanto vero che *nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*.

L'articolo 53 della Costituzione dunque deve trovare concreta attuazione solo in presenza di uno specifico e puntuale intervento del legislatore: è pertanto agevole affermare che non ogni manifestazione di capacità contributiva è assoggettabile ad imposta, ma solo quelle che il legislatore ha elevato a presupposto dell'obbligo di imposta⁴².

Quindi nel caso di elusione di una norma impositiva tra la fonte normativa costituzionale (articolo 53) e quella contrattuale, si devono porre le leggi (articolo 23), ed è solo rispetto a queste ultime ed alla loro disciplina che si stabilirà se l'operazione attuata dal contribuente sia o meno elusiva del principio di capacità contributiva⁴³; dal momento però che, per definizione, l'elusione non comporta la violazione di una disposizione normativa (altrimenti saremmo in presenza di evasione fiscale), è legittimo concludere che in nessun caso tale fattispecie può essere considerata contraria al presente precetto costituzionale.

In questo ordine di idee, perciò, l'eventuale contratto elusivo consentito dalla legge stessa (a causa di incoerenza, lacune o distorsioni) risulta valido ed efficace, in quanto si traduce nell'impiego del mezzo fiscalmente meno oneroso⁴⁴: tuttavia, in caso di contrasto di un negozio privatistico con l'articolo 53 della Costituzione, non si potrà richiedere la nullità contrattuale ma si dovrà ricorrere alla Corte Costituzionale, chiedendo un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di eguaglianza e di capacità contributiva (rispettivamente dell'articolo 3 e 53 della Costituzione).

⁴¹ Per un approfondimento sull'art.53 Cost., F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2009, p. 65.

⁴² In questo senso G. TINELLI ne *Il reddito di impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, p. 9, osserva che *mentre la capacità contributiva presuppone una capacità economica, riferendosi perciò ad un fatto che esprime forza economica, non sempre la capacità economica di un soggetto equivale tout court ad attitudine contributiva*.

⁴³ F. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1993, cit., p. 15.

⁴⁴ F. LEMME, *Cessione di capitale di società in perdita ed elusione fiscale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1985, p. 1196, il quale evidenzia come non si possa, sulla base dell'art. 53 Cost., costruirsi un divieto generale dell'elusione fiscale che relegghi nell'ambito dell'illiceità quei comportamenti che la legge tributaria ordinaria non vieta espressamente.

la strada del riconoscimento di una libertà negoziale pressoché assoluta, il problema dell'elusione diviene uno pseudo-problema, in quanto la tutela dell'autonomia contrattuale permette di annullare e superare le potenziali censure all'intenzionalità elusiva non supportate da una specifica norma⁴⁵.

Alla luce di quanto finora esposto, risulta chiaro come il principio sancito dall'articolo 23 della Costituzione si ponga quale elemento fondamentale per contenere la discrezionalità dell'Amministrazione finanziaria, ponendo l'accento sul precetto normativo quale garanzia della certezza del diritto.

Si può concludere affermando che, la battaglia contro l'elusione fiscale può essere realizzata rispettando sia le garanzie sottese ad una legittima esplicazione dell'attività dell'Amministrazione finanziaria (principio di legalità), sia considerando le precise esigenze di certezza del diritto.

2. Elusione, lecito risparmio d'imposta ed evasione: forme di reazione del contribuente di fronte all'obbligo tributario

La mancanza nel nostro nell'ordinamento giuridico italiano di una nozione onnicomprensiva di elusione fiscale, ha sempre alimentato numerosi dubbi di carattere concettuale-definitorio, correlati all'esigenza di distinguere la fattispecie in questione dagli analoghi e non omologhi istituti del risparmio d'imposta e dell'evasione fiscale⁴⁶, che con l'elusione hanno in comune un unico obiettivo: sfuggire all'obbligazione tributaria, agendo specificatamente sul fatto imponibile che genera il suddetto onere⁴⁷.

⁴⁵ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 33.

⁴⁶ A queste reazioni definite passive dalla dottrina, si contrappone la figura della traslazione d'imposta, in cui di fatto il contribuente, mediante comportamenti attivi, trasferisce l'onere fiscale su altri soggetti.

⁴⁷ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 16.

quali si interviene per azzerare o ridurre l'onere

tributario non sono affatto uniformi, ed è qui che si rivela importante classificare le varie forme di resistenza del contribuente.

Queste figure hanno in comune due peculiarità: l'assenza di una definizione legislativa di carattere generale e l'esistenza di confini sostanzialmente instabili ed incerti, che in taluni casi non hanno permesso di inquadrare chiaramente una fattispecie concreta all'interno dell'una o dell'altra figura.

Per comprendere tali fattispecie, bisogna premettere che i soggetti passivi di un tributo⁴⁸ non sempre ricorrono a sistemi manifestamente illegali, come l'evasione, la frode fiscale o l'insolvenza per ridurre il proprio obbligo d'imposta; anzi, in un sistema come il nostro, caratterizzato da un iperattivismo legislativo in materia fiscale, da sovrapposizione normative, dalla mancanza di coordinamento e di chiarezza nei precetti, si è ormai generalizzata la tendenza ad abbandonare le forme di evasione primitive a favore di procedimenti molto più sottili⁴⁹.

Il *risparmio d'imposta lecito*, (o *tax saving*⁵⁰), si caratterizza dall'assoluta mancanza, nel nostro ordinamento, di una norma che impedisca ai contribuenti di minimizzare lecitamente l'onere fiscale, adottando quella soluzione, fra le diverse possibilità proposte dal sistema⁵¹, che gli consenta di ottenere il risultato più vicino a quello desiderato e, al contempo, il vantaggio di ridurre gli oneri fiscali⁵²: in sostanza, l'abile soggetto economico cerca di sottrarsi alle norme

⁴⁸ Il tributo rappresenta una prestazione giuridico-patrimoniale dovuta in virtù di un'obbligazione che sorge direttamente al verificarsi dei fatti o delle situazioni della vita sociale elevati dalla legge a presupposto d'imposta: per tale motivo l'obbligazione tributaria è ricondotta nella fattispecie delle obbligazioni *ex- lege*.

⁴⁹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 18.

⁵⁰ A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, op. cit., p. 2.

⁵¹ Lupi in tal senso intende la legittimità del risparmio d'imposta come quella libertà di scegliere tra le alternative che l'ordinamento mette a disposizione, considerandole sostanzialmente equivalenti; in linea di principio, non è certo vietato al soggetto di *regolare i propri affari nel modo fiscalmente meno oneroso*.

⁵² Ad esempio si potrebbe far riferimento alla scelta della forma di investimento più vantaggiosa rispetto ad altre, anche in funzione del relativo prelievo fiscale; l'adozione del criterio forfettario di determinazione del reddito d'impresa quando è più vantaggioso rispetto al regime ordinario; oppure scegliere come forma giuridica di società la S.r.l. in luogo della S.p.a. per risparmiare

diretta violazione di queste, adottando un comportamento in luogo di un altro solo in funzione della maggiore convenienza fiscale.

Nell'ambito di tale figura si possono quindi individuare due fattispecie: quella dell'economia di scelta e quella della rimozione del presupposto del tributo.

Tale condotta, che probabilmente rappresenta la prima e la più istintiva azione-reazione del contribuente di fronte all'obbligo tributario, si presenta ogni volta che il soggetto passivo d'imposta si astiene dal compiere una determinata attività economica avente una qualche rilevanza fiscale: in altre parole, l'operatore economico, consapevole che al verificarsi di un certo evento sorgerà una determinata obbligazione tributaria, potrà decidere di non porre in essere il comportamento che realizzerebbe la fattispecie imponible, evitando in tal modo lo svilupparsi dell'imposta ad essa collegata.

Un simile comportamento, appare perciò pienamente legittimo e ormai considerato un vero e proprio diritto⁵³ che tutti gli ordinamenti conoscono, anche se poi qualificano in modo diverso, e quindi non censurabile in quanto frutto della scelta economica di "giocare d'anticipo", risultando del tutto irrazionale non approfittare della soluzione che comporta il minor sacrificio fiscale.

Risulta, quindi, fisiologico che un soggetto, nel raggiungimento di un determinato scopo, scelga tra le varie alternative quella più conveniente tra quelle che il sistema mette consapevolmente a disposizione "su un piano di pari dignità"⁵⁴, o che comunque non mostra di disapprovare.

sull'onerosa tassa annuale di concessione governativa, etc. Così A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, p. 19.

⁵³ R. LUPI, *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in *Elusione fiscale*, cit., p. 263.

⁵⁴ La circolare n. 320/E-III-6-1376 del 19 dicembre 1997 Dir. Aa. Gg., dopo aver riportato il testo della Relazione ministeriale, aggiunge: "non c'è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizione. Una diversa soluzione finirebbe per contrastare con un principio diffuso in tutti gli ordinamenti tributari dei Paesi sviluppati, che consentono al contribuente di regolare i propri affari nel modo fiscalmente meno oneroso, e dove le norme antielusive scattano solo quando l'abuso di questa libertà dà luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi che, pur formalmente legali, finiscono per stravolgere i principi del sistema".

realizzano un risparmio d'imposta *patologico*, cioè disapprovato dal sistema fiscale nel suo complesso o dai principi settoriali che ispirano alcuni comparti della materia, quantunque non esplicitamente vietato da singole norme⁵⁵: una cosa è scegliere la soluzione economicamente meno onerosa, altro è preconstituire una orchestrazione fittizia per *legalizzare un risparmio d'imposta*⁵⁶.

Si tratta, quindi, di distinguere tra un risparmio d'imposta fisiologico ed uno patologico: da quanto detto emerge chiaramente come il lecito risparmio d'imposta e l'elusione siano figure autonome e teoricamente non confondibili: infatti scegliere l'ipotesi meno onerosa fra le alternative esplicitamente previste dal legislatore, significa compiere una scelta pienamente lecita, congruente con la *ratio* della norma che la prevede.

C'è però da precisare che quando il contribuente inquadra la propria attività nella cornice degli strumenti giuridici per lui più convenienti, al limite ponendo in essere un certo comportamento solo in funzione della disciplina tributaria che ad essi si riconnette, e della quale egli è consapevole a priori, ancora non sta realizzando una fattispecie di elusione fiscale: per poter sostenere che si tratta di elusione è necessario dimostrare che i regimi tributari di cui il contribuente ha fatto applicazione sono secondari, subordinati e serventi (esprimendo insomma *una scappatoia*), rispetto a quello da cui sarebbe potuta derivare una maggiore imposizione fiscale.

Deve cioè dimostrarsi, attraverso una valutazione di tipo sistematico, che la scelta operata a favore di un determinato comportamento costituisce un espediente sistematicamente disapprovato rispetto ai comportamenti generalmente approvati nella prassi ordinaria.

Questo aspetto risulta particolarmente importante poiché molto spesso, viene ritenuto *erroneamente* elusivo quel comportamento con cui il contribuente

⁵⁵ R. LUPI, *Manuale professionale di diritto tributario*, Ipsoa, 1998.

⁵⁶ P. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, op. cit., p. 20.

soltanto perché, appunto, egli si è messo appositamente in una posizione tale da beneficiare di un certo regime fiscale considerato *odi favoreo*, fino al paradosso di considerare elusiva anche l'opzione per regimi di imposta volontaria, a carattere sostitutivo e più convenienti di quelli ordinari, voluti ed incentivati dallo stesso legislatore⁵⁷.

Diventa così elusivo quel vantaggio che il contribuente ha ricercato *o appositamenteo*, senza chiedersi se si trattasse di un vantaggio di sistema o di un vantaggio che il sistema disapprovava: ne consegue che l'Amministrazione finanziaria, per muovere una accusa di elusione, non può limitarsi a rilevare l'ottenimento di un vantaggio fiscale da parte del contribuente bensì, dovrà adeguatamente provare lo scopo elusivo dell'operazione che contesta sotto il profilo sistematico: in una parola, deve provare l'aggiramento.

La conferma di quanto sinora esposto è comprovata da numerose pronunce della Corte

di Cassazione, ove si è affermato che si deve *o sempre tener presente che l'impiego di*

forme contrattuali e/o organizzative che consentano un minore carico fiscale, costituisce

esercizio della libertà di impresa e di iniziativa economica, nel quadro delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario.

*Il rifiuto di un'applicazione meccanica del principio può cogliersi anche nel filone della giurisprudenza comunitaria, che ha negato la qualificazione come abuso del diritto di stabilimento la scelta di un Paese come sede sociale da parte di un'impresa che non possiede ivi strutture amministrative o produttive, soltanto per il regime fiscale più favorevole di tale paeseo*⁵⁸.

⁵⁷ Si pensi alle accuse di elusività mosse talvolta a soggetti che avevano optato per l'applicazione dell'imposta sostitutiva sui conferimenti d'azienda, oppure che avevano attuato una trasformazione societaria per accedere al regime catastale dell'agricoltura.

⁵⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. Trib., 17 ottobre 2008, n. 25374.

essere così; diversamente, il contribuente per non incorrere in contestazioni di elusività, avrebbe sempre il dovere di seguire il regime fiscale più oneroso fra tutti quelli lecitamente possibili, il che, peraltro, comprometterebbe il principio di libertà di iniziativa economica tutelato dall'articolo 41 della Costituzione⁵⁹.

Il contribuente non potrebbe cioè scegliere liberamente il percorso negoziale più confacente ai propri obiettivi economici, ma dovrebbe scegliere quello implicante il maggior carico fiscale; inoltre, non potrebbe per definizione mai accedere ad un regime fiscale di favore, per quanto òdi sistemaö se non addirittura incentivato dal legislatore, perché in quei casi mancherebbero per definizioni le òragioni economicheö.

Tuttavia, se in astratto risulta relativamente facile distinguere tra i due fenomeni, in concreto non è sempre così immediata la qualificazione delle fattispecie, poiché l'ideale linea di demarcazione fra i suddetti fenomeni non è fissa e determinata, ma tende a spostarsi in funzione della sensibilità e dell'ampostazione accolta dall'interprete, nonché del grado di evoluzione raggiunto dall'ordinamento giuridico⁶⁰.

Quanto al concetto di evasione fiscale, definita anche *tax insolvency*⁶¹, nonostante manchi nel nostro ordinamento una specifica nozione legale, questa lacuna tuttavia non ha impedito che la stessa costituisca fenomeno suscettibile di autonomo inquadramento in termini giuridici.

Tradizionalmente, in dottrina, con il termine *evasione fiscale* si indicava ogni òinadempimento (colpevole) della pretesa tributaria, già validamente sorta con la realizzazione della fattispecie legaleö, che è perpetrato dal soggetto passivo

⁵⁹ Che recita così: òL'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini socialiö.

⁶⁰ Sul punto si veda, P. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, p. 21; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, p. 148.

⁶¹ G. RIPA, *La fiscalità di impresa*, Cedam, 2011.

damentalmente *“disonesto ed antitributario”*⁶²:

la frustrazione dell'obbligazione fiscale avviene, cioè, mediante comportamenti commissivi od omissivi, che impediscono la conoscenza o la conoscibilità del fatto imponibile, oppure vanno ad alterarne il contenuto⁶³.

Si viene a configurare, quindi, una fattispecie *contra legem*, in cui il soggetto passivo, successivamente al verificarsi del fatto imponibile, tende ad evitarne illegalmente le conseguenze legali che si riconnettono all'insorgenza di esso, influenzando sull'adempimento degli obblighi formali e sostanziali connessi al presupposto del tributo: in altre parole, l'evasione si caratterizza per la riduzione diretta dell'onere fiscale, diretta poiché l'evasore *“non modifica legalmente la struttura del presupposto, attraverso la manipolazione della fattispecie”*⁶⁴, ma si limita ad evitarne illegalmente le conseguenze.

Il fatto imponibile esiste nella sua integrità, per cui l'azione del soggetto passivo non è finalizzata alla modificazione legale della struttura, ma a sfuggire illegalmente dalle conseguenze: tale azione, a posteriori, (poiché quando si mette in atto il comportamento evasivo, il fatto imponibile si è già verificato e l'obbligazione è già sorta) non può influire sull'esistenza o sulla configurazione del presupposto ma solo sull'adempimento degli obblighi⁶⁵.

I comportamenti evasivi provocano comunque due conseguenze peculiari della figura in oggetto:

- la creazione di un'apparenza illecita, o l'altrettanto illecita negazione di ogni apparenza giuridica, da cui derivano, rispettivamente, la riduzione e l'inesistenza del debito d'imposta;

⁶² Così G. GARCIA, *La cosiddetta “evasione fiscale legittima”*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1974, pp. 50 e ss. e 254 e ss.; E. BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, 1954, p. 27; A. HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, 1956, p. 148; V. VISCO, *Evasione fiscale*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Torino, 1990, pp. 291 e ss.

⁶³ A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, op. cit., p. 5.

⁶⁴ G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007, cit., p. 171.

⁶⁵ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, op. cit., p. 134.

Amministrazione finanziaria, di valutare

l'affidabilità della base imponibile dichiarata su base documentale.

Il fenomeno dell'evasione è, dunque, un problema di informazione e di conoscenza⁶⁶: questa particolare connotazione è diretta conseguenza dell'attuale criterio di applicazione dei tributi basato sull'adempimento spontaneo dei contribuenti.

Infatti, facendo una premessa di carattere storico, la situazione anteriore alla riforma tributaria degli anni Settanta vedeva il Fisco ricoprire un ruolo attivo, inquisitorio, in cui era difficile parlare di evasione fiscale, in quanto la determinazione e la riscossione del tributo avvenivano direttamente ad opera dello stesso; tuttavia, l'aumento del numero dei contribuenti ha comportato un sempre più intenso coinvolgimento dei soggetti passivi nell'applicazione del tributo, nonché l'attribuzione all'Amministrazione finanziaria di funzioni meramente di controllo selettivo, finalizzate a scoraggiare le evasioni più che a recuperare le imposte⁶⁷.

L'evasione tributaria è, pertanto, considerata alla stregua di un comportamento intrinsecamente antigiusuriero (non rilevando il conseguimento di un effettivo vantaggio economico da parte del contribuente); di conseguenza, la pretesa da parte degli organi amministrativi alla corretta applicazione della legge tributaria, non può che rappresentare un interesse giuridico meritevole di tutela.

L'ordinamento reagisce allo specifico *illegalismo dei diritti*⁶⁸ individuando idonei strumenti normativi volti al recupero del tributo evaso, nonché di contrastarla mediante l'irrogazione di sanzioni, sia amministrative che penali⁶⁹; tuttavia, la suddetta reazione è graduata in relazione alla gravità della violazione ed all'entità del mancato pagamento dell'obbligazione dovuta.

⁶⁶ Ad esempio l'evasione delle imposte è realizzata mediante irregolarità ed artifici contabili, omissione delle dichiarazioni obbligatorie ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto, la mancata registrazione di ricavi o compensi incassati, la rilevazione di costi non sostenuti, etc.

⁶⁷ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, p. 36.

⁶⁸ Così, C. F. GROSSO, *L'evasione fiscale*, Torino, 1980, p. 15, il quale con tale definizione identifica le frodi, le evasioni fiscali, le operazioni commerciali irregolari.

⁶⁹ S. SAMMARTINO, D. COPPA, *Sanzioni tributarie*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, pp. 434 e ss., e I. CARACCIOLI, *Tutela penale del diritto d'imposizione fiscale*, Bologna, 1992.

la esistente tra l'evasione tributaria ed il reato di frode fiscale: *Hensel* osserva, ad esempio, che la frode fiscale consiste in un *inadempimento colpevole della pretesa tributaria già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie*⁷⁰.

La *frode fiscale* si verifica nello specifico caso in cui, al fine di evadere le imposte, il contribuente pone in essere una condotta fraudolenta aiutandosi da documenti falsi, tale da impedire all'Amministrazione tributaria l'accertamento e la determinazione della situazione reddituale o del volume d'affari, ed altresì, l'importo dell'imposta evasa deve raggiungere un grado molto grave che si misura normativamente nella cosiddetta *soglia di punibilità penale prevista nella disciplina penale tributaria*⁷¹.

In quest'ottica, dovrà considerarsi inadempimento dell'obbligazione tributaria, oltre all'incompleto od omesso assolvimento del tributo, anche ogni atto o fatto che rende più onerosa la funzione di controllo propria degli Uffici impositori.

Dal punto di vista giuridico, entrambe hanno come scopo principale quello di non corrispondere quanto dovuto allo Stato, ma si caratterizzano per una diversa configurazione dell'illecito, vale a dire un diverso momento consumativo del reato: l'evasione si perfeziona con l'inadempimento definitivo del debito d'imposta, i reati di frode fiscale precedono invece l'evasione e si perfezionano con l'esecuzione di atti strumentali all'evasione, rilevanti in sede penale.

Sulla base di quanto esposto, è possibile individuare quei connotati dell'elusione fiscale che consentono di posizionarla temporalmente rispetto alle figure del lecito risparmio d'imposta e dell'evasione fiscale.

⁷⁰ A. HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, 1956, cit., p. 148.

⁷¹ Su questo punto, la L. n. 80/2003 dell'Italia dispone che la sanzione fiscale penale debba essere applicata soltanto qualora siano contestualmente presenti due requisiti: la frode e l'effettivo e rilevante danno per l'Erario. Pertanto, un'evasione fiscale di importo milionario, ma realizzata attraverso una mera condotta omissiva o commissiva senza frode, non dovrebbe costituire reato. Si veda, E. MASTROGIACOMO, *Problemi e dibattiti. I reati tributari a sei anni dalla riforma. Carenze giurisprudenziali e proposte della dottrina*, in *Il Fisco*, n. 18 del 01.05.2006.

lusioni fiscali operano al livello che si colloca successivamente alla fase dell'individuazione ed analisi, da parte del contribuente, delle conseguenze fiscali che la legge riconnette al compimento di determinate azioni: si tratta della fase del perfezionamento, in cui si ha la piena realizzazione del presupposto d'imposta e la contestuale nascita dell'obbligo tributario.

L'evasione fiscale, così come la frode fiscale, si realizza invece nell'ultima fase del ciclo di vita, in cui l'obbligazione si estingue (o comunque dovrebbe estinguersi) con l'adempimento degli obblighi che la legge riconnette alla nascita della stessa.

3. Analisi dei potenziali strumenti di contrasto al fenomeno elusivo

Le notevoli difficoltà che si incontrano nel delineare compiutamente il concetto di elusione fiscale, sono destinate ad aumentare ulteriormente se ci proponiamo l'obiettivo di individuare quali possano essere gli strumenti più opportuni a contrastare l'insorgere del fenomeno.

In dottrina, quanto in giurisprudenza, è stata avanzata da più parti l'idea di affrontare e risolvere il problema dell'elusione mediante il ricorso di strumenti sostitutivi di contrasto⁷²: l'estrema varietà di forme con cui può presentarsi l'elusione (ad esempio, la discrepanza tra forma giuridica e realtà economica, l'impiego di negozi tra loro collegati, la surrogabilità del risultato economico ottenuto rispetto alla fattispecie assunta a presupposto d'imposta, l'artificioso aggiramento della norma tributaria), hanno suggerito di valutare la possibilità di impiegare, in chiave antielusiva, sia strumenti propri dell'ordinamento giuridico in generale, sia figure civilistiche, tipiche ed atipiche, che presentino punti di contatto con il fenomeno in esame.

⁷² A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, p. 90.

alcuni tra i principali strumenti cui si è fatto ricorso al fine di contenere il fenomeno elusivo: questi possono essere suddivisi in intersettoriali da una parte, applicando lo strumento ermeneutico, e fattispecie civilistiche quali la simulazione, l'interposizione fittizia di persona e il contratto in frode alla legge.

Tuttavia, tali strumenti considerati solamente *potenziali* di contrasto all'elusione, non sono stati capaci di arginare il fenomeno a causa non solo dei limiti intrinseci che ciascuno strumento può presentare e dei problemi sistematici che possono manifestarsi per il fatto di perseguire finalità differenti da quelle connaturate, ma soprattutto per la difficoltà di operare in un settore dell'ordinamento come quello tributario, che oltre ad essere diverso dal loro settore di origine, presenta caratteristiche e problematiche del tutto peculiari.

3.1 L'interpretazione antielusiva

La giurisprudenza, la dottrina e l'Amministrazione finanziaria, per contrastare il fenomeno elusivo, hanno percorso innanzitutto la strada dell'interpretazione della norma giuridica⁷³.

Ad oggi, numerosi Autori, hanno visto lo strumento ermeneutico come un possibile ed efficace mezzo di reazione dell'ordinamento al fenomeno elusivo, anche alla luce dei risultati ottenuti negli ordinamenti in cui l'adozione normativa di specifici indirizzi interpretativi costituisce lo strumento generale ed ordinario di contrasto all'elusione fiscale⁷⁴.

Il rapporto tra interpretazione ed elusione, risulta agevole se pensiamo che la prima opera in un momento antecedente rispetto all'elusione e può bloccarla: si afferma, infatti, che la prima inizia dove finisce la seconda, sicché il contribuente non potrà mai giustificare e qualificare come elusiva una condotta frutto di

⁷³ P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995, pp. 29 e ss.; P. TABELLINI, *Elusione fiscale*, Milano, 1989, pp. 109 e ss.; A. DI PIETRO, *Elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano, 1999.

⁷⁴ V. UCKMAR, *Tax Avoidance and Tax Evasion*, in *Cah. Dr. Fisc. Int.*, 1983, cit., pp. 25 e ss.

dettata esclusivamente da un suo personale

calcolo di convenienza.

A parere di Tabellini *«nella misura in cui il fenomeno che si assume elusivo è riconducibile nell'ambito della norma, mediante l'impiego normale degli strumenti ermeneutici comunemente ammessi, non può parlarsi di elusione e diventa arbitrario attribuire all'affermazione considerata significati di qualche interesse»*⁷⁵.

Una volta riconosciuto che l'applicazione delle norme tributarie non richiede l'uso di criteri interpretativi diversi da quelli previsti ed utilizzabili per tutte le norme giuridiche, l'efficacia giuridica del fenomeno elusivo, nonché la sua qualificazione, ha finito per diventare un aspetto del più ampio problema interpretativo delle norme tributarie, ed è evidente come un simile assunto potrebbe essere interpretato come una delle più importanti eredità della tradizione romanistica, dato che quello dell'interpretazione delle norme giuridiche è un problema antico, generale e quindi comune ad ogni disciplina giuridica.

Nel diritto, per interpretazione si intende l'attività volta a chiarire e stabilire il significato delle disposizioni, ossia degli enunciati nei quali si articola il testo di un atto normativo, in vista della loro applicazione nei casi concreti.

Le relazioni ed i collegamenti tra interpretazione ed elusione delle norme tributarie, muovono dal dettato dell'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile; in particolare, il comma 1 afferma che *«nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore»*.

Nel primo periodo, si fa riferimento alla cosiddetta *«interpretazione letterale»* del testo normativo (*vox iuris*), volta ad attribuire alla norma il significato che si evince immediatamente dalle parole utilizzate, mediante uno studio etimologico del testo.

⁷⁵ P. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, op. cit., p. 118.

La portata di qualunque disposizione deve essere individuata dall'interprete attraverso il ricorso al criterio *logico-sistematico*, vale a dire quell'attività ermeneutica che, muovendo dall'intero sistema normativo vigente (e non solo dalla singola norma), giunga a ricostruire la *ratio legis*⁷⁶, superando il significato che assumono le parole e concentrandosi sul vero contenuto della disposizione: questo, consente così di aprire la strada alla cosiddetta *interpretazione teologica o finalistica*, che dà un valore preponderante allo scopo che il legislatore ha inteso realizzare, emanando la norma, consentendo anche di attualizzare il significato della stessa.

In dottrina, nonostante la consolidata opinione che l'interpretazione della norma tributaria soggiacesse, in linea di massima, alle stesse regole e principi operanti negli altri settori dell'ordinamento, sono emerse teorie che postulavano l'esistenza di orientamenti ermeneutici autonomi e aprioristici, basati sulla convinzione che l'ambito tributario avesse connotati peculiari che lo distinguevano dagli altri ordinamenti e che la semplice letteralità non sia, da sola, in grado di garantire gli interessi finanziari che la norma tributaria sottende.

Nell'ambito di tali teorie, un ruolo fondamentale viene ricoperto dall'*interpretazione funzionale*, nata in Germania ad opera di *Becker* nel 1919 e sostenuta in Italia dai precetti della Scuola pavese di *Griziotti*, che ha rappresentato forse l'unico tentativo di combattere il problema dell'elusione fiscale⁷⁷, sostenendo che non si potesse prescindere da un controllo della funzione e della causa giustificativa della prestazione tributaria imposta.

L'impiego dell'interpretazione funzionale, si caratterizza per essere una reazione di natura endogena alla norma tributaria che il contribuente cerca di eludere, ma non riesce; all'interprete è, infatti, riconosciuta la possibilità di applicare una metodologia non formalistica ma flessibile, in grado di andare al di là del tenore

⁷⁶ I criteri legali enunciati dall'art. 12 delle *Preleggi* sono posti non in un rapporto alternativo o sequenziale, bensì di pari rango e di reciproca complementarietà.

⁷⁷ B. GRIZIOTTI, *Lo studio funzionale dei fatti finanziari*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1940, pp. 306 e ss.; *L'interpretazione funzionale delle leggi finanziarie*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1949, pp. 347 ss.; *Come interpretare la legge d'imposta sui redditi agrari*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1952, II, p. 7.

quando la *ratio* che la sottende nonché la natura dei fenomeni regolati.

La teoria dell'interpretazione funzionale, ha avuto il merito di tentare di far emergere la *«sostanza economica»* delle operazioni, prescindendo dalla loro *«apparenza»*⁷⁸, facendo così cadere *«lo scudo della forma giuridica dietro il quale il fenomeno elusivo normalmente si nasconde e degradando l'elusione a pseudo-problema»*⁷⁹.

Tuttavia, questo tipo di interpretazione è stata oggetto di critiche dottrinali che hanno di fatto evidenziato come un tipo di interpretazione così flessibile portasse alla sostanziale negazione della certezza del diritto, rendendola perciò assolutamente inaccoglibile⁸⁰.

In particolare, l'opera di Griziotti è stata criticata sotto tre diversi profili: in *primis*, l'interpretazione delle norme deve essere conforme al disposto dell'articolo 53 della Costituzione, in quanto il principio di capacità contributiva costituisce il fondamento della legislazione tributaria, ed invece, lasciando la facoltà al giudice di disapplicare la norma impositiva in tutti quei casi che non presentano la specifica manifestazione di capacità contributiva che il legislatore ha inteso colpire, si attribuirebbe, di fatto, all'organo giudiziario una funzione ed un potere non previsto dall'ordinamento.

In secondo luogo, se l'interpretazione sottoponesse a tassazione fattispecie non espressamente previste dalla norma, si violerebbe in tal caso il principio di legalità contemplato all'articolo 23 della Costituzione: tale contrasto sarebbe molto frequente in un sistema come il nostro, caratterizzato da norme tributarie prevalentemente a *«fattispecie esclusiva»*.

⁷⁸ Griziotti affermava che l'individuazione dell'esatta portata della norma impositiva non poteva prescindere dalla ricerca delle funzioni e delle cause elementari di ogni entrata, fra le quali soprattutto la funzione economico-sociale, essendo il tributo essenzialmente un fatto economico. (Cfr. B. GRIZIOTTI, *L'interpretazione funzionale delle leggi finanziarie*, op. cit., p. 347).

⁷⁹ G. TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1986. cit., p. 374.

⁸⁰ A. D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, cit., p. 156.

zione funzionale utilizzando lo strumento ermeneutico semplicemente per individuare la base economico-finanziaria del prelievo tributario, significherebbe farlo rientrare nell'alveo dei tradizionali strumenti interpretativi, senza ampliare l'ordinaria prassi ermeneutica che impone di adeguare il senso della norma al peculiare fenomeno esaminato⁸¹.

In conclusione, nonostante si ritenesse tale interpretazione capace di confinare l'elusione fiscale facendola apparire *non più come una patologia lacerante ma piuttosto come una fenomenologia episodica*⁸², in dottrina ha prevalso una corrente maggiormente prudente e tradizionalistica, che ha però indirettamente privato il sistema di uno strumento potenzialmente efficace nella lotta al fenomeno elusivo.

Per tale ragione, parte della dottrina ha ricercato un possibile soluzione al problema elusivo ricorrendo a tecniche di interpretazione più *disinvolte*, e cioè alla pratica dell'analogia ed all'interpretazione estensiva⁸³.

L'interpretazione analogica discende dal dettato normativo del comma 2 dell'articolo 12 delle *preleggi*, che prevede il ricorso all'analogia quale strumento normativo: viene stabilito, infatti, che *se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*: questa è la cosiddetta *analogia legis*⁸⁴; inoltre, *se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (analogia iuris)*.

Sulla utilizzabilità dell'applicazione analogica in campo tributario, le opinioni della dottrina non sono univoche⁸⁵: risulta pacifica l'inapplicabilità sia alle norme

⁸¹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 96.

⁸² P. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, op. cit., p. 119.

⁸³ G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 227.

⁸⁴ Questa risulta ammissibile soltanto se basata sui seguenti presupposti: a) il caso in questione *non deve essere previsto* da alcuna norma; b) devono ravvisarsi somiglianze tra la fattispecie disciplinata dalla legge e quella non prevista; c) il *rapporto di somiglianza* deve concernere gli *elementi della fattispecie* nei quali si ravvisa la *giustificazione della disciplina* dettata dal legislatore (*eadem ratio*).

⁸⁵ Gli Autori favorevoli all'ammissibilità dell'interpretazione analogica in campo tributario M. S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle norme tributarie*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1941, pp. 95 e 124; E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova,

costituendo eccezioni a principi propri del diritto tributario, sia a quelle che implicino sanzioni penali, restando invece controversa la ammissibilità dell'analogia nell'ipotesi di norme impositive⁸⁶.

Tuttavia, la dottrina prevalente ritiene sia del tutto inefficace il ricorso allo strumento ermeneutico per interpretare tali norme tributarie in senso stretto o per una pluralità di motivi.

In primo luogo, il ricorso all'analogia è precluso per tutte quelle norme impositive data l'inesistenza di vere e proprie lacune normative; così Lupi, sottolinea che se un certo fenomeno non è riconducibile né letteralmente né sistematicamente ad alcuna norma impositrice, è inesatto parlare di lacuna⁸⁷: se è la legge stessa che non impone espressamente un'obbligazione, significa che questa non esiste.

In secondo luogo, tale strumento presuppone la presenza di principi e criteri generali in base ai quali ragionare in senso analogico, che risultano assenti nel nostro ordinamento tributario, caratterizzato da una struttura prevalentemente analitica e frammentata, e perciò perde di ogni valenza antielusiva.

Infine, è la difficile integrazione di norme che identificano le ipotesi imponibili, essendo per la maggior parte a fattispecie esclusiva, a rendere impraticabile lo strumento analogico: il legislatore, infatti, mira a colpire solo i casi conosciuti, non risultato concretamente possibile ricondurre tali norme ad un principio generale applicabile al di fuori delle ipotesi espressamente disciplinate⁸⁸.

Così, anche altri Autori sono giunti alla medesima conclusione circa l'impraticabilità di questo tipo di interpretazione, partendo però dall'assunto dell'articolo 23 della Costituzione.

1932, pp. 296 e ss.; A. AMATUCCI, *L'interpretazione della norma in diritto finanziario*, Napoli, 1965, pp. 47 e ss.; M. TRIMELONI, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 1979, p. 77.

⁸⁶ Con riferimento alle quali il divieto discende dall'art. 14 delle *preleggi* che recita così: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati. Il divieto di analogia è rivolto al giudice, o comunque all'interprete del diritto penale. In virtù del principio di analogia non è possibile applicare ad una fattispecie una regola prevista per un caso simile».

⁸⁷ R. LUPI, *Diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2005, cit., p. 74.

⁸⁸ G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1976, cit., p. 79.

analogica delle leggi tributarie è stata negata in quanto tali leggi erano concepite come leggi di *“natura eccezionale”*⁸⁹; successivamente, sulla base del principio di legalità e di riserva di legge⁹⁰, si è affermato come sia la legge stessa a determinare la tassatività delle fattispecie impositive e, di conseguenza, sia vietato introdurre fattispecie imponibili per analogia.

Ai sensi dell'articolo 12 delle *preleggi*, precedentemente menzionato, l'elusione può essere impedita con interpretazioni estensive della norma impositiva, e ciò permetterebbe di estendere l'ambito applicativo della norma fino al più ampio significato con essa conciliabile⁹¹.

Tuttavia, l'utilizzo concreto dello strumento è piuttosto limitato: se da un lato vi è l'esigenza di rispettare i principi di certezza e tassatività della norma tributaria, dall'altro non si può confondere le interpretazioni estensive con quelle analogiche⁹².

A tal proposito, parte della dottrina ha mosso l'obiezione secondo cui l'interpretazione estensiva non sia altro che uno strumento utilizzabile per sfuggire al divieto posto per l'analogia dall'articolo 14 delle *preleggi*.

Per queste sue caratteristiche, alcuni Autori hanno così ritenuto l'interpretazione estensiva non idonea a combattere i fenomeni elusivi⁹³, evitando che con tale strumento l'interprete ed il giudice possano *“creare nuovo diritto”*.

Concludendo, si può affermare che l'adozione dello strumento ermeneutico appare inadeguato per l'interpretazione delle norme tributarie, essendo queste

⁸⁹ M. S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, pp. 95 e ss.

⁹⁰ In virtù della quale *“nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”*. Così G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2005, pp. 188 e ss.

⁹¹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 102.

⁹² N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, in *Giur. It.*, 1968, p. 695, in cui afferma che *“tra l'interpretazione estensiva e quella analogica, in materia tributaria, esistono delle zone grigie che lasciano l'operatore in una grande perplessità che riflette le sue concrete conseguenze sull'ambito d'interpretazione estensiva che di frequente tende a sconfinare nell'integrazione della norma stessa attraverso l'analogia”*.

⁹³ Tra gli altri, A. TRIVOLI, *Contro l'introduzione di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento tributario vigente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, cit., p. 1342.

za e esigenza di certezza che inevitabilmente portano l'interprete ad attenersi alla scrittura testuale delle norme, impedendogli in concreto di arginare il fenomeno elusivo.

3.2 La simulazione

Al fine di contrastare i numerosi e crescenti fenomeni elusivi, una parte della dottrina ha avanzato l'ipotesi di ricorrere all'istituto civilistico della simulazione: tale fattispecie, nel diritto tributario, si presenta come uno strumento per attuare una finalità di elusione o di evasione del debito d'imposta⁹⁴.

Si è in presenza di simulazione, da un punto di vista civilistico, quando le parti vogliono conseguire un risultato diverso da quello che appare dagli atti e dai negozi (formalmente) posti in essere.

La simulazione si caratterizza per la presenza di tre elementi:

- l'intenzione ingannatoria nei confronti dei terzi;
- la divergenza voluta tra dichiarazione ed effettiva intenzione di chi la pone in essere;
- l'accordo simulatorio, vale a dire una sorta di intesa, precedente o contemporanea alla dichiarazione reciproca delle parti, sulla divergenza tra negozio stipulato e rapporto effettivo.

Inoltre, la simulazione può definirsi come assoluta o relativa: la prima, si realizza nel caso in cui le parti si accordano per la conclusione di un contratto del quale vogliono solo l'apparenza, e non la produzione di effetti giuridici⁹⁵, la simulazione relativa, invece, dà luogo ad una difformità tra voluto e dichiarato, per cui si fa apparire l'esistenza di un negozio (simulato) diverso da quello che deve valere (dissimulato)⁹⁶.

⁹⁴ C. DAL PIAZ, *Aspetti del problema della simulazione in materia tributaria*, in *Temi Trib.*, 1959, cit., p. 330.

⁹⁵ P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995, cit., p. 44.

⁹⁶ A. HENSEL, *Diritto tributario*, op. cit., p. 149.

traddizione in termini estendere le conseguenze previste tipicamente per atti non voluti dalle parti (quelli simulati), a negozi in cui vi è coincidenza tra ciò che le parti dichiarano di volere e ciò che effettivamente vogliono (cioè la realizzazione degli effetti giuridici), ed è proprio in questo che risiede il necessario presupposto per realizzare la fattispecie elusiva.

Se sotto il profilo strutturale, mentre la simulazione non serve ad aggirare la normativa ma piuttosto ad occultarne la violazione, l'elusione consiste, invece, nello *«sviamento della fattispecie concreta dal modello tipizzato alla fattispecie astratta»*⁹⁷, e sul piano prettamente concettuale, la differenza tra le due figure rende, pertanto, improprio l'uso della tecnica della simulazione come correttivo dei negozi elusivi⁹⁸.

Ben diversa è invece la situazione in riferimento all'evasione fiscale: infatti, l'obiettivo di evadere le imposte attraverso l'impiego di forme negoziali, si realizza ricorrendo alla simulazione assoluta o relativa dei negozi stessi.

Mediante la formazione di uno o più contratti simulati, si realizza un'apparente costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici patrimoniali generalmente finalizzata ad occultare l'esistenza o la conoscibilità del fatto imponibile⁹⁹.

Occorre, infine, ricordare che l'articolo 1415, comma 2 del codice civile, riconosce ai terzi la possibilità di far valere la simulazione nei confronti delle parti se, e quando, risultino pregiudicati i propri diritti: da questo precetto deriva che l'Erario, in qualità di terzo, può legittimamente agire per accertare la

⁹⁷ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, op. cit., p. 189.

⁹⁸ Ad una tale conclusione è giunta la Suprema Corte che con una sentenza (Cass., 13 marzo 1980, n. 1691, in *Comm. Trib. Centr.*, 1980, II, p. 776), in cui afferma che *«se i contraenti hanno stipulato un contratto in forma tale da eludere una più onerosa tassazione, non può in ciò ravvisarsi una simulazione»*.

⁹⁹ G. GONZALES, *La cosiddetta «evasione fiscale legittima»*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1974, cit., p. 255, per il quale *«la simulazione cerca di dissimulare la ricchezza imponibile con la maschera di una costruzione giuridica apparente, al fine di evitare che l'imposta ricada sopra la ricchezza effettiva»*.

mentalmente posti in essere dal contribuente al fine di evitare la pretesa tributaria¹⁰⁰.

In tal caso, l'Amministrazione potrà verificare l'esistenza di tali negozi simulati ogni qual volta ciò permetta l'emersione di maggior imponibile fiscale o una violazione degli obblighi posti a tutela dell'attuazione regolare dell'obbligo tributario.

Se l'azione giudiziale ha esito positivo, il negozio potrà essere dichiarato nullo per mancanza di causa e l'Amministrazione finanziaria potrà legittimamente procedere alla ricostruzione del fatto dissimulato, sia esso derivante da simulazione assoluta o relativa (in quest'ultimo caso, per la definizione dell'imponibile si dovranno tener presenti gli effetti della controdeklarazione delle parti)¹⁰¹.

3.3 L'interposizione fittizia di persona

L'eclusione fiscale si differenzia anche dall'interposizione fittizia di persona¹⁰².

Si tratta di una delle più importanti fattispecie in tema di *simulazione relativa soggettiva*, in cui le parti vere (interposte) si differenziano da quelle che appaiono all'esterno (interponenti), le quali esprimono la volontà *effettiva*, mentre l'interposto manifesta una volontà solo apparente: queste fattispecie sono, quindi, caratterizzate dalla titolarità solo apparente dei redditi o degli altri indici di capacità contributiva.

L'interposizione fittizia va inoltre distinta da quella reale in quanto, mentre l'interposizione fittizia è uno strumento evasivo¹⁰³, e presuppone la

¹⁰⁰ E. ANTONINI, *Azione di simulazione e legittimazione dell'amministrazione finanziaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1963, pp. 425 e ss.

¹⁰¹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2006, p. 249; R. LUPI, *Diritto tributario*, p. 41.

¹⁰² U. MAJELLO, *Il contratto simulato: aspetti funzionali e strumentali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, p. 650, secondo il quale *l'interposizione fittizia costituirebbe un'ipotesi atipica di simulazione e non un'ipotesi di simulazione relativa, alla quale non sarebbe quindi applicabile l'art. 1414, comma 2 del cod.civ.ö.*

oggetto interponente, dell'interposto e del terzo

contraente (che deve aver manifestato la volontà di assumere diritti ed obblighi nei confronti dell'interponente), quella reale rientra nella sfera dell'elusione.

Con il termine interposizione reale, si allude ad un fenomeno che consiste nel trasferimento di un diritto (del tutto valido ed efficace) effettuato dall'interponente a favore dell'interposto, trasferimento perfezionato sulla scorta del fatto che l'interposto si sia obbligato a compiere un ulteriore passaggio di mano a favore del beneficiario del rapporto.

Nel tentativo di contrastare il fenomeno dell'elusione, il legislatore con l'articolo 30 del Decreto legge n. 69/1989, ha aggiunto il comma 3 all'articolo 37 del D.P.R. n. 600/1973, il quale stabilisce come *in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio, sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise, concordanti che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona*.

Tale norma, ha un ambito applicativo molto ampio che le permette di contrastare tutte quelle ipotesi in cui viene posta in essere una condotta simulatoria finalizzata ad evitare la progressività dell'imposizione, ovvero di beneficiare di un carico fiscale meno gravoso, sfruttando alcuni meccanismi previsti dal legislatore per preservare dal prelievo determinate manifestazioni di ricchezza.

La finalità prima della norma sembra quella di riaffermare la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di *disattivare* il profilo soggettivo simulato direttamente nell'atto d'imposizione, permettendogli di cogliere immediatamente la realtà effettiva che si muove dietro l'elemento simulato, senza l'intervento di alcuna pronuncia giurisdizionale¹⁰⁴.

¹⁰³ Come rileva G. PALUMBO ne *L'elusione fiscale e abuso del diritto*, cit., p. 2, *«quando una persona fisica o giuridica interpone tra sé e il Fisco un altro soggetto, si crea una situazione in cui l'apparenza mira a mascherare la realtà, determinando un'evasione in capo al vero soggetto passivo d'imposta»*.

¹⁰⁴ In questo senso, A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, p. 115 e G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, p. 213.

o tenere letterale, tale comma non sembra introdurre nell'ordinamento tributario la figura dell'elusione perpetrata attraverso l'interposizione di persone, né consente di rimuovere quest'ultima perché elusiva, ma presuppone solo l'esistenza di un'interposizione fittizia come istituto civilistico e, in particolare, la possibilità per l'Ufficio di far valere ordinariamente in via presuntiva la simulazione soggettiva quale indice di evasione e non di elusione.

L'articolo 37 del D.P.R. n. 600/1973, dunque, può assurgere al ruolo di norma antielusione per quanto concerne gli obiettivi da perseguire, ma non certamente dal punto di vista applicativo¹⁰⁵.

Dunque, è possibile affermare come il comma 3 del sopra citato articolo, sia uno strumento estremamente utile se finalizzato ad arginare il fenomeno della simulazione soggettiva, ma si caratterizza per una difficoltà di applicazione derivante dall'esigenza di acquisire elementi idonei a provare presuntivamente l'esistenza di un rapporto di interposizione fittizia strumentale all'evasione: è noto, perciò, come l'interposizione fittizia di persona sia estranea all'elusione, non potendola qualificare alla stregua di un provvedimento antielusivo.

3.4 Il contratto in frode alla legge

Come si è visto nei precedenti paragrafi, non sembra possibile ricorrere all'istituto della simulazione come strumento di difesa contro l'elusione, il quale, tutto al più, può essere utile per bloccare alcune fattispecie specifiche di evasione, ma non certamente le condotte elusive.

Per tutti questi motivi, parte della dottrina, a fronte della mancanza nel nostro ordinamento tributario di uno strumento generale antielusivo, ha mostrato sempre

¹⁰⁵ F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. Prat. Trib.* 1992 e C. MAGNANI, *Interposizione fittizia ed imputazione del reddito*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1990.

de alla legge quale rimedio di portata generale idoneo a porre fine ai comportamenti elusivi.

La frode alla legge (*fraus legis*), è una figura elaborata dai giurisperiti romani¹⁰⁶ che nasce in ambito civilistico, presentandosi come uno *strumento di carattere ibrido, prodotto da un lungo processo di depurazione tecnica*¹⁰⁷.

Il fenomeno in questione, si caratterizza per l'aggiramento (*circumvenio*) della norma di legge (elemento soggettivo), facendo salvo il suo tenore letterale, mediante l'abuso da parte del soggetto privato della libertà di adottare un certo trattamento per i propri interessi (elemento oggettivo), sfruttando le varietà di forme giuridiche che l'ordinamento gli mette a disposizione, allo scopo di ottenere un risultato che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova¹⁰⁸.

La sussistenza di questi due elementi dovrà essere provata per identificare ai fini civilistici il negozio come in frode alla legge¹⁰⁹.

L'istituto dell'*agere in fraudem legis* ,si esaurisce nel disposto dell'articolo 1344 del codice civile, secondo cui *è nullo per illiceità della causa il contratto posto in essere per eludere l'applicazione di una norma imperativa*.

Tale norma, mira a colpire certi risultati come immeritevoli di tutela o a riconoscerla ad altri solo in presenza di determinate circostanze: serve quindi ad impedire che, utilizzando pattuizioni contrattuali atipiche, i contraenti aggirino limiti posti all'autonomia privata, a tutela di elementari doveri di correttezza o di protezione a favore del contraente più debole¹¹⁰.

¹⁰⁶ Sulle questioni relative all'evoluzione della figura si rimanda a U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 12 e ss.

¹⁰⁷ G. GONZALES, *La cosiddetta evasione fiscale legittima*, op. cit., p. 65.

¹⁰⁸ Aggirare la norma è sempre un *agere in fraudem legis*, fenomeno distinto dalla diretta violazione della norma (*agere contra legem*). Cfr. P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 54.

¹⁰⁹ Il negozio viene infatti considerato elusivo, e quindi improduttivo di effetti solo a condizione che l'Amministrazione Finanziaria provi la sussistenza dell'aggiramento della norma tributaria come effetto dell'intenzione elusiva e fraudolenta del contribuente.

¹¹⁰ Si pensi alle norme in tema di obblighi familiari, di tutela dei minori e del debitore, di tutela del lavoratore o dell'inquilino. In questo senso, R. LUPI, *Manuale professionale di diritto tributario*, Ipsoa, 1998.

viene violata direttamente perché la causa del contratto è comunque lecita, ma viene elusa indirettamente mediante il ricorso ad un'attività di aggiramento.

Il negozio in frode alla legge è stato oggetto di studio in ambito tributario, nel tentativo di introdurre tale istituto nel sistema fiscale e nell'intento di ricavarne un rimedio di portata generale per contrastare l'evasione.

Tuttavia, in dottrina, la concreta possibilità di fare ricorso allo strumento della frode alla legge in campo tributario non è affatto pacifica ed oltre a ciò, sussiste sempre il problema derivante dall'incompatibilità delle posizioni assunte dai diversi Autori in ordine al modo di inquadrare concettualmente l'operatività della suddetta fattispecie.

Se una parte della dottrina tradizionale e della giurisprudenza italiana esclude la diretta operatività dell'articolo 1344 del codice civile in campo tributario¹¹¹, l'altra parte si rivela a sostegno della tesi dell'immediata applicabilità della menzionata norma codicistica¹¹².

È il concetto di imperatività della norma a rivestire un ruolo essenziale per dirimere la questione della sua applicabilità o meno in campo tributario: considerando, infatti, che la suddetta norma sancisce la nullità dei contratti posti in essere al fine di eludere le norme imperative, si tratta di capire se la disposizione tributaria possa rientrare in tale categoria.

Di fatto, le norme giuridiche si distinguono in imperative e permissive¹¹³: l'articolo 1344 del codice civile si riferisce alle norme proibitive o precettive (cioè quelle norme che dichiarano illecito un certo risultato o ne subordinano il conseguimento al verificarsi di particolari condizioni), le sole che rientrano nella

¹¹¹ Tra questi, L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, pp. 170 e ss., E. PEREGO, *Elusione d'imposta: il risparmio d'imposta ed il negozio in frode alla legge fiscale nell'ottica del diritto civile*, in *Rass. Trib.*, 1989, pp. 507 e ss.

¹¹² Tra i sostenitori, P. PACITTO, *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1987, p. 742 e ss.; F. GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel diritto tributario)*, in *Rass. Trib.*, 1989, pp. 13 e ss.; U. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, pp. 10-11; U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, p. 11.

¹¹³ Le prime introducono una limitazione alla libertà, le seconde fanno venir meno una limitazione.

me imperative, ossia delle norme cogenti (inderogabili).

L'orientamento che nega sostanzialmente l'applicabilità della norma civilistica agli atti elusivi, si basa su due argomentazioni.

La prima, parte dal presupposto che l'imperative, nel senso inteso dall'articolo 1344 del codice civile, non siano tutte le norme inderogabili, ma appunto solo quelle proibitive o precettive, la cui violazione comporta l'applicazione della sanzione di nullità.

Secondo questa tesi, la legge tributaria non può considerarsi una norma imperativa poiché, pur presentando il carattere dell'inderogabilità, non rientrerebbe né nell'una né nell'altra categoria, poiché il fine ultimo delle norme fiscali è quello di assumere il dato di fatto come indice di capacità contributiva.

Pertanto, sarebbe incongruente invocare per tali norme l'articolo 1344 del codice civile, la cui *ratio* è quella di *colpire il risultato, diverso ma analogo a quello previsto dalla norma proibitiva o precettiva, maliziosamente conseguito dalle parti per superare l'ostacolo posto dal legislatore alla sua realizzazione*¹¹⁴.

Per questo motivo, viene esclusa la configurabilità della frode alla legge ai danni della normativa tributaria proprio perché risulterebbe impossibile dimostrare l'esistenza dell'avvenuta lesione dell'interesse sociale che l'ordinamento mira a tutelare con la norma in oggetto¹¹⁵.

Sempre a sostegno dell'inutilizzabilità di tale precetto in campo fiscale, l'impiego di tale strumento civilistico sembrerebbe inefficace rispetto alle esigenze del Fisco: infatti, la nullità del negozio elusivo, risulta al contempo insufficiente non consentendo, di per sé, all'Amministrazione finanziaria, di recuperare il gettito sottratto a imposizione attraverso i comportamenti elusivi, ed eccessiva perché comporterebbe la definitiva eliminazione del contratto, mentre sarebbe più opportuno renderlo inopponibile all'Ufficio permettendo a

¹¹⁴ Così, L. CARRARO, *Negoziato in frode alla legge*, op. cit., pp. 170-171.

¹¹⁵ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, op. cit., p. 149.

negozio ai soli fini fiscali, conservandone la validità civilistica.

Molti dei dubbi e delle perplessità derivanti dalla precedente analisi, potrebbero essere superate da altri Autori favorevoli alla diretta applicabilità in campo fiscale del disposto dell'articolo 1344 del codice civile, secondo i quali, un'interpretazione estensiva della norma civilistica renderebbe quest'ultima un principio di carattere generale applicabile a tutti i settori del diritto, quindi anche a quello tributario¹¹⁶.

Questi, in sostanza, affermano che oggetto di frode possono essere non solo le norme proibitive, ma anche le norme cosiddette "materiali"¹¹⁷, sia che da esse derivino degli obblighi o divieti categorici sia solo degli oneri: il contribuente sarebbe, perciò, indotto a soddisfare i propri interessi eludendo il precetto legislativo rispetto ad ogni norma che presenti il carattere della materialità.

Tali Autori evidenziano come l'articolo in questione, e il correlativo articolo 1418 del codice civile¹¹⁸, enuncino un principio di carattere generale che disciplini anche quei casi di violazione di norme imperative materiali non contemplati da una norma proibitiva espressa, ma il cui verificarsi provoca ugualmente l'interesse protetto e un danno giuridicamente rilevante¹¹⁹: si tornerebbe, però, al problema di fondo, secondo cui non potrebbe ritenersi dimostrata l'esistenza dell'estremo del danno altrui essendo negata dalla maggior parte della dottrina tributaristica la diretta precettività dell'articolo 53 della Costituzione.

¹¹⁶ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., p. 184.

¹¹⁷ Così, F. SANTONASTASO, *I negozi in frode alla legge fiscale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1970, cit., p. 510 e F. BATISTONI FERRARA, *Atti simulati ed invalidi nell'imposta di registro*, Napoli, 1969, cit., pp. 71-72.

¹¹⁸ Il quale afferma che *il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*, dove sono norme imperative quelle che devono sempre essere osservate (inderogabili) dai privati e che sono poste a tutela di un interesse generale.

¹¹⁹ F. GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel diritto tributario)*, cit., p. 17.



Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

isi dell'attuale disciplina in tema di elusione, il legislatore intenda affrontare tale problematica mediante il ricorso a misure interne allo stesso sistema tributario, discostandosi dalla disciplina civilistica della nullità contrattuale, dotandosi di strumenti propri dell'ordinamento tributario.

Alla luce di quanto precede, conclusivamente, possiamo dire che in un sistema tributario casistico come il nostro, sembra che lo strumento della nullità *ex* articolo 1344 del codice civile possa contrastare eccezionalmente quei comportamenti elusivi che, non rientrando nell'ambito di applicazione dell'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973 e non essendo contrastati da norme antielusive specifiche, non sarebbero altrimenti punibili.

L'ELUSIONE FISCALE IN AMBITO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE E CENNI AL CONCETTO DELL'ABUSO DEL DIRITTO

1. Evoluzione della normativa antielusiva italiana ed internazionale

Il tema dell'elusione ha suscitato molto interesse nella dottrina tributarista, specie nell'ultimo ventennio.

Quando il fenomeno ha iniziato a comparire nella realtà operativa, è mancata nel nostro ordinamento una disciplina specifica capace di contrastarlo, e il legislatore ha cercato di dare interpretazioni ricorrendo a norme generali tributarie.

In particolare, si deve evidenziare come nel nostro sistema tributario, le modalità di contrasto del fenomeno non si sono sostanziate sin dall'origine nell'introduzione di un principio generale antielusione, ma il legislatore ha privilegiato, per un ampio periodo, disposizioni particolari imperniate su fattispecie antielusive analitiche che si contrapponevano alla realizzazione dei singoli comportamenti elusivi¹²⁰: il frutto di tale tendenza ha portato, perciò, in seguito alla riforma tributaria nei primi anni Settanta, a far sì che il fenomeno elusivo assumesse dimensioni sempre più crescenti (e talvolta preoccupanti a causa dei suoi effetti negativi sulle casse dello Stato).

Solo verso la metà degli anni Ottanta il legislatore italiano ha avvertito la necessità di creare una normativa generale antielusiva in grado di svolgere una funzione preventiva e correttiva, tentando anche, con un disegno di legge

¹²⁰ In verità, la possibilità di inserire nel nostro ordinamento una clausola antielusiva di portata generale venne presa in considerazione per la prima volta negli anni '60, dalla Commissione *Cosciani*, ma la proposta venne scartata perché ritenuta *«uno strumento eccessivamente penetrante, suscettibile di un uso improprio ed arbitrario da parte del fisco»* e si optò quindi per rimedi antielusivi a portata circoscritta.

(Atto Senato n. 1301), di fornire una precisa definizione del fenomeno stesso¹²¹.

L'inadeguatezza di tali previsioni, tese per lo più a delimitare il concetto di elusione, unito al dilagare di comportamenti elusivi, ha portato il sistema tributario ad emanare l'articolo 10 della legge n. 408/1990, nel quadro di una manovra finanziaria annuale e a seguito di un travagliato *iter* parlamentare che ne testimonia le carenze progettuali, poi trasfusa nell'attuale articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973.

1.1 Le iniziative legislative degli anni Ottanta

Nella stragrande maggioranza dei sistemi giuridici stranieri, l'industrializzazione ha permesso, già nella seconda metà dell'Ottocento, di conoscere e quindi adottare strumentazioni di carattere generale capaci di contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale, migliorando notevolmente la soglia di correttezza dei contribuenti.

In Italia, invece, pur essendo conosciuta e studiata sin dagli inizi del secolo¹²², solo a partire dagli anni Settanta è divenuta rilevante, tanto che nel corso del decennio successivo cominciarono a manifestarsi fenomeni elusivi di particolare gravità, costituiti soprattutto da fusioni di comodo, contro i quali i rimedi allora codificati, rappresentati soprattutto da fattispecie antielusive analitiche (soprattutto presunzioni *ad hoc*), risultarono del tutto inadeguati¹²³.

¹²¹ L'art. 31, comma 1, di tale disegno di legge stabiliva che *«si ha elusione quando le parti pongono in essere uno o più atti giuridici collegati al fine di rendere applicabile una disciplina tributaria più favorevole di quella che specifiche norme impositive stabiliscono per la tassazione dei medesimi risultati economici che si possono ottenere con atti giuridici diversi da quelli posti in essere»*.

¹²² Si ricordano in particolare le ipotesi riferite soprattutto ai prelievi sulla circolazione della ricchezza: infatti, le prime norme antielusive risalgono al 1923 e vennero emanate con i decreti istitutivi dell'imposta di registro e dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni.

¹²³ P. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, p. 129 e F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, p. 1762.

quindi, quella di introdurre una disposizione di

carattere generale, che andasse a coprire gli spazi lasciati dalle norme antielusive in vigore privi di una protezione normativa, sanzionando quei comportamenti che, sebbene formalmente risultassero legittimi poiché non in contrasto con una specifica norma, fossero nella sostanza contrari allo spirito della legge¹²⁴.

Il primo progetto di una clausola generale antielusione, risale al 1986: questa, si collegava all'esigenza di arginare il dilagare delle fusioni per incorporazione di società dotate di sole perdite fiscali, onde consentire all'incorporante di dedursi le perdite pregresse dell'incorporata.

La proposta di legge presentata alla Camera dei deputati e diretta all'introduzione dell'articolo 41 *bis* nel D.P.R. n. 600/1973, consentiva agli uffici delle imposte, in base ad autorizzazione motivata del competente Ispettorato compartimentale delle imposte dirette, di *considerare irrilevanti, ai fini della determinazione del reddito complessivo, gli atti che avessero la loro causa nell'esclusiva o principale la riduzione dell'onere tributario*¹²⁵.

Tale progetto venne, di fatto, abbandonato per due ragioni: la prima è che finiva per attribuire ampia discrezionalità all'Amministrazione finanziaria, essendo libera di accertare la causa elusiva quale elemento discriminante la stipulazione dell'atto e la sua irrilevanza fiscale e, in secondo luogo, venne criticato perché troppo settoriale, riferendosi solo alle imposte dirette.

Successivamente, il 5 agosto 1988 veniva presentato il disegno di legge n. 1301, volto a dotare l'ordinamento di una clausola antielusiva di carattere generale.

Sul piano della struttura di tale fattispecie elusiva generale, il presente disegno di legge introduce alcune importanti novità rispetto al precedente progetto *Piro*, come, ad esempio, quella di non riferirsi più a singoli atti come nella precedente disposizione, ma considerando anche più atti giuridici tra loro collegati¹²⁶.

¹²⁴ F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, op. cit., pp. 1766-1767.

¹²⁵ P. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, op. cit., p. 130.

¹²⁶ Ai sensi dell'art. 31, comma 1 del d.d.l. senatoriale, si è in presenza di un comportamento elusivo ogniqualvolta *le parti pongono in essere uno o più atti giuridici tra loro collegati al fine di rendere applicabile la disciplina tributaria più favorevole di quella che specifiche norme*

rispetto ai precedenti progetti, può individuarsi

nell'obiettivo perseguito da tale disegno di legge, vale a dire nell'introdurre una norma antielusiva generale in luogo di una pluralità di norme antielusive *ad hoc*.

Il secondo comma, infatti, prevede che *«con decreto del Ministero delle Finanze, su conforme parere del Consiglio di Stato, sono indicate le categorie di atti e le condizioni in presenza delle quali si ha elusione del tributo»*: analizzandola, appare evidente come tale decantata «generalità» sia solo formale, facendole di fatto acquisire una struttura rigida proprio perché la sua concreta applicabilità si limitava a colpire le prassi elusive più diffuse.

Tale scelta, è stata ritenuta funzionale a garantire che l'individuazione di specifiche fattispecie fosse rimessa ad un potere sovraordinato, evitando di lasciare ampia discrezionalità al giudice o all'Ufficio accertatore.

In dottrina, la norma suscitò numerose critiche, soprattutto con riferimento all'efficacia retroattiva che la stessa aveva rispetto alle fattispecie verificatesi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge, e questo finì per stralciarla dal testo del progetto nel corso dei lavori parlamentari.

Infine, nel 1989, veniva presentato il disegno di legge delega n. 3705, che può essere considerato il tentativo più organico in tema di lotta all'elusione.

A seguito delle numerose modifiche che il testo subì, la versione definitiva prevedeva che l'elusione fosse ricondotta all'utilizzo di atti e negozi giuridici, anche tra loro collegati, posti in essere al fine prevalente di evitare in tutto o in parte l'applicazione del tributo, atti inopponibili all'Amministrazione finanziaria, la quale in seguito procederà al loro accertamento motivato, previo parere favorevole dell'Avvocatura dello Stato.

Alla luce della breve disamina circa le principali iniziative legislative degli anni Ottanta, è possibile svolgere alcune considerazioni.

La prima, è che il legislatore è sempre stato restio ad estendere i poteri accertativi agli uffici, come lo dimostra il fatto che, ancora oggi, l'identificazione degli atti

impositive prevedono per la tassazione dei medesimi risultati economici che si possono ottenere con atti giuridici diversi da quelli posti in essere».

messa alla discrezionalità degli uffici, ma è stabilita per legge.

Inoltre, le norme proposte in questi progetti, erano destinate ad assolvere, nell'ambito tributario, funzione corrispondente a quella del modello di norma antielusiva basata sulla frode alla legge di cui all'articolo 1344 del codice civile, diventando una specificazione ulteriore della categoria dell'*agere in fraudem legis*¹²⁷.

A conclusione, pare che il legislatore italiano abbia preferito una definizione della clausola antielusiva non propriamente generale, assumendo quale valore di fondo da salvaguardare, la certezza dei rapporti tributari (che nel caso avesse adottato una concezione generale avrebbe sicuramente leso).

1.2 L'articolo 10 della legge n. 408 del 1990

Constatata la sostanziale inadeguatezza degli approcci precedentemente considerati, il legislatore ha tentato di contrastare nuovamente il fenomeno elusivo emanando una disposizione di carattere tendenzialmente generale, anche se, come osservato da autorevole dottrina¹²⁸, esso ha occupato una posizione *òsui generis* e ciò in quanto da un lato, non appartiene a quella *òad hoc legislation*ò cui spesso i legislatori di numerosi Paesi fanno ricorso per fronteggiare le prassi elusive e, dall'altro, non può considerarsi a tutti gli effetti una norma di portata generale, nel senso tradizionale del termine, non colpendo indiscriminatamente tutti i fatti di elusione bensì ispirata al criterio della generalità iscritta in uno specifico comparto¹²⁹.

Secondo la formulazione originaria del disposto dell'articolo 10, primo comma, della Legge del 29 dicembre del 1990 n.408¹³⁰, *òè consentito*

¹²⁷ P. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, op. cit., p. 137.

¹²⁸ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, op. cit., p. 233.

¹²⁹ S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2007, cit., p. 563.

¹³⁰ Tale norma è stata poi modificata una prima volta dalla legge n. 724/1994 ed una seconda volta dalla legge n. 662/1996, per effetto dei quali, a partire dal 1° gennaio 1997, si prevede che

disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale, poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.

La norma, nonostante la portata innovativa nell'accogliere per la prima volta il parametro di natura empirica dell'assenza di valide ragioni economiche e la possibilità di estendere il raggio di applicazione ad una pluralità di fattispecie, attribuendo così nuove e qualificanti funzioni agli uffici, risultò comunque inadeguata.

Una delle cause più probabili, potrebbe rinvenirsi nella superficialità e frettezza del legislatore nel dettare una disposizione che abbracciasse una molteplicità di operazioni (mentre in realtà era stata concepita solo per contrastare le fusioni per incorporazione preordinate all'utilizzo del disavanzo da annullamento¹³¹), la cui terminologia risultò tecnicamente impropria, contribuendo ad aumentare dubbi ed incertezze interpretative ed applicative¹³².

Il primo comma dell'articolo 10 della l. n. 408/1990, occupa una posizione intermedia tra particolarismo e generalità, delimitando l'ambito di applicazione al ricorrere di specifiche condizioni:

1. l'effettuazione di un'operazione tassativamente elencata (in particolare, le operazioni compiute dalla società sul capitale sociale);

È consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessioni di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta. È stato perciò eliminato il riferimento al costo delle partecipazioni sociali e ampliato il novero delle operazioni rilevanti, nonostante con la prima modifica fosse stata eliminata la fusione dall'elenco delle operazioni sottoposte alla norma, che ha creato non pochi problemi.

¹³¹ Dall'esame degli atti parlamentari, emerge che tale norma era l'esatta riproduzione del testo emendato dall'art. 9, comma 3, del disegno di legge n. 5108/1990 relativo alle fusioni di società: la norma, pertanto, è stata adattata ad un pluralità di operazioni societarie, nonostante il testo sia stato originariamente concepito solo per le fusioni di società. Si veda, P. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, p. 139.

¹³² In tal senso, R. LUPI, *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 L. 408/90)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992.

ioni economiche (quale elemento oggettivo di segno negativo del fatto elusivo che, se presente, ne impedisce la costituzione);

3. il requisito dell'esclusività del fine fiscale dell'operazione (ottenere un risparmio d'imposta) coniugato con il requisito della *fraudolenza*¹³³.

La dottrina, nel tempo, ha assunto posizioni contrastanti in cui emergeva come lo strumento non risultasse efficace per contrastare l'insorgenza dei fenomeni elusivi, in quanto sono sopravvissute, nonostante le ripetute modifiche legislative sul testo della norma¹³⁴, le espressioni quali *fraudolentemente* e *scopo esclusivo* che, come ricordato precedentemente, oltre a suscitare molte incertezze sul piano teorico, comportavano gravissime limitazioni in sede applicativa.

Sul primo punto, la dottrina che si è interessata alla questione non si è espressa in maniera univoca, ma ha proposto due differenti orientamenti basati sulla lettura della norma.

Da un lato, troviamo Autori¹³⁵ che, mediante un'interpretazione piuttosto restrittiva della norma (e quindi meno penalizzante per i contribuenti), si è riferita all'avverbio *fraudolentemente* intendendolo come la specifica modalità oggettivamente ingannatoria con cui veniva perseguito l'obiettivo del risparmio

¹³³ Elencazione suggerita da M. ANDRIOLA, *La dialettica tra aggiramento e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. Trib.*, 6/2006, cit., p. 1904.

¹³⁴ L'art. 10 è stato modificato inizialmente dalla legge n. 724/1994, in cui l'art. 28, oltre ad eliminare l'incipio iniziale relativo al costo delle partecipazioni sociali sostenute, eliminò l'esplicito riferimento alle fusioni aggiungendo ulteriori ipotesi (tra cui la liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari) e la congiunzione *o* tra le valide ragioni economiche e lo scopo esclusivo del risparmio d'imposta. Successivamente fu l'art. 3 della legge n. 662/1996 ad aggiungere l'ulteriore ipotesi della cessione d'azienda. La formulazione finale del comma 1 della legge n. 408/1990 è, perciò, la seguente: *È consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione d'azienda, riduzione del capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione e valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta*.

¹³⁵ Tra questi, I. CARACCIOLI, *Fusione e scissione di società. Problemi penali*, p. 6717; P. TABELLINI, *Fusione di società*, p. 1168; A. TRIVOLI, *Contro l'introduzione di una clausola generale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, p. 1366.

elaborati in materia penalistica in relazione al reato di *frode fiscale*, di *truffa*, o di *false comunicazioni ai soci*: naturale corollario di tale ricostruzione, era di fatto l'obbligo incombente sull'Amministrazione finanziaria di provare il dolo che aveva spinto il contribuente a porre in essere quella condotta¹³⁶.

A fronte di tale posizione, viceversa, vi è quella di chi ha suggerito una lettura più funzionale dell'espressione, che escludeva la riconducibilità della frode *dall'impiego di artifici e raggiri*, trattandosi di condotte elusive poste in essere *alla luce del sole*¹³⁷, nel formale rispetto della vigente normativa e senza il ricorso a mezzi fraudolenti.

Sulla base di questo orientamento, se l'espressione in oggetto fosse stata intesa nel senso penalistico del termine, la norma sarebbe stata inapplicabile¹³⁸.

Pertanto, è prevalsa l'opinione di interpretare l'avverbio fraudolentemente rifacendosi all'*agere in fraudem legis*, secondo il significato elaborato già dalla tradizione romanistica, coerentemente con la natura stessa dell'elusione d'imposta¹³⁹: perciò, l'espressione *al solo fine di ottenere fraudolentemente* vuol dire *al solo fine di ottenere mediante un negozio in frode alla legge*,

¹³⁶ M. ANDRIOLA, *La dialettica tra aggiramento e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, op. cit., p. 1905.

¹³⁷ R. LUPI, *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. Trib.*, 1995, p. 418; M. ANDRIOLA, *Ipotesi applicative di norme antielusive*, op. cit., p. 1905.

¹³⁸ F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, cit., p. 1778. L'Autore afferma che qualora *la frode fosse connotata, secondo l'accezione penalistica, dall'impiego di artifici e raggiri, ove tali ultimi espedienti non venissero utilizzati, non si ricadrebbe nell'ambito dell'art. 10, anche se l'operazione veniva effettuata, senza valide ragioni economiche, allo scopo esclusivo di conseguire un risparmio d'imposta. Tale interpretazione della norma, alquanto restrittiva e, quindi, estremamente favorevole ai contribuenti, riposa su di un presupposto indimostrato, e cioè che l'avverbio "fraudolentemente" abbia nella disposizione tributaria in esame un'accezione prettamente penalistica. Nell'ambito di una disposizione, quale l'art. 10, che tende alla repressione di fattispecie di elusione fiscale attuate attraverso un uso distorto di lecite operazioni societarie, mi sembra invece più plausibile ricondurre la frode al concetto generale di frode alla legge previsto dall'art. 1344 c.c., di cui l'art. 10 potrebbe ritenersi costituire una norma speciale espressiva nel campo tributario di tale concetto*.

¹³⁹ In tal senso, si pronunciò anche il *Secit* (il Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî istituito con legge n. 146/1980), il quale esclude che l'espressione dovesse essere identificato nell'accezione penalistica dell'artificio o del raggirio.

sa, non giustificata, pretestuosa, un vantaggio fiscale.

Il termine *ōfrodeö* è molto spesso abusato nel nostro ordinamento, per cui nella norma in questione deve intendersi come *ōattività svolta in malafede mediante raggi per procurarsi un vantaggioö*¹⁴⁰, non realizzabile senza lōinganno, ma non necessariamente riconducibile ad una fattispecie penale.

Tuttavia, è lōespressione *ōscopo esclusivoö* ad aver suscitato ben più gravi perplessità: se a livello comunitario lōobiettivo di eludere poteva essere anche solo *ōprincipaleö*, come si evince dalla formulazione letterale, nella normativa italiana lōoperazione doveva essere preordinata esclusivamente al fine di ottenere un risparmio dōimposta¹⁴¹.

La diretta conseguenza fu di porre forti limitazioni a carico dellōUfficio accertatore, ben potendo il contribuente fornire la prova che lōoperazione sospetta di elusività era stata preordinata per qualsiasi altro fine ulteriore rispetto a quello di ottenere fraudolentemente un risparmio dōimposta¹⁴².

Sotto il profilo analitico, per essere in grado di identificare unōoperazione come elusiva, era necessario, sulla base del disposto normativo vigente, affiancare al perseguimento dello scopo esclusivo di ottenere un risparmio dōimposta, lōassenza di valide ragioni economiche.

La circostanza che il legislatore avesse previsto la concomitanza (avendo utilizzato la congiunzione *ōeö*), faceva supporre che questi si collocassero su due piani distinti: sul piano soggettivo il primo e su quello soggettivo il secondo¹⁴³.

Lōintreccio tra il requisito dellōesclusiva finalizzazione del comportamento allōottenimento del risparmio dōimposta e il requisito dellōassenza di valide

¹⁴⁰ A.O. FERRETTO, *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992, cit., p. 432.

¹⁴¹ In verità, il termine *ōesclusivoö* derivò da una modifica apportata in sede di approvazione del disegno di legge, il quale originariamente prevedeva che tale finalizzazione dovesse essere *ōprevalenteö*, così come era previsto appunto dallōart. 11 della direttiva n. 90/434/CEE in materia di riorganizzazioni aziendali transfrontaliere.

¹⁴² TRIVOLI A., *Contro lōintroduzione di clausola generale antielusiva nellōordinamento vigente*, op. cit., p. 1365.

¹⁴³ CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale*, p. 234.

considerare uno dei due requisiti come ridondante e quindi *ōinutiliter datumō*¹⁴⁴, dove l'Amministrazione finanziaria era tenuta ad effettuare un duplice onere probatorio vertente su una mera valutazione: la mancanza di valide ragioni economiche extra-tributarie.

Tuttavia, nonostante la successiva modifica del dettato legislativo nel 1994 in cui venne eliminata la congiunzione *ōeō*, non si andò oltre *ōad unōartificiosa reductio ad unumō*¹⁴⁵ dei due requisiti, dal momento che l'Amministrazione rimaneva comunque onerata di provare la loro sussistenza.

Pertanto, tale circostanza evidenzia come il requisito delle valide ragioni economiche, mutuato dagli ordinamenti di *common law*¹⁴⁶, sia stato mal posizionato all'interno della disposizione antielusiva, essendo stato affiancato al requisito della frode e impropriamente attribuito all'Amministrazione finanziaria l'onere della prova.

Infine, non meno rilevanti risultavano i limiti che discendevano dalla previsione di fattispecie casistiche caratterizzate da diversi profili di eterogeneità, rendendo vano qualsiasi tentativo di individuare un criterio di natura fiscale che le accomuni¹⁴⁷.

In conclusione, è evidente come la prima disposizione antielusiva italiana era il frutto di una mal riuscita sintesi tra la ricostruzione della frode alla legge tributaria proveniente dalla dottrina italiana e il *business purpose test* di provenienza anglosassone, che la resero sostanzialmente inefficace.

Risultò, pertanto, necessario modificare l'impianto normativo passando dall'attuale legislazione analitica e casistica ad una legislazione assiomatica o per

¹⁴⁴ M. ANDRIOLA, *Ipotesi applicative di norme antielusive*, op. cit., p. 1905.

¹⁴⁵ M. ANDRIOLA, *Ipotesi applicative di norme antielusive*, op. cit., p. 1906.

¹⁴⁶ In tali ordinamenti vige il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, il cui fondamentale corollario è dato dal disconoscimento dei comportamenti che mirano prevalentemente ad ottenere dei risparmi d'imposta, a meno che il contribuente non dimostri che i comportamenti sono sorretti da valide ragioni economiche.

¹⁴⁷ F. PAPPARELLA, *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge n. 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, op. cit., p. 1840.

è una norma antielusiva di chiusura, tesa a recuperare in via residuale gli spazi lasciati privi di tutela.

1.3 Analisi dell'articolo 37 bis del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600

Come è noto, l'articolo 10 della legge n. 408/1990 ha, senza dubbio, innovato fortemente l'ordinamento tributario nazionale, introducendo una clausola che, nonostante non avesse una vera e propria portata generale, ha consentito di mutare l'approccio all'elusione fiscale da parte del legislatore, fino ad allora convinto di poter porvi rimedio solo ricorrendo all'applicazione di norme antielusive speciali.

Come detto precedentemente, l'articolo 10 è stato più volte oggetto di modifiche e, con la legge n. 662/1996, al Governo è stato affidato il compito di revisionare i criteri idonei ad individuare le operazioni potenzialmente elusive anche in funzione di un coordinamento con le disposizioni relative alle ristrutturazioni aziendali.

In attuazione di tale delega, è stato perciò emanato il D.Lgs. n. 358/1997 in cui l'articolo 7 ha inserito l'articolo 37 bis nel D.P.R. n. 600/1973, che rappresenta il tentativo di emanare una norma il più somigliante possibile al modello di clausola generale, o più precisamente di una *Generalklausel* antielusiva vigente in altri Paesi (Germania, Austria, Argentina), ma pur sempre connotata di una valenza settoriale e limitata, sotto un duplice profilo¹⁴⁹:

- la sua collocazione nell'ambito del D.P.R. n. 600/1973, limita la sfera di applicabilità della norma alle sole fattispecie di elusione relative alle imposte sui redditi;

¹⁴⁸ S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, p. 239.

¹⁴⁹ In tal senso, G. ZOPPINI, *Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, p. 53; P. RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.*, 1999, p. 68; G. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1606.

La efficacia all'impiego di almeno una delle operazioni catalogate come elusive nell'eterogeneo elenco fornito dal comma 3 quale condizione necessaria per rendere il comportamento in opponibile all'Amministrazione finanziaria.

Tra le principale novità dell'articolo 37 *bis* rispetto alla precedente disposizione della legge n. 408/1990 troviamo, in *primis*, la previsione del collegamento tra atti, i fatti e negozi giuridici, la quale è risultata, secondo la relazione di accompagnamento, più rispondente alla caratteristica tipica dell'elusione.

Viene poi inserito il requisito dell'aggiramento di obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario in luogo dell'avverbio *“fraudolentemente”* (il quale aveva creato le maggiori difficoltà del citato articolo 10 se interpretato nell'accezione penalistica del termine, svuotando del tutto il contenuto della norma), in modo tale da rendere meglio il nucleo essenziale dei comportamenti elusivi, cioè il ricorso a scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici, ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova.

Infine, il legislatore ha previsto la precisazione al comma 2 delle modalità di determinazione dell'imposta elusa e l'eliminazione dell'espressione *“scopo esclusivo”* indicando solo il fine di ottenere una riduzione o un rimborso d'imposta indebito¹⁵⁰.

Nonostante gli aspetti positivi propri di una *Generalkausel*, il legislatore italiano è apparso particolarmente restio all'idea di introdurre tale strumento ritenendolo parzialmente lesivo del principio di *“certezza del diritto”*: infatti, la scelta di adottare una clausola generale, comporta necessariamente l'attribuzione di ampi poteri nelle mani dell'Amministrazione finanziaria, il che rischierebbe di ledere il principio della riserva di legge di cui all'articolo 23 della Costituzione¹⁵¹.

¹⁵⁰ Tuttavia, nonostante l'art. 37 *bis* non faccia più riferimento all'esclusività dello scopo, è infatti pur sempre sufficiente una qualsiasi valida ragione economica per escludere l'applicabilità della norma antielusiva.

¹⁵¹ P. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, p. 120.

clausola generale potrebbe alimentare un clima di
insicurezza

nei contribuenti circa l'utilizzo di forme negoziali più convenienti¹⁵², che
costituirebbe un
disincentivo alla libera attività negoziale dei privati e, di conseguenza,
comporterebbe
un danno allo stesso gettito fiscale.

Pertanto, la reale efficacia di una clausola generale antielusione, richiede il
contemperamento delle esigenze sottostanti ad ogni disposizione antielusiva: da
un lato, la garanzia dell'insindacabilità da parte dell'Amministrazione finanziaria
delle scelte imprenditoriali, compresa quella di scegliere il regime tributario più
conveniente tra quelli che l'ordinamento mette a disposizione, e dall'altro, la
sindacabilità dei comportamenti elusivi¹⁵³.

1.3.1 Articolo 37 bis, comma 1: quando il comportamento può essere considerato elusivo

L'articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973, rubricato *Disposizioni antielusive*,
dispone al comma 1 che *sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli
atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche,
diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario ed a
ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*.

Nel primo periodo della norma, si parla di *inopponibilità*, un elemento
fondamentale della disciplina attraverso il quale si vuole indicare che, per mezzo
dell'azione amministrativa, non vengono compromessi gli effetti giuridici degli
schemi negoziali messi in atto dal contribuente, ma si impedisce che tale soggetto

¹⁵² G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, p. 330.

¹⁵³ M. ANDRIOLA, *Ipotesi applicative di norme antielusive*, pp. 1909-1910.

i indebitamente derivanti dal comportamento
seguito¹⁵⁴.

La disposizione, è volta a confermare la valenza esclusivamente fiscale dell'elusione fiscale (l'inefficacia relativa nei confronti solo dell'Amministrazione finanziaria), dato che gli effetti del comportamento rimangono impregiudicati dal punto di vista civilistico¹⁵⁵ (non prevedendo quindi la nullità del contratto).

La novità rispetto al passato è rappresentata, inoltre, dalla scelta del legislatore del 1997 di ampliare la sfera di applicazione della clausola antielusiva, sottolineando come l'elusione possa derivare non solo da un singolo atto, fatto o negozio, bensì maggiormente da quella concatenazione e preordinazione di operazioni elusive realizzate mediante complessi schemi negoziali nell'ambito del quale ciascun singolo atto, fatto o negozio potrebbe essere privo delle caratteristiche di elusività¹⁵⁶.

La stessa relazione ministeriale che accompagna la disposizione antielusiva, afferma che *«la caratteristica tipica dell'elusione è che in genere non si esaurisce in una operazione, ma si basa su una pluralità di atti tra loro coordinati. Il vantaggio fiscale non deriva quasi mai, ad esempio, da una mera fusione, da un mero conferimento, o da un'altra operazione societaria, ma deriva anche da eventi preparatori consequenziali, come l'acquisizione o la cessione di partecipazioni sociali»*.

¹⁵⁴ G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'impugnabilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012.

¹⁵⁵ Relazione ministeriale allo «Schema di decreto del 12 settembre 1997» (D. Lgs. 358/1997).

¹⁵⁶ R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta della nuova normativa*, 1997, cit., p. 1106. L'Autore evidenzia come per la giurisprudenza anglosassone, sia essenziale l'elemento della preordinazione per stabilire la presenza dell'elusione, la quale dovrà essere verificata a priori poiché l'intero disegno elusivo deve apparire preordinato. Di conseguenza, in mancanza di una concatenazione anomala rispetto ai risultati economici perseguiti, non potrà ravvisarsi alcuna strumentalizzazione delle regole fiscali applicabili.

disposizione, perché l'elusione sia fiscalmente perseguibile ai sensi del comma 1 dell'articolo 37 *bis*, è necessario il ricorso congiunto di tre tassative condizioni:

1. la mancanza di una qualsiasi *valida ragione economica* che giustifichi l'operazione;
2. l'intento dell'operazione posta in essere di *aggirare obblighi o divieti* previsti dall'ordinamento;
3. il fine ultimo di ottenere *riduzioni d'imposta o rimborsi* altrimenti indebiti.

Le *valide ragioni economiche* sono un concetto non nuovo della normativa antielusiva: esse, infatti, erano previste anche nella precedente normativa, cioè all'articolo 10 della legge n. 408/90, e anche in tale articolo era previsto che *fossero disconosciuti i vantaggi tributari conseguiti da una serie di operazioni, se prive di valide ragioni economiche*.

La sostanziale differenza, consiste nel fatto che mentre nella precedente disposizione la loro assenza coincideva con il fine di *ottenere un vantaggio tributario*, nella nuova costituiscono presupposto autonomo, idonee a definire non se l'operazione si debba considerare elusiva, ma se debba considerarsi fiscalmente lecita, nonostante l'intrinseca elusività.

In altre parole, qualora il contribuente, utilizzando una delle operazioni indicate tassativamente al comma 3, adotti un comportamento diretto ad aggirare la *ratio* di una norma imperativa al fine di conseguire un vantaggio fiscale consistente in una riduzione d'imposta oppure in un rimborso, non giustificato da *valide ragioni economiche*, sta integrando una fattispecie economicamente elusiva.

Tuttavia, qualora riesca a dimostrare che detto comportamento è sorretto da valide ragioni economiche, tale ipotesi, ancorché elusiva, non è perseguibile ai sensi dell'articolo 37 *bis*¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Come afferma P. RUSSO in *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.*, 1999, cit., p. 75, il requisito delle *valide ragioni economiche* è definito come un *esimente*, precisando che *non è la mancanza delle valide ragioni economiche ad atteggiarsi quale*

), hanno una funzione di garanzia circa la correttezza delle intenzioni del contribuente; stante il conseguimento di un vantaggio fiscale contrario ai principi dell'ordinamento, il legislatore rende, comunque, non punibile il comportamento qualora quest'ultimo sia stato intrapreso anche in virtù di un apprezzabile risultato extrafiscale¹⁵⁸.

Pertanto, l'onere della prova non grava sull'Amministrazione finanziaria ma è il contribuente che è chiamato a dimostrare la presenza delle valide ragioni economiche se, appunto, intende sottrarsi all'applicazione della norma.

Il riferimento alle ragioni anziché ai motivi, si giustifica in funzione del fatto che le prime richiamano *standards* giustificativi generalmente accettati, individuabili alla stregua di determinati parametri economici, di un comportamento realizzatosi nel passato.

Zizzo nella sua analisi, afferma che il riferimento alle ragioni *implica la formulazione di un giudizio in ordine alla corrispondenza o meno dei fatti a questi standards, e quindi alla ricorrenza o meno degli scopi per i quali è ragionevole che un determinato comportamento sia attuato*.

Ovviamente, la ragionevolezza economica della condotta deve basarsi sul razionale impiego delle risorse a disposizione del soggetto economico, la cui scelta non dovrà incidere sull'entità del prelievo tributario, ma ciò che conta realmente non è tanto la normalità del comportamento del contribuente quanto la normalità e l'adeguatezza del metro di giudizio, del criterio adottato per valutare la sussistenza degli scopi rilevanti.

Il legislatore con tale espressione, non si accontenta dell'esistenza di qualsiasi ragione economica che sta alla base del compimento dell'operazione¹⁵⁹, ma ha voluto inserire l'attributo *valide*.

elemento costitutivo di essa, ma viceversa è la ricorrenza delle stesse nel caso concreto ad assurgere al rango di fatto impeditivo dell'operatività della norma antielusiva.

¹⁵⁸D. STEVANATO, *Uso e abuso della clausola antielusive*, in *Corriere tributario* 24/2007, 1962.

¹⁵⁹ Il termine *economico* si deve necessariamente considerare nel senso ampio del termine poiché tra le operazioni previste al comma 3 ve ne sono alcune, come quelle alla lettera f), che

to circa la sussistenza di questo requisito, prescinda da una valutazione prettamente soggettiva e venga perciò compiuta ricorrendo a parametri di carattere oggettivo: si ritiene, infatti, che l'apprrezzabilità economico-gestionale, vada operata alla stregua del comportamento dell'operatore economico medio ed intesa a verificare se costui avrebbe avuto buoni motivi per effettuare ugualmente l'operazione, anche in mancanza dei vantaggi fiscali con essa conseguibili.

Tale specificazione, inoltre, consente di escludere che le ragioni economiche debbano essere prevalenti su quelle di ordine fiscale e che cioè sia necessario comparare le due aree per determinare a quale delle due sia ascrivibile il peso maggiore nella giustificazione della condotta¹⁶⁰.

Sul piano degli effetti tributari, l'articolo 37 bis, prevede due ulteriori aspetti che contraddistinguono la condotta elusiva: *l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario*, unico baluardo, nell'ambito di una legislazione tradizionalmente casistica basata sul principio della prevalenza della forma sulla sostanza, contro il rischio di un'attribuzione all'Amministrazione di un sindacato diffuso dei comportamenti imprenditoriali, e *il conseguimento di riduzioni d'imposta o rimborsi altrimenti indebiti*.

La norma, infatti, prevede espressamente che l'Amministrazione sia tenuta a provare che il comportamento, privo di valide ragioni economiche non addotte dal contribuente, aveva come fine ultimo quello di ottenere un risparmio d'imposta, un aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario¹⁶¹.

L'espressione *aggiramento* (e non violazione), che sostituisce il termine *fraudolentemente* utilizzato nel precedente articolo 10 della legge n. 408/1990,

possono essere realizzate non solo nell'ambito dell'attività d'impresa ma anche da un qualunque contribuente.

¹⁶⁰ Nell'ipotesi in cui si ravvisassero ragioni economiche solo apprezzabili, l'applicazione della clausola deve essere esclusa, indipendentemente dalla misura dei vantaggi tributari conseguiti per il tramite del comportamento. Così G. ZIZZO, *La nozione di elusione nella clausola generale*, in *Corr. Trib.*, 39/2006, pp. 3090-3091.

¹⁶¹ R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rass. Trib.*, 1997, cit., p. 1099.

che il contribuente pone in essere uno o più negozi civilmente validi ed efficaci, ma in funzione atipica ed anomala, in modo tale da realizzare un risultato economico sostanziale equivalente a quello del diverso atto o negozio assunto dalla norma a presupposto di imposizione ed evitando così di integrarne gli estremi da un punto di vista formale¹⁶²: detto in altre parole, il giudizio sulla sussistenza dell'aggiramenti presuppone una verifica della *normalità giuridica* del comportamento del contribuente¹⁶³.

Analizzando adesso l'espressione *aggirare obblighi o divieti*, tale locuzione è stata criticata da parte della dottrina sul piano della sua formulazione tecnico-giuridica, perplessità scaturite dalla considerazione che le norme tributarie non hanno carattere precettivo e perciò, per superare le difficoltà interpretative, è necessario spostare l'attenzione dai termini *obblighi e divieti*.

Richiamando, infatti, quanto detto in dottrina rispetto all'applicabilità dell'articolo 1344 del codice civile al tema dell'elusione, sembra chiaro come le norme che impongono divieti e obblighi di cui parla l'articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973 sono, appunto, le norme proibitive o precettive, la cui configurabilità era stata esclusa da chi aveva considerato il problema dell'elusione nella prospettiva del negozio in frode alla legge¹⁶⁴.

In considerazione di quanto detto, si distinguono due ipotesi che devono verificarsi affinché un comportamento possa costituire un *aggiramento di obblighi o divieti* ai sensi dell'articolo 37bis:

- la prima, si riferisce al contribuente che abbia indirettamente conseguito un risultato economico-sostanziale assimilabile a quello *tipico* di un diverso percorso negoziale, qualificato dal legislatore come presupposto dell'imposizione e, al tempo stesso, non risulti che il legislatore abbia consentito, tacitamente o espressamente, un trattamento tributario

¹⁶² G. VANZ, *Elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, cit., p. 1606.

¹⁶³ S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, op. cit., p. 574.

¹⁶⁴ Tuttavia, seguendo tale orientamento, la disposizione in esame risulterebbe del tutto inidonea a contrastare il fenomeno elusivo e tale interpretazione appare piuttosto eccessiva.

agli atti o negozi attraverso i quali può essere
perseguito quello stesso risultato economico.

Se, in questo caso, il contribuente consegue un risparmio d'imposta, potrà dirsi aggirato un *obbligo previsto dall'ordinamento tributario*, ovvero l'obbligo di pagare l'imposta correlata ad una determinata manifestazione di capacità contributiva.

- Il secondo caso, vede il contribuente che abbia posto in essere i requisiti giuridico-formali richiesti dal legislatore per godere di una posizione di vantaggio, senza però che a tali requisiti corrispondano a quelle condizioni economiche assunte dal legislatore come giustificazione di quel determinato regime fiscale: si avrà perciò aggiramento di un *divieto previsto dall'ordinamento tributario*, cioè il divieto di beneficiare di una posizione di vantaggio in mancanza dei presupposti. previsti dalla legge.

La *direzione* impressa agli atti, fatti e negozi, che sostituisce lo *scopo esclusivo* previsto dalla precedente disposizione di cui all'articolo 10, rappresenta l'elemento finalistico che consente di aggregare le parti del tutto, evidenziando l'unitarietà del disegno elusivo¹⁶⁵.

In relazione al *vantaggio fiscale altrimenti indebito*, si individuano due fattispecie: il risparmio d'imposta ed il rimborso, i quali si sostanziano in un alleggerimento sperato del carico fiscale, anche se questo non deve essere previsto ed approvato dal legislatore.

Affinché l'Amministrazione finanziaria possa esercitare il disconoscimento del negozio, il vantaggio fiscale dovrà necessariamente essere presente al momento del compimento dell'operazione e non solo come elemento meramente ipotetico o futuro¹⁶⁶.

Più controversa appare la questione circa il significato da attribuire al carattere *indebito* del risparmio d'imposta.

¹⁶⁵ S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, op. cit., p. 576.

¹⁶⁶ A. NUZZOLO; U. LA COMMARA, *Elusione fiscale*, in *Riv. Guardia Finanza*, 2/2002, cit. p. 790, che stabilisce come tuttavia, il requisito di attualità non rileva ai fini della qualificazione di un'azione come elusiva.

le si individua nella qualifica di *indebitato*, la quale testimonia la necessità di una *disapprovazione* del sistema nei confronti del risultato conseguito dal contribuente, e cioè la violazione di un divieto latente o *implicito*: è proprio qui che, nell'ambito di una norma antielusiva, tale non potrà certamente essere ascritta alla violazione di una norma impositiva¹⁶⁷, né tantomeno potrà essere ricondotta alla violazione di quest'ultima norma, dal momento che il requisito in questione costituisce un elemento della stessa fattispecie antielusiva e non può quindi esaurirsi nella sua violazione: infatti, ciò che rende illecita l'elusione è proprio la violazione della norma.

Nonostante ciò, vero è, invece, che il carattere di *indebitato* vada posto in diretta correlazione con *l'aggiramento di obblighi o divieti* previsti dall'ordinamento tributario: in altre parole, *de da considerarsi indebitato il risparmio d'imposta che consegue all'aggiramento di obblighi e divieti di ordine tributario*¹⁶⁸.

Tale considerazione è dimostrata dall'avverbio *altrimenti*, anteposto all'aggettivo *indebitato*, che evidenzia che quel risparmio d'imposta non sarebbe stato ottenuto se il soggetto economico non avesse aggirato obblighi o divieti tributari.

In tal senso, c'è chi ritiene che il requisito in questione sia alquanto pleonastico, in quanto già insito nel concetto stesso di aggiramento: quando anche fosse previsto *ad abundantiam*, esso chiarisce meglio che non vi è aggiramento di obblighi o divieti, e quindi non vi è elusione, tutte le volte in cui il contribuente consegua un risparmio d'imposta servendosi di una delle vie alternative riconosciute o ammesse, in modo esplicito o implicito, da parte del legislatore.

Ne è logica conseguenza che se lo stesso legislatore prevede o consente, espressamente o tacitamente, un trattamento tributario differenziato in relazione ad atti attraverso i quali può essere perseguito un medesimo risultato economico-sostanziale, deve perciò escludersi la possibilità di configurare un aggiramento e, quindi, il conseguimento di un vantaggio fiscale *altrimenti indebitato*.

¹⁶⁷ Come si è già avuto modo di vedere, l'elusione non comporta la violazione di norme impositive ma il loro aggiramento.

¹⁶⁸ G. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, op. cit., p. 1631.

ta la sussistenza dell'elemento positivo, vale a dire la realizzazione di determinate operazioni dirette ad aggirare obblighi o divieti ed a ottenere vantaggi tributari altrimenti indebiti, dovrà essere verificata la presenza o meno dell'elemento negativo a sostegno dell'operazione: in caso positivo, l'operazione è fiscalmente lecita anche se elusiva, mentre in caso negativo, saremo in presenza di una fattispecie illecitamente elusiva, risultando in concreto perfezionati tutti i requisiti stabiliti dalla norma antielusiva.

1.3.2 Articolo 37 bis, comma 2: il disconoscimento dei vantaggi tributari da parte dell'Amministrazione finanziaria

Il comma 2 dell'articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973 recita *«L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'Amministrazione»*.

La norma, riconosce all'Amministrazione finanziaria, in sede di accertamento, il potere di disapplicare i vantaggi tributari indebitamente conseguiti dal soggetto passivo e al contempo, consentirgli di non perdere le imposte già eventualmente pagate.

Infatti, quando gli atti, i fatti ed i negozi risultano inopponibili all'Amministrazione finanziaria, questa, dopo aver annullato gli effetti fiscali derivanti dall'operazione, procede al calcolo di quanto ancora dovuto, considerando gli importi già versati dal contribuente ed esigendo solo la differenza, cioè le maggiori imposte dovute.

Ricapitolando, l'Ufficio accertatore dovrà essere in grado di porre in essere due tipi di attività consequenziali : la *pars destruens*, nella quale accerta l'esistenza della condotta elusiva e ne disconosce i vantaggi tributari conseguiti, eliminando ai fini fiscali la fattispecie perfezionata dal contribuente, ed una *pars construens*, in cui l'ufficio rettifica a fini impositivi la condotta del contribuente come se

un percorso lineare e ridetermina il *quantum* dovuto, la netto delle imposte dovute in ragione della condotta in opponibile¹⁶⁹.

L'única differenza rispetto alla precedente legge, per cui all'Amministrazione finanziaria era *consentito disconoscere*, è la diversa terminologia utilizzata dal legislatore, dove l'Amministrazione *disconosce* i vantaggi tributari: non sembra, però, essersi modificata l'essenza della norma, capace di attribuire quel potere-dovere all'Amministrazione finanziaria di valutare ed interpretare le norme.

È bene sottolineare nuovamente come il comportamento elusivo non comporti l'irrogazione di sanzioni né amministrative né tantomeno penali¹⁷⁰, in quanto la condotta elusiva non integra la violazione diretta di norme, ma aggiramento delle stesse: essa è, in linea di principio, lecita.

1.3.3 Articolo 37 bis, comma 3: quali sono le operazioni potenzialmente elusive

Così come l'articolo 10 della legge n. 408/1990, anche l'articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973 rappresenta una norma antielusiva solo *semi-generale* poiché risulta limitata nella sua applicazione al verificarsi di tassative operazioni. Tuttavia, se la normativa definita nei primi due commi sembra avere tutti i requisiti propri di una clausola generale antielusione, nel comma 3 viene invece reintrodotta la logica casistica tipica del nostro ordinamento: il dispositivo antielusione è, pertanto, attivabile qualora nell'ambito dei fatti, atti e negozi

¹⁶⁹ G. ZOPPINI, *Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in Riv. Dir. Trib., 2002, cit., p. 119.

¹⁷⁰ V. LIPRINO, *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso di diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service*, in Riv. Dir. Trib., 2008, p. 124, afferma che le sanzioni sono inapplicabili *per assenza di un precetto legislativo che imponga un obbligo chiaro ed incondizionato: un comportamento abusivo può dunque dare vita solo all'obbligo di pagare la maggiore imposta dovuta o restituire quanto eventualmente ricevuto illegittimamente*.

esaurivamente contemplate dall'elencazione di tale comma, nel quale le norme principalmente esposte al rischio d'aggiramento sembrerebbero essere quelle relative alle operazioni straordinarie, quali, ad esempio, la trasformazione societaria, la fusione, la scissione, la liquidazione.

Il comma 3 dell'articolo 37 bis, stabilisce infatti che *le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma*

2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni, elencando nove gruppi di operazioni¹⁷¹:

a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;

b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;

c) cessioni di crediti;

d) cessioni di eccedenze d'imposta;

*e) operazioni di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni*¹⁷²;

*f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c quinquies) (ora art. 67), del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917*¹⁷³;

¹⁷¹ L'art. 37 bis è stato oggetto di modifica da parte del D.Lgs. n. 344/2003, il quale ha ampliato il novero delle fattispecie potenzialmente elusive, integrando la lett. f) e introducendo le lett. f-bis), f-ter) e f-quater).

¹⁷² Si tratta di operazioni fra società appartenenti all'Unione Europea, in attuazione della Direttiva CEE n. 434 del 1990.

¹⁷³ In questo gruppo, il riferimento è alle operazioni e valutazioni concernenti azioni, obbligazioni, altre partecipazioni sia qualificate che non, valute, divise estere, prodotti finanziari derivati e così via.

a i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all' articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi;
f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26 quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea¹⁷⁴;
f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168 bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale¹⁷⁵.

1.4 Le norme antielusive diverse dall'articolo 37 bis: alcuni cenni agli strumenti di contrasto all'elusione fiscale internazionale

Il nostro ordinamento tributario, riserva particolare attenzione al fenomeno dell'elusione

fiscale internazionale; a dimostrazione di ciò, a partire dagli anni Novanta, infatti, si sono succeduti svariati interventi legislativi finalizzati a contrastare il fenomeno della localizzazione all'estero dei flussi di reddito.

Sono state, quindi, varate diverse disposizioni, talvolta dotate di carattere antielusivo, altre volte orientate ad ostacolare vere e proprie forme di evasione, caratterizzate appunto non da un organico intervento atto a definire complessivamente la materia, quanto piuttosto a svariate produzioni normative analitiche che, così come in ambito nazionale, non ha fatto altro che alimentare il

¹⁷⁴ Sulla base di tale norma, potranno dunque essere sottoposte al vaglio elusivo anche le operazioni di *leverage by out*.

¹⁷⁵ Attraverso tale lettera, l'intento del legislatore vuole dunque essere quello di contrastare accordi contrattuali tra le società controllate o collegate finalizzate a spostare la materia imponibile in Paesi qualificati come *paradisi fiscali*.

ella disciplina, rendendo spesso difficile
l'identificazione dei confini applicabili delle norme.

In particolare, le principali e più diffuse fattispecie elusive che si realizzano in campo internazionale, con le relative disposizioni rivolte ad impedire e contrastare il loro diffondersi, sono da annoverarsi tra questi quattro fenomeni:

- l'istituto dei prezzi interni di trasferimento, denominato *transfer pricing*;
- il regime riguardante le *società controllate e collegate estere*;
- le disposizioni in materia di *esterovestizione*;
- le disposizioni riguardanti *l'indeducibilità dei costi provenienti da Stati o territori aventi fiscalità privilegiata*.

1.4.1 L'istituto del *transfer pricing*

L'articolo 110, comma 7 del T.U.I.R. disciplina l'istituto del *transfer pricing*¹⁷⁶, vale a dire quella pratica attraverso la quale, mediante cessioni di beni e/o prestazioni di servizi tra imprese associate ed appartenenti in genere ad uno stesso gruppo, operate sulla base di corrispettivi inferiori a quelli di mercato, si

¹⁷⁶ Art. 110, comma 7: *«I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti».*

to di redditi da una società del gruppo ad un'altra¹⁷⁷.

La finalità di tale disposizione, in presenza di norme specificatamente dirette ad impedire il dirottamento di flussi reddituali, ad esempio verso Paesi a fiscalità agevolata (di cui si vedrà nel proseguo), è quella di evitare che, mediante fenomeni non simulatori come l'alterazione del prezzo del trasferimento, l'Erario italiano subisca un concreto pregiudizio: in altri termini, l'applicazione delle norme sul *transfer pricing* non mira a combattere l'occultamento del corrispettivo (costituente una forma di evasione), ma piuttosto le manovre che incidono sul corrispettivo palese, consentendo il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all'altro, così da influire in concreto sul regime dell'imposizione fiscale¹⁷⁸.

Per tali essenziali connotazioni, tale disciplina costituisce, secondo l'interpretazione più diffusa anche nella giurisprudenza, una clausola antielusiva finalizzata ad evitare che all'interno del gruppo di società vengano trasferiti utili applicando prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori, o comunque situazioni che rendano fiscalmente conveniente l'imputazione di utili ad articolazioni del gruppo diverse da quelle nazionali.

Riprendendo il testo della norma, questa si riferisce alle operazioni che intercorrono all'interno di un gruppo transnazionale poste in essere tra *«società non residenti nel territorio dello Stato»* e una *«impresa residente»*, quando tra le due vi sia un rapporto di controllo, nel senso che l'una controlla l'altra, direttamente o indirettamente, ovvero sono entrambe soggette al medesimo controllo, anche in tal caso diretto o indiretto.

¹⁷⁷ Di fatto, anche la Corte di Cassazione si è pronunciata in materia di *transfer pricing*, individuando nel fenomeno in questione un intento palesemente elusivo, finalizzato principalmente *«a spostare all'estero redditi prodotti nel territorio dello Stato e consiste nell'artificiosa determinazione del prezzo di scambio di beni e servizi»*. Si veda D. STEVANATO, *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, in *Riv. Giurispr. Trib.*, 4/2013, p. 310.

¹⁷⁸ D. STEVANATO, *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, op. cit., p. 313.

ai soggetti fiscalmente residenti nel territorio dello Stato, indipendentemente dalla loro forma giuridica: infatti, nel concetto di *imprese*, concetto più ampio rispetto a quello di *società*, rientrano tutti quei soggetti che producono redditi d'impresa come le imprese individuali, le società di persone e di capitali, gli enti commerciali e non commerciali residenti che producono reddito d'impresa, nonché le stabili organizzazioni in Italia di società estere; al contrario, il termine *società*, utilizzato per qualificare il soggetto non residente, esclude dall'ambito di applicazione della normativa le entità estere non aventi struttura societaria, a prescindere dal fatto che esse siano residenti in paradisi fiscali o in Paesi a fiscalità non privilegiata.

Quanto al *controllo*, che è necessario sussista tra i soggetti coinvolti nell'operazione ovvero vi sia da parte di una medesima società nei confronti degli stessi, la mancanza di un espresso riferimento alla disposizione codicistica dell'articolo 2359 del codice civile riguardante le società controllate e collegate, fa supporre che tale nozione abbia una portata più ampia rispetto a quello previsto dalla norma civilistica: ne consegue che la norma trova applicazione in ipotesi in cui venga esercitata un'influenza economica, potenziale o attuale, sulle decisioni imprenditoriali di uno dei due soggetti del rapporto, desumibile dalle circostanze del caso, anche in assenza di vincoli partecipativi o contrattuali¹⁷⁹.

In tal senso, il *controllo* emerge tra tutte le società che evidenziano un'unitaria strategia imprenditoriale, in modo da comprendervi tutti i possibili collegamenti tra imprese partecipanti ad un ciclo produttivo sostanzialmente unitario.

Per quanto riguarda, invece, le operazioni cui fa riferimento la norma, esse consistono in cessioni di beni o prestazioni di servizi dietro pagamento di un corrispettivo che non corrisponde al reale valore del bene o del servizio, e ciò potrebbe essere realizzato in due modi:

¹⁷⁹ E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, cit., p. 149.

ere nel vendere beni o prestare servizi ad un prezzo più basso rispetto a quello ordinariamente praticato nelle operazioni concluse con imprese terze, cioè incidendo sui ricavi, abbassandoli;

- il secondo, consisterebbe nell'acquistare beni o servizi ad un prezzo più alto rispetto a quello ordinariamente praticato da imprese terze, cioè aumentando i costi¹⁸⁰.

I componenti reddituali (quindi costi, ricavi, ma anche plusvalenze e minusvalenze) che derivano da tali operazioni infragruppo, devono essere valutati, in sede di dichiarazione, in base al loro valore normale¹⁸¹, qualora da tale valutazione ne consegua un maggior reddito e solo eccezionalmente nel caso opposto, ossia quando ne consegua una diminuzione del reddito italiano, *in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste nei trattati bilaterali contro le doppie imposizioni sui redditi*.

In altre parole, la norma non stabilisce delle limitazioni all'autonomia contrattuale delle parti (che rimangono libere di fissare i prezzi di scambio che ritengono più opportuni), tuttavia si preoccupa di contrastare l'impiego elusivo di tale libertà, stabilendo che nell'ipotesi in cui l'impresa italiana che, nell'ambito di un'operazione infragruppo sostenga un costo eccessivamente alto o consegua un ricavo esiguo (rispetto al valore normale), dovrà sostituire il componente

¹⁸⁰ Tale pratica può essere facilmente messa in atto nelle operazioni concluse tra società legate da rapporti di controllo, in cui la fissazione di un prezzo più alto o più basso, tendenzialmente non incide sull'economia complessiva del gruppo.

¹⁸¹ Art. 9, comma 3 del TUIR: *per valore normale si intende il prezzo o il corrispettivo mediamente praticato per beni o servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni e i servizi sono stati acquisiti o prestati, o, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. (í) si fa riferimento ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi, e, in mancanza, ai mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso.*

con il suo valore normale e, allo stesso modo, dovrà operare nel caso in cui l'impresa abbia sostenuto un costo troppo esiguo o abbia avuto un ricavo eccessivo, quando l'applicazione del valore normale determini una diminuzione del reddito imponibile, purché esistano specifici accordi tra l'Italia e lo Stato in cui risiede la controparte¹⁸².

La norma sul *transfer price*, imponendo di considerare il valore di mercato in caso di aumento di capitale, in sostanza, deroga all'ordinario principio di determinazione del reddito sulla base dei corrispettivi contrattuali pattuiti, quando tali corrispettivi sono scarsamente attendibili e possono essere manipolati a danno del Fisco, come, ad esempio, nel caso degli scambi transnazionali intercorrenti tra soggetti i cui processi decisionali facciano capo ad un unico centro di interessi, in cui i corrispettivi vengono sostituiti dal valore normale dei beni o dei servizi scambiati.

1.4.2 Le *controlled foreign companies*

Gli articoli 167 e 168 del T.U.I.R.¹⁸³ (la cosiddetta disciplina delle *Controlled Foreign Companies*), hanno anch'essi funzione antielusiva, stabilendo infatti

¹⁸² L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2007, p. 54.

¹⁸³ Art. 167, comma 1: *«se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tali disposizioni si applicano anche per le partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni situate in Stati o territori diversi da quelli di cui al citato decreto».*

Art. 168, comma 1: *«salvo quanto diversamente disposto dal presente articolo, la norma di cui all'articolo 167, con l'esclusione di quanto disposto al comma 8-bis si applica anche nel caso in cui il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20% agli utili di un'impresa, di una società o di un altro ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'art. 168-bis; tale percentuale è ridotta al 10% nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa. La norma di cui al presente comma non si applica per le partecipazioni in soggetti residenti negli Stati o territori di cui al citato decreto».*

essa, una società o un ente localizzati in Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato o vengano imputati al soggetto residente in Italia che è controllato (articolo 167 del T.U.I.R.) o detenga una partecipazione non inferiore al 20 per cento agli utili, ridotta al 10 per cento per le società quotate in borsa (articolo 168 del T.U.I.R.) nell'entità estera, o decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione, in proporzione alle partecipazioni detenute.

A differenza di quanto visto per la disciplina *transfer pricing*, per quanto riguarda la nozione di controllo, il comma 3 rinvia espressamente all'articolo 2359 del codice civile¹⁸⁴, in virtù del quale sono considerate società controllate:

- a) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- b) la società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- c) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Le norme indicate, hanno la finalità di colpire redditi prodotti solo apparentemente al di fuori del territorio italiano, ma in realtà generati attraverso un'attività che continua ad avere il proprio centro direttivo nel territorio dello Stato e che risulta localizzata altrove solo per conseguire un vantaggio fiscale e di evitare che, grazie alla detenzione di partecipazioni in paradisi fiscali, soggetti italiani possano differire, potenzialmente all'infinito, l'imposizione sui redditi prodotti dalle società estere partecipate, semplicemente evitando la distribuzione degli utili¹⁸⁵.

Difatti, i redditi rappresentati da utili prodotti da società estere, vengono tassati in Italia per cassa nel periodo d'imposta in cui vengono percepiti; tuttavia,

relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni situate in Stati o territori diversi da quelli di cui al medesimo decreto.

¹⁸⁴ Al contrario, l'art. 168 TUIR non richiama la nozione di collegamento delineata dal comma 3 dell'art. 2359 del cod. civ.

¹⁸⁵ L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, op. cit., p. 62.

nel paradiso fiscale, il contribuente potrebbe riuscire a ritardare la tassazione degli stessi.

A conferma del più vasto ambito di operatività rispetto alla disciplina del *transfer price*, il secondo comma del 167 del T.U.I.R. afferma che le regole *CFC* si applicano sostanzialmente a tutti i soggetti residenti, perciò persone fisiche, imprenditori, società di persone, società di capitali, enti commerciali, enti non commerciali, con esclusione solamente dei soggetti di cui all'articolo 73 del T.U.I.R., ossia *ole società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato*, ed inoltre, sotto il profilo soggettivo, la norma è applicabile anche nel caso in cui il soggetto italiano controlli un soggetto residente in un Paese diverso dai paradisi fiscali, che a sua volta consegua redditi attraverso una stabile organizzazione situata in un paradiso fiscale¹⁸⁶.

La presenza di una sola delle condizioni di applicabilità previste dalla *CFC legislation*, fa sì che il reddito prodotto dalla partecipata estera venga imputato in capo al soggetto italiano, assoggettandolo a tassazione separata; i redditi delle partecipate estere non confluiscono, pertanto, nel reddito complessivo del soggetto residente, ma vengono trattati separatamente, al fine di evitare possibili compensazioni dei redditi conseguiti in Italia con eventuali perdite subite dalla società estera e viceversa.

Il decreto, al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione, prevede inoltre che gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti non residenti, non concorrano alla formazione del reddito complessivo dei soggetti residenti, per la quota corrispondente all'ammontare dei redditi già imputati per trasparenza in capo a quest'ultimo e, conseguentemente, già assoggettati a tassazione separata: tali redditi, pertanto, concorreranno a formare il reddito complessivo del soggetto italiano secondo le regole ordinarie.

Diversamente da quanto previsto per le *imprese estere controllate*, l'articolo 168 del T.U.I.R., con riguardo alle *imprese estere collegate*, stabilisce invece che i

¹⁸⁶ Questa previsione non è però applicabile per le società estere collegate *ex art. 168 TUIR*.

oggetto di imputazione sono determinati per un importo corrispondente al maggiore fra:

- l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera, anche in assenza di un obbligo di legge;
- un reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale.

Tuttavia, al contribuente è concessa la possibilità di sottrarsi all'applicazione della tassazione per trasparenza di cui all'articolo 167 del T.U.I.R., invocando una delle tre esimenti di legge:

- i. dimostrazione del radicamento di tale società estera nel territorio nel quale ha sede (comma 5, lettera a);
- ii. dimostrazione della non delocalizzazione dei redditi, presentando istanza di interpello preventivo all'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente (comma 5, lettera b);
- iii. dimostrazione della non artificiosità dell'insediamento all'estero volto al conseguimento di un vantaggio fiscale, interpellando anche in tal caso l'Amministrazione finanziaria (comma 8 *ter*).

1.4.3 Il fenomeno della *esterovestizione*

L'articolo 35, comma 13, del Decreto legge n. 223/2006, convertito in modificazioni in Legge n. 248/2006, ha introdotto i commi 5 *bis* e 5 *ter* all'articolo 73 del T.U.I.R., disciplinando e regolamentando il fenomeno dell'*esterovestizione*, attraendo alla fiscalità italiana gli enti e le società che, pur avendo la sede legale all'estero, presentano degli elementi di collegamento

ritenuti rilevanti ai fini della fissazione delle
residenza fiscale¹⁸⁷.

Così, come stabilisce il comma 5 *bis*, affinché si possa considerare esistente in Italia (concetto ben più forte rispetto a quello della residenza) la sede dell'amministrazione di società ed enti, è necessaria la presenza di tali elementi di collegamento, alternativi, che attengono vuoi all'attività ed ai beni posseduti (detenzione di partecipazioni di controllo in società italiane), vuoi alla composizione del Consiglio di Amministrazione (prevalenza di consiglieri residenti in Italia), vuoi infine al profilo della compagine sociale (azionista di riferimento residente in Italia)¹⁸⁸.

Tuttavia, non tutti questi elementi sono posti sullo stesso piano dalla legge affinché possa scattare la presunzione: ad esempio, la detenzione di partecipazioni di controllo¹⁸⁹, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, in società italiane opera quale *prerequisito*, in presenza del quale occorre indagare la residenza dell'azionista di controllo, o in alternativa quella della maggioranza degli amministratori.

Secondo il parere di alcuni Autori, considerando che rileverebbero solo le situazioni di controllo *diretto*, la presunzione potrebbe essere aggirata frazionando la partecipazione della società italiana tra più soggetti: per evitare la presunzione sarebbe, in altre parole, sufficiente, ad esempio, sostituire la *sub-*

¹⁸⁷ L'art. 73, comma 3 del TUIR, da una nozione di residenza fiscale sulla base di tre criteri tra loro alternativi: è infatti sufficiente che la società abbia nel territorio italiano, per la maggior parte del periodo d'imposta, la sede legale, la sede dell'amministrazione oppure l'oggetto principale dell'attività. Basta il ricorrere di uno di questi requisiti affinché gli enti e le società assumano la qualifica di *oggetti residenti* ai fini dell'applicazione del tributo sul reddito.

¹⁸⁸ L'art. 73, comma 5 bis stabilisce che: *Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359 del Codice Civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:*

- a) sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- b) Sono amministrati da un CdA, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

¹⁸⁹ Il mancato riferimento all'oggetto ovvero all'attività sociale, non consente alla norma in questione di designare univocamente l'attività di detenzione di partecipazioni, cioè l'attività tipica delle società *holdings*, ma essa può riferirsi anche a società industriali od *holdings* miste, che detengano, in via del tutto accessoria, una sola partecipazione di controllo in una società italiana.

di diritto straniero, tutte con la medesima partecipazione nella controllata italiana e, in questo modo, la capogruppo controllerebbe tre società di diritto straniero, nessuna delle quali eserciterebbe un controllo diretto nella controllata italiana.

Peraltro, ai fini della presunzione, rileva anche il controllo *indiretto* esercitato dall'azionista di riferimento italiano e, dunque, la presunzione scatterebbe, ad esempio, anche qualora la società estera sia a sua volta controllata da altre società estere, purché al vertice della catena societaria vi sia un controllante italiano.

Discutibile, tuttavia, resta la scelta compiuta dal legislatore di attribuire rilevanza, per verificare la sussistenza del controllo esercitato dall'azionista di riferimento con sede in Italia, alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato (come stabilito dal comma 5 *ter* dell'articolo 73 del T.U.I.R.).

Questa scelta, dettata probabilmente da intenti semplificatori, è infatti difficilmente compatibile con quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 73 del T.U.I.R., secondo cui, ai fini della residenza fiscale italiana dell'ente, la sede legale, dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'attività devono insistere sul territorio italiano *per la maggior parte del periodo d'imposta*: se, dunque, la residenza italiana del soggetto che ha il controllo della società estera rileva come elemento da cui inferire il luogo di assunzione delle decisioni strategiche, occorre che persista per almeno la metà del periodo d'imposta, e non soltanto al termine dell'esercizio della società estera.

Appare piuttosto assurdo, infatti, affermare la residenza fiscale di una *holding* estera, in possesso di una o più partecipazioni di controllo in società italiane, trasferita da un gruppo estero ad uno italiano in prossimità della chiusura del periodo d'imposta: è evidente come, in tal caso, la residenza dell'azionista di riferimento non può costituire un indice del luogo di assunzione delle direzioni

e alla maggior parte del periodo d'imposta in cui è avvenuto il trasferimento delle partecipazioni¹⁹⁰.

È possibile affermare, infine, che la norma in questione non incide sulla disciplina sostanziale del tributo, non introducendo, di fatto, nuovi criteri per determinare la residenza fiscale in aggiunta a quelli individuati al comma terzo; tuttavia, tale disposizione si è permessa di introdurre un'inversione nell'onere probatorio, che sgrava adesso l'Amministrazione finanziaria dall'onere di dimostrare l'artificiosa collocazione all'estero di soggetti che in realtà sono controllati o amministrati da entità italiane.

La presunzione contenuta nella norma in esame, può essere superata dal contribuente fornendo la prova contraria, dimostrando cioè che la sede effettiva della società estera non è in Italia, ma appunto all'estero.

Poiché l'articolo in esame non prevede specifiche esimenti, l'Agenzia ha precisato che il contribuente può provare liberamente l'effettività dell'insediamento, dimostrando che l'entità estera, a prescindere dal rapporto di controllo ovvero dalla residenza dei consiglieri, è di fatto amministrata al di fuori del territorio dello Stato Italiano.

1.4.4 L'indeducibilità dei costi sostenuti verso paradisi fiscali

Il comma 10 dell'articolo 110 del T.U.I.R.¹⁹¹ (la cosiddetta *indeducibilità dei costi black list*), regola il regime fiscale dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti ed imprese situate in Stati o territori che non garantiscono un adeguato scambio di informazioni,

¹⁹⁰ D. STEVANATO, op. cit., p. 2954.

¹⁹¹ Art. 110, comma 10: *«non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis. Tale deduzione è ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto».*

in qualsiasi legame di controllo tra le imprese italiane ed estere.

Il comma 10, prevede innanzitutto l'indeducibilità, in capo all'impresa residente, di spese ed componenti negativi di reddito (costi d'acquisto, minusvalenze, perdite su crediti, ammortamenti, oneri finanziari); la *ratio* della norma, è quella di contrastare lo spostamento di materia imponibile verso Paesi aventi un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, presumendo la fittizietà, totale o parziale, delle operazioni poste in essere, ad esempio, costituendo società, magari controllate occultamente, in tale Paesi, attraverso le quali far transitare il proprio *import-export*, o dalle quali ricevere addebiti per prestazioni di servizi, al fine di comprimere l'utile tassato in Italia.

Inizialmente, la norma era stata concepita solo per le operazioni intercorrenti con imprese localizzate in *paradisi fiscali*, tuttavia con il Decreto legge del 3 ottobre 2006 n. 262, convertito in legge 24 novembre 2006, n. 286, la sua applicazione è stata estesa anche alle operazioni rilevanti realizzate con privati o lavoratori autonomi: infatti, ai sensi del comma 12 *bis* di cui all'articolo 110 del T.U.I.R., si stabilisce che *«le disposizioni di cui ai commi 10 e 11 si applicano anche alle prestazioni di servizi rese dai professionisti domiciliati in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati»*.

Tale disposizione si fonda sulla presunzione che le imprese localizzate in *paradisi fiscali* siano state create dal contribuente italiano al solo fine di spostare materia imponibile, e perciò, prive di una reale operatività: tuttavia, questa presunzione legale relativa può essere superata dal contribuente, al fine di disapplicare la disciplina, dimostrando alternativamente che *«le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e hanno avuto concreta esecuzione»*.

ive, sicché è sufficiente che il contribuente dimostri la sussistenza di una sola di esse, per poter dedurre il costo sostenuto:

- la prima esimente, riguarda l'operatività della controparte estera: il contribuente dovrà dimostrare che *il fornitore svolge un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 del codice civile, avvalendosi di una struttura organizzativa idonea*¹⁹²;
- la seconda esimente, invece, richiede che l'Amministrazione finanziaria esprima un giudizio circa l'apprezzabilità imprenditoriale dell'operazione: il contribuente non si potrà limitare ad enunciare l'esistenza di un interesse economico ma dovrà dimostrarlo¹⁹³, perciò il requisito della *concreta esecuzione* sta ad indicare che i componenti reddituali in questione devono riferirsi a scambi commerciali effettivamente intercorsi.

Inizialmente, inoltre, la deducibilità delle spese e degli altri componenti negativi di reddito era subordinata alla loro separata indicazione nella dichiarazione dei redditi, al fine di permettere all'Amministrazione finanziaria di individuarli agevolmente: in questo modo, l'Amministrazione finanziaria era in grado di individuare in maniera immediata i contribuenti che intrattenevano rapporti con soggetti domiciliati in *paradisi fiscali*.

Con la legge finanziaria del 2007, nonostante il mantenimento dell'obbligo di indicazione separata dei componenti, il mancato adempimento non è più

¹⁹² Risoluzione Agenzia delle Entrate 16 marzo 2004, n. 46/E. La Circolare 29/E del 23 maggio 2003

precisa inoltre che, al fine di dimostrare l'operatività dell'impresa estera il contribuente può produrre:

documentazione contabile e fiscale, relazioni descrittive della struttura organizzativa dedicata allo

svolgimento dell'attività principale del soggetto estero, certificazioni di autorità italiane all'estero ovvero

visure di soggetti esteri ecc.

¹⁹³ L'Amministrazione, infatti, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette, e qualora l'Amministrazione non le ritenga sufficienti, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento, configurandosi in tal caso una tipica ipotesi di contraddittorio anticipato. In tal senso, L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, op. cit., p. 59.

lucibilità *tout court* del costo, ma, ai sensi del terzo comma dell'articolo 8 del D.lgs. n. 471/1997, l'omissione o l'inesattezza dell'indicazione delle spese e degli altri componenti comporta l'irrogazione di una sanzione amministrativa *õpari al 10 per cento dell'importo complessivo delle spese e dei componenti negativi non indicati in dichiarazione, con un minimo di euro 500 ed un massimo di euro 50.000*.

Per concludere, il comma 12 dell'articolo 110 del T.U.I.R., chiarisce che, qualora una determinata fattispecie integri congiuntamente la disciplina di cui allo stesso articolo 110 e la disciplina *CFC*, di cui agli articoli 167 e 168 del T.U.I.R. (si pensi ad un'operazione di acquisto di beni o di servizi nei confronti di una controllata *black list*), le disposizioni *CFC* si applicano prioritariamente.

2. Cenni alla disciplina dell'abuso del diritto

Il concetto di *õabuso del diritto* nel settore tributario, nel corso degli anni, ha subito un processo evolutivo, sia dal punto di vista legislativo sia da quello giurisprudenziale, spesso contraddittorio e fumoso, prima di approdare alle recenti sentenze dei giudici di legittimità.

Per prima cosa, è importante chiarire cosa si intende per *õabuso del diritto*: con tale espressione, si vuole indicare *õun limite all'esercizio del diritto soggettivo, che altrimenti sarebbe potenzialmente illimitato; si ha abuso quando il soggetto titolare del diritto soggettivo lo esercita in maniera anormale, o comunque per scopi che non rientrano nel novero di quelli considerati dall'ordinamento giuridico quando questo diritto soggettivo ha previsto e riconosciuto*.

La differenza tra elusione e abuso del diritto è forse quella più complessa, trattandosi sostanzialmente dello stesso fenomeno, in cui la distinzione si basa solo sul fatto se la fattispecie oggetto di contestazione sia o meno prevista, positivamente, tra quelle tassativamente elencate all'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973.

giurisdizionale, individuato in quelle operazioni attraverso le quali un individuo, pur operando secondo un diritto espressamente riconosciuto da una norma di legge, non persegue in realtà un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, ma tenta di conseguire un obiettivo ad esso contrario; pertanto, quel diritto che in via astratta e generale è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, nel caso concreto finisce con il trasgredire le finalità che lo giustificano o con il determinare una situazione che l'ordinamento non dovrebbe tollerare¹⁹⁴.

Nella sua interpretazione oggettiva e teleologica, l'abuso assurge a tecnica argomentativa, a mezzo di bilanciamento dei contrapposti interessi, consentendo di mettere in discussione la legittimità che all'esercizio del diritto sembra dovere spettare per il solo fatto di essere riconosciuto e attribuito dalla norma statale; tale giudizio di ponderazione, trova il suo fondamento nel fatto stesso che un diritto soggettivo, qualsiasi esso sia, di regola trova giustificazione in più principi contemporaneamente, ma anche perché abusare di un diritto significa imporre un sacrificio ad un altro soggetto, che può a sua volta vantare un interesse giuridicamente rilevante alla luce dello stesso o di un diverso principio¹⁹⁵.

Il concetto di abuso del diritto nasce in ambito civilistico, con la giurisprudenza e la dottrina francese della seconda metà dell'Ottocento, in materia di proprietà; esso, va inserito in quel generalizzato fenomeno che, dopo la Rivoluzione francese, introdusse a tutela dell'altrui affidamento, progressive ma sempre crescenti limitazioni all'esercizio della libertà, dei diritti e quindi anche dell'autonomia negoziale privata¹⁹⁶.

Nell'ordinamento italiano, la dottrina dell'abuso è stata accolta all'inizio del Novecento molto criticamente, sull'assunto che avrebbe comportato una confusione dei concetti giuridici, conducendo al disfacimento della categoria del diritto soggettivo: in tal senso, nel codice civile del 1942, si è rifiutata

¹⁹⁴ D. DEOTTO, *L'abuso del diritto non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta*, in *Corr. Trib.*, 12/2013, p. 951.

¹⁹⁵ G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario*, Napoli, 2012, p. 37.

¹⁹⁶ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 229 e 237.

generale sull'abuso, preferendo riferirsi a singole disposizioni che consentissero di contrastare i comportamenti abusivi con riferimento a specifiche fattispecie¹⁹⁷.

Per molto tempo, infatti, tale principio è rimasto quasi un concetto astratto, difficilmente inquadrabile all'interno del diritto positivo e quindi, nonostante fosse considerato un comportamento immorale sul piano sociale, non era tuttavia contrastabile su quello giuridico¹⁹⁸.

2.1 L'abuso del diritto nell'elaborazione giurisprudenziale

In materia tributaria, la necessità di codificare a livello legislativo l'istituto dell'abuso del diritto ha inizialmente condotto la dottrina e la giurisprudenza ad impiegare gli strumenti forniti dal codice civile, con particolare riferimento alle nullità contrattuali.

Infatti, in una prima fase di elaborazione, l'abuso del diritto viene percepito come un principio tendenziale dell'ordinamento, alla luce del quale rintracciare strumenti giuridici immediatamente operativi, anche oltre le specificità del settore tributario.

A dar inizio al dibattito, sono state una serie di sentenze della Corte di Cassazione del 2005 che, affrontando le operazioni di *dividend*

¹⁹⁷ Oggi, tuttavia, non si presentano più come eccezioni sia per il numero sia per il mutato assetto ordinamentale: si pensi, oltre all'art. 37 *bis*, disposizione antielusiva limitata tuttavia alle imposte dirette; agli artt. 833, 840, comma 2, 844 del cod.civ. che incidono sul diritto di godere e disporre delle cose in proprietà in modo pieno ed esclusivo; alla clausola generale di buona fede e correttezza disciplinata agli artt. 1175, 1375, 1359 del cod.civ.; all'art. 1438 del cod.civ. che consente l'annullabilità del contratto se la minaccia di far valere un diritto è diretta a conseguire vantaggi ingiusti; alle disposizioni contenute nell'art. 330 del cod.civ. in tema di abuso della potestà genitoriale; all'art. 2793 del cod.civ. che prevede la facoltà di domandare il sequestro qualora il creditore abusi della cosa data in pegno; all'art. 2497 del cod.civ. in tema di responsabilità da abuso nell'attività di direzione e coordinamento dei gruppi di società.

¹⁹⁸ A differenza dell'ordinamento tedesco, di quello svizzero e greco dove il divieto di abuso del diritto è stato espressamente codificato con una regola generale: il legislatore tedesco ha infatti codificato il principio secondo cui *l'abuso del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri*, il Codice civile svizzero sancisce invece che *il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*, ed infine nella Costituzione greca *l'abuso del diritto non è premesso*.

no ribaltato il precedente orientamento della stessa Corte sull'argomento¹⁹⁹.

Con le sentenze n. 20816, 20398 e 22932²⁰⁰, la Corte rispettivamente ha ritenuto non necessaria l'esistenza di una norma *ad hoc* per qualificare l'atto o la serie di atti come elusivi, ma ha affermato:

- da un lato, di appellarsi all'istituto civilistico del negozio in frode alla legge (*ex* articolo 1344 del codice civile) al fine di riconoscere l'illiceità della causa, in quanto le norme tributarie sono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale al concorso delle spese pubbliche *ex* articolo 53 della Costituzione;
- da un altro, di rilevare che possono essere considerati nulli nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria per difetto di causa, il contratto sottostante le operazioni di trasferimento per breve tempo di azioni da parte di un soggetto estero (*dividend washing*) al solo fine di consentire, al contribuente italiano, di dedurre la minusvalenza originatasi dall'operazione, nonché la nullità del contratto di cessione del diritto di usufrutto su azioni (*dividend stripping*) in quanto ritenuti unicamente finalizzati a conseguire un più favorevole regime di tassazione dei dividendi.

E dopo queste sentenze che entra in scena la Corte di Giustizia Europea, la quale affronta il problema dell'abuso del diritto comunitario nel campo dell'imposta sul valore aggiunto, pronunciandosi con la sentenza *Halifax* nel 2006.

In sostanza, perché possa parlarsi di *comportamento abusivo*, è necessaria la presenza di due elementi:

¹⁹⁹ Infatti, secondo una prima giurisprudenza, tali operazioni erano ritenute legittime basandosi sull'assunto che potevano essere qualificati elusivi solo quegli atti che erano definiti tali da una norma vigente al momento in cui erano stati compiuti. Cfr. Cass., n. 3979/2000; Cass., n. 11371/2001; Cass., n. 3345/2002.

²⁰⁰ In particolare con quest'ultima sentenza, si ricavano i requisiti oggettivi che caratterizzano il comportamento abusivo ai fini fiscali, vale a dire:

- l'uso distorto, anche se formalmente lecito, degli strumenti giuridici da parte del contribuente;
- la presenza di un vantaggio fiscale;
- l'assenza di valide ragioni economiche.

devono procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni;

- b. deve altresì risultare, da un insieme di elementi obiettivi, che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

La Suprema Corte si ritrova, così, ad avere a disposizione uno strumento che si profila come estremamente efficace per la risoluzione del problema dell'abuso del diritto; tuttavia, rimane l'incognita legata alla parte finale dell'enunciato della sentenza *Halifax*, laddove è precisato

che le operazioni devono avere *«essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale»*,

sollevando la questione interpretativa circa il significato da attribuire all'espressione *«essenzialmente»* (cioè se debba intendersi nel senso che lo scopo del vantaggio fiscale sia *«esclusivo»*)²⁰¹.

Il superamento dell'opzione civilistica, è reso possibile dall'emersione della teoria dell'abuso in ambito comunitario, in particolare relativamente alla disciplina dei *«tributi armonizzati»*²⁰²; l'esigenza di applicare la teoria dell'abuso di derivazione dell'UE anche ai tributi non armonizzati, per superare i limiti della declinazione casistica delle ipotesi elusive disciplinate dall'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973, ha portato la Corte di Cassazione ad individuarne un fondamento costituzionale nel principio di capacità contributiva.

Le Sezioni Unite, perciò, con due sentenze del 2008 anch'esse in materia di *dividend washing* e *dividend stripping*, hanno affermato che i principi di capacità

²⁰¹ In merito, si è pronunciata nello stesso anno la Corte di Giustizia che nella sentenza *Part Service* (sentenza 21.2.2008, C-425/06), che ha affermato che affinché un comportamento possa essere qualificato come abusivo, lo scopo non deve necessariamente essere esclusivo.

²⁰² Nell'ambito della Comunità europea, per *«armonizzazione»* si deve intendere quel procedimento attraverso il quale si rendono affini le discipline normative di determinati tributi comuni agli Stati membri, al fine di eliminare le distorsioni di origine fiscale che ostacolano la libera concorrenza nel mercato unico.

Costituzione, comma 1) e di progressività dell'imposizione (articolo 53 della Costituzione, comma 2) *costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere*, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi, con la conseguenza che *non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale*²⁰³.

In questa seconda fase di elaborazione, quindi, l'abuso del diritto da mero principio tendenziale diventa un istituto giuridico autonomo e immediatamente operativo, la cui struttura è ricostruita unicamente in via giurisprudenziale, assumendo, così, le caratteristiche funzionali e strutturali tipiche dell'omonimo istituto giuridico comunitario.

Da ultimo, si ricordino inoltre le tre sentenze della Corte di Cassazione (n. 1372/2011, n. 7739/2012 e n. 2234/2013), che rispettivamente hanno posto l'accento sull'onere della prova²⁰⁴, affermando la rilevanza penale dell'elusione attuata attraverso il ricorso a qualsiasi forma di abuso del diritto, e stabilito che, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie, è irrilevante il

²⁰³ Questo principio non contrasta né con le successive norme antielusive sopravvenute, che appaiono *mero sintomo* dell'esistenza di una regola generale, né con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso non si traduce nell'imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, ma solamente nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione delle norme fiscali.

Spunto approfondito da *Enciclopedia Treccani, L'abuso del diritto e l'elusione fiscale nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*.

²⁰⁴ L'applicazione del principio dell'abuso del diritto comporta per l'amministrazione finanziaria l'onere di provare le anomalie o le inadeguatezze delle operazioni intraprese dal contribuente cui compete allegare le finalità perseguite, diverse dal mero vantaggio consistente nella diminuzione del carico tributario.

contribuente ad un versamento inferiore delle imposte, il quale può derivare sia da una violazione che da un abuso di norme impositive.

2.2 L'introduzione di una disciplina normativa in campo tributario

La codificazione dell'abuso del diritto, è da più parti ritenuta la soluzione migliore sia per le imprese, consentendo loro di navigare in acque più sicure, in condizioni di certezza e stabilità normativa e amministrativa, sia per l'Amministrazione finanziaria, che può svolgere con maggiore rapidità ed efficacia la sua funzione di contrasto all'elusione, indirizzando la propria attenzione sui casi meno dubbi e riducendo così le possibilità di contenzioso e l'incertezza sulle sanzioni.

È stata, inoltre, sottolineata la necessità che un principio generale anti-abuso, allo stato ancora mancante, si applichi a tutte le imposte e non sia vincolato da un'elencazione tassativa di fattispecie elusive, realizzando così una piena assimilazione, a livello normativo, tra elusione fiscale e abuso.

A seguito dei numerosi tentativi di codificare e disciplinare nell'ordinamento tributario italiano la fattispecie dell'abuso del diritto²⁰⁵, con legge delega fiscale n. 23 dell'11 marzo 2014, approvata definitivamente dal Parlamento, la Commissione Finanze ha inteso riprendere il contenuto del disegno di legge d'iniziativa del Governo della scorsa legislatura ed, in particolare, all'articolo 5, attuare la revisione delle disposizioni antielusive al fine di disciplinare il principio generale di divieto dell'abuso del diritto.

Tra le maggiori novità di tale legge rispetto al vigente articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973, vi è sicuramente l'introduzione di un concetto unificato di *condotta abusiva*, la quale si individua nell'*uso distorto di strumenti giuridici idonei ad*

²⁰⁵In particolare, il disegno di legge di delega per la revisione del sistema fiscale presentato dal Governo il 18 giugno 2012 (A.C. 5291), il quale, dopo l'approvazione da parte della Camera, non ha concluso il suo *iter* parlamentare a causa della fine anticipata della legislatura.

ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione²⁰⁶, nonché la ripartizione dell'onere della prova, attribuendo:

- all'Amministrazione finanziaria, l'onere di provare l'esistenza di un *disegno abusivo* posto in essere attraverso la manipolazione degli strumenti giuridici e la mancata conformità dell'operazione a criteri di economicità;
- al contribuente, la dimostrazione dell'esistenza di ragioni extra-fiscali *alternative o concorrenti* che giustificano l'operazione così come è stata posta in essere.

Il decreto legislativo dovrà, inoltre, garantire la libertà di scelta del contribuente fra diverse tipologie di operazione, anche comportanti un peso fiscale diverso, individuando nello scopo di ottenere vantaggi fiscali la causa prevalente dell'operazione abusiva, ed escludendo la configurabilità dell'abuso se le ragioni alla base dell'operazione risultino essere extra-fiscali non marginali.

3. Un confronto comparatistico: elusione fiscale ed abuso del diritto nell'esperienza europea

Come illustrato precedentemente, il tema dell'abuso del diritto nel settore tributario ha conosciuto, nell'esperienza italiana, una crescente espansione negli ultimi anni, grazie alle sentenze *Halifax* e *Part Service*; alla stregua di tali pronunce, la Corte di Cassazione ha iniziato ad individuare nella figura dell'abuso del diritto una possibile norma di contrasto all'elusione fiscale.

Il Supremo Giudice non si è limitato, però, alla giurisprudenza comunitaria, ma ha arricchito le proprie sentenze con riferimenti alle esperienze di altri Paesi: nel paragrafo che seguirà, l'obiettivo sarà perciò quello di illustrare l'evoluzione

²⁰⁶ La delega non menziona l'aggettivo *indebito* vicino a *risparmio d'imposta*, come prevede invece la vigente formulazione dell'art. 37 bis D.P.R. n. 600/1973, probabilmente per evitare di rendere maggiormente complessa una nozione già particolarmente articolata e tecnica.

le nel panorama europeo, sotto forma di spunti che potrebbero tornare utili per meglio contestualizzare l'analisi della situazione in Italia a seguito delle pronunce della Suprema Corte, con particolare riferimento all'esperienza di Spagna, Germania, Francia e Regno Unito.

3.1 L'esperienza spagnola

Nell'ordinamento spagnolo, la teoria dell'abuso di diritto privato si rifà alle formulazioni degli inizi del Ventesimo secolo risalenti a *Josserand*, secondo le quali *“nessun diritto è assoluto e l'esercizio delle facoltà accordate dalla legge deve essere conforme allo spirito della stessa: nessuno è portatore solitario di diritti”*²⁰⁷.

Il *Código Civil Español* del 1889, regola infatti *“el abuso de derecho”* all'articolo 7, comma 2, intesa come quella situazione che si viene a creare quando il titolare di un diritto soggettivo si comporta in modo tale che la sua condotta concorda con la norma di legge attributiva di tale posizione soggettiva, ma l'esercizio del diritto risulta tuttavia contrario alla buona fede, alla morale, ai buoni costumi o ai fini economico-sociali del diritto; è possibile, perciò, distinguere una nozione soggettiva di abuso, identificabile nell'esercizio di un diritto con colpa o dolo arrecando pregiudizio a terzi, e una nozione oggettiva come deviazione dai limiti intrinseci all'esercizio del diritto²⁰⁸.

Proseguendo nell'analisi della normativa antiabusiva (e antielusiva), il sistema fiscale iberico, a differenza di quello italiano, conosce una clausola generale che non incontra limiti applicativi e che è presente nell'ordinamento spagnolo da più

²⁰⁷ L. DÍEZ-PICAZO; A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Dykinson, 1985, pp. 445 e ss., nel quale il Tribunal Supremo Español nel 1944 ha affermato che *“aparte de sus límites legales”, il diritto soggettivo incontra altri limiti, che sono “de orden moral, teológico y social”, cosicché “incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad”*.

²⁰⁸ P. PIANTAVIGNA, *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiana e spagnola*, in *Riv. Dir. Fin.* 1/2010, cit., p. 65.

La *Ley General Tributaria*, la cui evoluzione normativa è culminata con l'introduzione dell'articolo 15 della *Ley* n. 58/2003.

Il testo originario della clausola antielusiva, istituita con la *Ley* n. 230/1963, all'articolo 24 stabiliva quanto segue: *“Al fine di evitare la frode alla legge, si considererà, agli effetti del numero precedente (che stabiliva il divieto di estensione per analogia delle norme istituenti le fattispecie) che non può darsi l'estensione della fattispecie imponibile, nei casi in cui risultino soggetti ad imposizione, fatti realizzati con il proposito, provato, di eludere l'imposta, sempre che essi diano luogo ad un risultato equivalente a quello derivato dalla fattispecie imponibile. Per dichiarare la frode alla legge, è necessario ricorrere ad una procedura speciale, nel corso della quale sia data, dall'Amministrazione, la prova relativa e sia assicurato il contraddittorio con l'interessato”*.

Il concetto di elusione fiscale stabilito in tale articolo, si rifà al concetto di frode alla legge, riferendosi a *“manovre”* tese ad evitare l'applicazione di una determinata norma tributaria, mediante la creazione di situazioni o rapporti artificiali che, a loro volta, fanno sorgere fattispecie corrispondenti ad un'altra norma più favorevole.

È perciò pacifico che, nella dottrina spagnola, con il termine *“elusione”*, in quanto concetto tecnico-giuridico, si voglia indicare la *“frode alla legge”*: elusione fiscale e frode alla legge tributaria possono quindi essere considerati sinonimi²⁰⁹, in cui l'elemento centrale risulta essere l'abuso delle forme giuridiche, usate non secondo la loro natura o causa tipica, ma esclusivamente per eludere od evitare l'applicazione della norma tributaria.

Tale articolo, prima della riforma del 1995, è stato scarsamente utilizzato a causa dell'incapacità del Governo di regolare il procedimento speciale (*espediente especial*) richiesto dalla stessa legge per la sua applicazione.

Quest'ultimo, verrà introdotto qualche anno più tardi con l'articolo 24 del *Real Decreto* del 29 giugno 1979, n. 1919 che tuttavia, pur avendo rimosso lo scoglio che aveva determinato l'inefficacia della clausola antielusiva (inserendovi inoltre

²⁰⁹ F. P. ROYO, *L'esperienza spagnola*, cit., p. 176.

vedeva l'instaurazione del contraddittorio tra Fisco e contribuente nonché un particolare onere motivazionale dell'avviso di accertamento), non ha risolto la problematica relativa all'applicazione della normativa²¹⁰.

La rinuncia da parte dell'Amministrazione finanziaria di utilizzare tale clausola generale, si è manifestata successivamente a seguito dell'abrogazione, con *Real Decreto* del 1993, del citato procedimento speciale, il quale ha inevitabilmente causato la rimozione di uno degli elementi ostativi all'applicazione dell'articolo 24, la cui applicazione veniva ricondotta alle generali regole del procedimento amministrativo previste dalla legge del 1992.

Il nuovo capitolo di tale sviluppo normativo, si è avuto con la riforma parziale dell'articolo 24 della Legge 20 luglio 1995, successivamente superata dall'articolo 15 della *Ley General Tributaria* del 2003.

Il nuovo testo della disposizione, più articolato del precedente, stabilisce che: *“Al fine di evitare la frode alla legge, si considera inesistente l'estensione della fattispecie imponibile, nei casi in cui risultino soggetti ad imposizione fatti, atti o negozi giuridici, posti in essere con il proposito di eludere il pagamento del tributo, utilizzando il testo di norme stabilite con diverse finalità, qualora questi diano luogo ad un risultato che corrisponde a quello che si sarebbe ottenuto con l'applicazione della fattispecie imponibile: la frode alla legge dovrà, pertanto, essere dichiarata con una procedura speciale in contraddittorio con l'interessato”*.

Tra gli elementi di novità presenti nel comma 1 del nuovo disposto normativo, vi è sicuramente una visione più corretta, dal punto di vista concettuale, nella definizione del concetto di frode²¹¹ (nonostante la redazione riproduca

²¹⁰ Secondo la dottrina, tale circostanza sarebbe stata causata dal fatto che l'articolo in commento richiedeva la prova dell'intenzione di eludere l'imposta, non sempre facilmente dimostrabile da parte del Fisco e non consentiva di distinguere adeguatamente le forme legittime di risparmio d'imposta dall'elusione.

²¹¹ I meccanismi di correzione dei negozi anomali, nel *Derecho Tributario* sono basati sui concetti di *“frode alla legge”* e *“simulazione”*, recepiti all'interno della categoria degli *“ilícitos”*

o), attraverso il riferimento a *õfatti, atti, negozi compiuti, utilizzando norme stabilite con finalità diverse*ö.

Tuttavia, nonostante il nuovo testo mantenga sempre l'elemento soggettivo dell'intenzione elusiva, è stata alleggerita la portata prevedendo la rimozione del requisito esplicito de *õel propòsito probado de eludirö*, da accertarsi nel procedimento speciale di dichiarazione della frode, anch'esso mantenuto, sempre con il contraddittorio dell'interessato.

La norma prosegue stabilendo che *õI fatti, atti o negozi giuridici, compiuti in frode alla legge tributaria, non impediranno l'applicazione della norma tributaria elusa, né consentiranno di godere dei vantaggi fiscali che si è cercato di ottenere attraverso essi. Negli atti di imposizione (õliquidacionesö), che saranno emessi al termine della procedura speciale di frode alla legge, sarà applicata la norma tributaria elusa e saranno richiesti gli interessi di mora corrispondenti, senza che a questi soli effetti siano applicabili sanzioni*ö.

Concludendo, la norma in esame chiarisce sia le conseguenze giuridiche previste a seguito del comportamento riconosciuto in frode alla legge, mediante l'applicazione della norma la cui elusione è stata tentata, sia l'espressa inapplicabilità delle sanzioni, ma solo eventualmente l'adozione di misure di indennizzo per l'effettivo ritardo nel pagamento.

In seguito alle predette modifiche apportate all'articolo 24, tale norma ha cominciato a ricevere maggiore attenzione da parte dell'Amministrazione e della giurisprudenza, ma nonostante ciò la clausola antielusiva generale così definita è stata nuovamente modificata e profondamente stravolta per effetto della ricordata riforma della *Ley General Tributaria* recata dalla Legge 17 dicembre 2003, n. 58. Nell'articolo 15, rubricato *õConflicto en la aplicaciòn de la norma tributaria*"²¹², è presente una novità sul piano testuale data dalla sostituzione della locuzione

*atipico*ö. Per un approfondimento sul tema, M. ATIENZA ; J. RUIZ MANERO, *Illicitos atipico. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviaciòn de poder*, Madrid, 2000.

²¹² Il testo originale della norma stabilisce che *õI. Se entenderá que existe conflicto en la aplicaciòn de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realizaciòn del hecho*

into di *conflicto nell'applicazione della norma fiscale interna*, per designare l'abuso, elaborato come non realizzazione, totale o parziale, del presupposto d'imposta o riduzione della base imponibile o del debito d'imposta, attraverso atti o negozi in cui concorrono due circostanze:

- a) risultino, singolarmente o congiuntamente considerati, palesemente fittizi o comunque non conformi al conseguimento del risultato ottenuto;
- b) dal loro utilizzo, non derivino effetti giuridici o economici rilevanti rispetto al risparmio fiscale e quelli derivanti dall'utilizzo tipico di atti o negozi²¹³.

Inoltre, ai sensi del terzo comma dell'articolo 15, l'accertamento dell'abuso comporta l'esazione del tributo che sarebbe stato dovuto in base alla norma impositiva applicabile agli atti e negozi tipici, ovvero l'eliminazione degli eventuali vantaggi fiscali ottenuti, cosicché tali maggiori imposte determinate saranno maggiorate degli interessi di mora, esclusa tuttavia, per espressa previsione normativa, l'applicabilità delle sanzioni.

Il legislatore spagnolo sembra, quindi, aver accolto la nozione di abuso delle forme e degli strumenti giuridici di diritto civile propria dell'ordinamento tedesco (di cui al paragrafo 42, comma 1, del *Abgabenordnung*) nel quale si fa

imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido;

b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

²¹³ La previsione da parte del legislatore di individuare il comportamento elusivo alla stregua di entrambi i requisiti risiede nel fatto che, se ricorresse solo l'elemento a) si avrebbe un negozio indiretto, mentre in presenza del solo l'elemento b) ci troveremo dinanzi un caso di legittimo risparmio d'imposta, denominato *economía de opción*.

di forme giuridiche (*Gestaltungsmißbrauch*)²¹⁴,

che designa la costruzione artificiosa tendente a procurare un risparmio fiscale per operazioni che producono i medesimi risultati economici che la norma aggirata sottopone a tassazione, appoggiandosi alla lettera della disposizione²¹⁵.

In questo, la clausola generale appena analizzata non sembra presentare caratteri di novità, in cui il tema dell'abuso viene trattato alla stregua di un problema interpretativo: il modo in cui il contribuente ha interpretato una disposizione, òconfliggeò, perciò, con il supposto intento del legislatore fiscale.

Tuttavia, il meccanismo dell'abuso, indipendentemente dal nome col quale la normativa lo ha nel tempo designato (*elusion, fraude a la ley o negocio indirecto*), si caratterizza per la presenza di due postulati basilari: da una parte, l'imposizione tributaria o la spettanza di un beneficio fiscale condizionati dalla realizzazione di un fatto economico (e non al conseguimento di determinati risultati economici), e dall'altra, la piena libertà spettante al contribuente spagnolo nella scelta del mezzo più appropriato al conseguimento dei propri fini economici (sempre che non violi la *ratio legis* del precetto)²¹⁶.

3.2 L'esperienza francese

Nel dibattito dottrinale circa il contrasto ai comportamenti fiscalmente abusivi e nelle pronunce della Corte di Cassazione italiana sul tema, appaiono talvolta riferimenti alle esperienze di altri Paesi, tra cui la Francia, che conosce una clausola antiabuso di portata generale, o quasi, fin dal 1941²¹⁷.

²¹⁴ P. PIANTAVIGNA, *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiana e spagnola*, op. cit., p. 69.

²¹⁵ T.R. ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, *El fraude de ley y el abuso de las formas en derecho tributario*, Madrid, 1994, pp. 70 e ss.; V. RUIZ ALMENDRAL; G. SEITZ, *El fraude a la ley tributaria (anàlisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)*, in *Revista de contabilidad y tributaciòn*, 2004, n. 53, pp. 196 e ss.

²¹⁶ P. PIANTAVIGNA, *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiana e spagnola*, op. cit., p.70.

²¹⁷ In dottrina, si evidenzia come la riforma legislativa sia stata realizzata proprio nella fase dell'invasione nazista della Francia, quando a governare era il Maresciallo *Pétain*, contemporaneamente al dibattito che, in Germania, aveva portato all'introduzione di una norma

ha sempre incontrato notevoli difficoltà nel distinguere, in modo chiaro e puntuale, tra i concetti di elusione ed evasione fiscale²¹⁸, l'abusivo²¹⁹ conosce, invece, una nozione ben precisa²¹⁹.

L'ordinamento transalpino annovera tra i mezzi di contrasto ai comportamenti elusivi, a seconda della loro tipologia, numerosi strumenti quali la riqualificazione, l'*acte normal de gestion*²²⁰ e l'abusivo di diritto: quest'ultima fattispecie, è attualmente disciplinata dall'articolo L. 64 del *Livre de procédures fiscales*, recentemente novellato dalla *Loi fiscale 2009*.

A mio avviso, risulta interessante osservare ed analizzare l'evoluzione che nel tempo ha caratterizzato gli elementi della condotta della frode alla legge.

La versione originale della norma stabiliva che: *non possono essere opposti all'Amministrazione finanziaria gli atti che dissimulano la reale portata di un contratto o di una convenzione con l'impiego di clausole:*

- a) *che comportano un'imposta di registro o una tassa di pubblicità fondiaria meno elevata;*
- b) *che mascherano sia il realizzo che il trasferimento di benefici o di ricavi;*

generale anti abuso: P. PERNOUX, *Substance, effets multiple set montage purement artificiel: une approche comun de la frode à la loi?*, in *Droit fiscale*, n. 23, 2008, p. 358.

²¹⁸ Tra le ragioni principali, si annovera l'inesistenza di una definizione delle due fattispecie all'interno della legislazione tributaria francese, nonché la difficoltà di inserire all'interno del vocabolario francese una nozione di elusione, apparsa solamente all'inizio del Ventesimo secolo e utilizzata per individuare pratiche volte a sottrarre materialmente al fisco le ricchezze risparmiate, tramite il trasferimento all'estero (quindi quale sinonimo di evasione fiscale internazionale). Inoltre, l'indeterminatezza dei due concetti è stata accentuata dall'ostilità dell'Amministrazione fiscale ad ufficializzare ed utilizzare l'espressione "elusione fiscale" da un lato, e dal fatto che i contribuenti stessi non abbiano generalmente mai fatto distinzione tra le due situazioni. Per un approfondimento sul tema, si veda J. P. CHEVALIER, *L'esperienza francese*, in *Elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. DI PIETRO, Milano, 1999, pp. 6-8.

²¹⁹ L'abusivo di diritto è quell'istituto che consente all'Amministrazione finanziaria di riqualificare un atto giuridico di un contribuente, rendendo la qualificazione originaria non opponibile all'Amministrazione stessa, qualora l'atto abbia causato perdite di gettito per l'erario e si sia rivelato o fittizio, o formato per scopi esclusivamente fiscali.

²²⁰ Si tratta di una soluzione giuridica che consente all'Amministrazione fiscale di valutare la regolarità della contabilizzazione dei risultati e della deduzione dei costi sostenuti dalle imprese, secondo criteri di conformità degli atti di gestione compiuti dagli amministratori, all'interesse dell'impresa ed in relazione alla normalità degli stessi sotto il profilo fiscale. In tal senso, J. P. CHEVALIER, *L'esperienza francese*, p. 17.

in tutto o in parte, il pagamento delle imposte sul volume di affari corrispondente alle operazioni effettuate in esecuzione di un contratto o di una convenzione.

Parte della dottrina francese, sosteneva che l'applicazione dell'articolo L. 64 LPF dovesse essere limitata ai casi di simulazione e che, di conseguenza, le *habilités* fiscali, dovessero essere colpite con la tecnica della frode alla legge, in quanto esprime un principio generale del sistema che ricomprende tutte le ipotesi in cui le parti invocano regole e forme legali per eludere un'altra regola legale, traendone indebiti vantaggi²²¹.

Tale clima di incertezza applicativa, è stato però superato dalla stessa giurisprudenza, grazie ad una sentenza del Consiglio di Stato nel 1981 che rigettava tale interpretazione restrittiva, dichiarando che la procedura dell'*abus de droit* dovesse ritenersi applicabile non solo con riferimento ai casi in cui gli atti si fossero rivelati fittizi, ma anche nel caso in cui questi ultimi fossero stati reali ma posti in essere al solo scopo di eludere norme fiscali sfavorevoli per il contribuente²²².

Con la riforma del 2009, il legislatore non va ad incidere sulla reale portata applicativa della disposizione, ma piuttosto si limita a positivizzare l'interpretazione accolta dal Consiglio di Stato, indirizzando le modifiche principalmente in due direzioni: da una parte, ha eliminato ogni riferimento alle imposte considerate dalla previgente norma, applicando il divieto di comportamenti abusivi ad ogni tributo, e dall'altra parte, ha esteso il campo di applicazione della norma non solo ai casi di atti simulati (e così l'abuso del diritto costituisce caso tipico di evasione), quando cioè da parte del contribuente, viene posta in essere una costruzione giuridica fittizia, caratterizzata da manovre

²²¹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 142.

²²² Si riporta di seguito il testo della disposizione: *«Considérant que lorsque l'Administration use des pouvoirs qui elle tient de ce texte dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes ont un caractère fictif ou, défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard sa situation et ces activités elles.*

nascherare la situazione reale sottostante, ma anche in quelli in frode alla legge fiscale, la quale ricorre in presenza di tre elementi:

- a) un comportamento reale ma anomale, non ricorrente nella prassi commerciale;
- b) la ragione esclusivamente fiscale di tale comportamento;
- c) la riduzione del carico impositivo, attraverso l'elusione della normativa tributaria²²³.

Possiamo dunque affermare che, solo a seguito di tale ultima riforma, può dirsi che la Francia si sia dotata di una disposizione antiabuso generale vera e propria²²⁴.

Da un'analisi accurata della giurisprudenza precedente²²⁵ si rileva, tuttavia, che pur dopo l'introduzione della norma antiabuso, i giudici avevano continuato ad applicare la disposizione ai comportamenti simulati o fraudolenti, senza soffermarsi nell'individuazione precisa di quale delle due ipotesi ricorresse nel caso di specie.

La stessa dottrina, pare consapevole della commistione effettuata dalla giurisprudenza e dall'Amministrazione tra comportamenti simulati ed in frode

²²³ Tale estensione dell'*abus del diritto* a casi di *fraudi normative* da parte della giurisprudenza tributaria del Consiglio di Stato, ha inevitabilmente reso più difficoltoso il confronto tra abuso ed elusione fiscale.

²²⁴ L'attuale versione dell'art. L. 64 del LPF, così recita: *«Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.*

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public.

²²⁵ C.E., 27 febbraio 1980, req. 13.239, in *«Droit fisc.ö*, 1980, n. 22; C.E., 6 dicembre 1978, req. 10.238, in *«RFJö*, 1979, n. 1; C.E., 3 febbraio 1971, n. 74.352, in *«Droit. Fisc.ö*, n. 25; C.E., 3 novembre 1978, req. 1116, in *«Droit. Fisc.ö*, 1979, n. 19.

zione di simulazione, infatti, si giungeva a censurare comportamenti appartenenti alla seconda tipologia invece che alla prima²²⁶.

Gli organi giudiziari francesi hanno, quindi, esteso in via ermeneutica la portata della norma antiabuso anche casi di frode alla legge fiscale, sicché il legislatore ha ritenuto opportuno adeguare il testo di legge all'interpretazione ormai consolidata.

La dottrina e la giurisprudenza francesi, infatti, non rinvergono nel principio di legalità e dell'autonomia privata un ostacolo all'applicazione del divieto di comportamento in frode alla legge fiscale; in realtà, i principi sopra richiamati non tutelano gli atti posti in essere con il solo scopo di sottrarsi al pagamento dei tributi, poiché devono essere coordinati con il principio di uguaglianza, anch'esso tutelato al livello costituzionale.

Le operazioni fiscalmente abusive conservano la loro validità nell'ambito civile e commerciale, dal momento che l'unica conseguenza risiede nell'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria, e tale soluzione non determina una compressione definitiva dell'autonomia negoziale²²⁷.

Concentrando l'attenzione sugli elementi della condotta in frode alla legge, l'attuale articolo L. 64 stabilisce, invero, che *«sono in opponibili all'Amministrazione finanziaria i comportamenti motivati da ragioni unicamente fiscali che si pongono in contrasto con gli obiettivi delle disposizioni tributarie»*: questa previsione deve essere valutata con favore, poiché costituisce un ostacolo alla tendenza (riscontrabile anche nelle pronunce francesi) a qualificare come abusivi alcuni comportamenti solo sulla base delle ragioni unicamente fiscali.

Nella giurisprudenza, di fatto, è andato progressivamente svalutandosi l'elemento oggettivo dell'elusione della norma poiché l'attenzione pareva incentrarsi sull'elemento soggettivo dello scopo esclusivamente fiscale perseguito dalle

²²⁶ M. COZIAN, *«Le grandes principes de la fiscalité des entreprises»*, Paris, 1999, n. 43; TH. DELAHAYE, *Le choix de la voie de moins imposée. Etude de droit comparé: Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni*, Bruxelles, 1977, n. 82.

²²⁷ V. LIPRINO, *«L'abuso del diritto nell'esperienza francese»*, in *Rass. Trib.* n. 2/2009, p. 451.

sembrava, pertanto, che la natura abusiva di un'operazione fosse completamente incentrata sulla ricostruzione della effettiva volontà delle parti e sull'insussistenza di interessi extra-fiscali, dove l'aggiramento della norma, elemento fondamentale della condotta in frode alla legge, risultava scarsamente richiamato in motivazione.

Tuttavia, la dottrina dominante era orientata a ritenere che l'aggiramento della norma, in quanto coesistente alla definizione di abuso di diritto, dovesse assumere un ruolo di fondamentale rilevanza per il collegio giudicante, ai fini della decisione²²⁸: così, i giudici del *Conseil d'Etat* sono tornati sull'argomento degli elementi essenziali delle condotte abusive, sottolineando la necessità dell'aggiramento della normativa tributaria, requisito espressamente richiesto dal legislatore in sede di riforma.

Con ciò, si vuole affermare che nell'ipotesi in cui l'operazione posta in essere dal contribuente fosse ispirata da ragioni meramente fiscali, ma risultasse rispettosa degli obiettivi perseguiti dalla norma tributaria, dovrebbe considerarsi pienamente lecita, non potendo essere oggetto di alcuna contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria²²⁹.

Infine, è interessante fare un cenno sugli ulteriori elementi di rilievo della riforma del 2009, in cui il primo è rappresentato dall'inclusione delle *décisions* nell'ambito delle disposizioni oggetto di possibile abuso, da intendersi, secondo le indicazioni del legislatore, come le risoluzioni ministeriali.

La dottrina ha, *in primis*, manifestato una certa perplessità nel prendere atto di questa apertura, dal momento che le *décisions* rappresentano delle risposte a casi specifici, non contemplati a livello legislativo: proprio il loro carattere di dettaglio, avrebbe dovuto indurre a ritenere che le stesse non potessero beneficiare della tutela offerta dalla norma antiabuso.

²²⁸ O. FOUQUET, *Fraude à la loi et abus de droit*, p. 24 e *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit*, pp. 383 e ss.

²²⁹ Il riferimento alla necessaria contrarietà agli obiettivi della legge ha, in definitiva, la funzione di evitare un eccessivo ricorso da parte dell'Amministrazione alla procedura antiabuso, e di tutelare la certezza giuridica e la stabilità dei rapporti economici.

la legge persegue, infatti, l'obiettivo di colmare le lacune che la legge può presentare, dato il suo carattere generale ed astratto, mentre le *décisions*, al contrario, a causa del limitato ambito di applicazione, si rivelano uno strumento inadeguato a risolvere le problematiche alle quali l'istituto del divieto di frode alla legge mira a dare soluzione.

Il secondo elemento, prevede l'inclusione nell'ambito della norma anche i fatti giuridici e gli atti unilaterali: il testo dell'articolo L. 64, fa riferimento ad atti che dissimulano la reale portata di un contratto o di una convenzione e ciò ha indotto la dottrina a ritenere che la simulazione e la frode alla legge possano riguardare anche tutti i comportamenti i cui effetti risultino predeterminati, indipendentemente dalla volontà dell'autore.

Questa soluzione è stata applicata anche dalla giurisprudenza, secondo cui la norma antiabuso è applicabile non solo ai contratti, come testualmente afferma l'articolo L. 64, ma anche agli atti unilaterali.

L'ultimo, è dato dalla facoltà di ridurre la sanzione dall'ottanta per cento del tributo al quaranta per cento, quando non sia provato che l'iniziativa del comportamento abusivo sia effettuata dal contribuente o che questi ne sia il beneficiario.

Tale novità si giustifica sia con il riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ritiene necessario riconoscere al giudice il potere di determinare la sanzione in base alle condizioni personali dell'autore della violazione, sia in riferimento all'obiettivo di escludere l'irrogazione delle sanzioni nei confronti di quei soggetti che non abbiano partecipato attivamente all'operazione, ma si siano limitati a beneficiare degli effetti²³⁰.

²³⁰ Tuttavia, disciplina introdotta nel 2009 rischia di presentare profili di illegittimità rispetto all'interpretazione del diritto comunitario determinata dalla Corte di Giustizia, in quanto, secondo i giudici di Lussemburgo, i comportamenti abusivi non possono andare incontro a sanzioni dal momento che non vi è una norma che obblighi il contribuente a tenere un comportamento diverso da quello posto in essere. Per approfondimenti sul tema si veda N. CHAHID ; NOURAI, *Taxe professionnelle et abus de droit*, in *La lettre des impôts directs*, 1991, Paris, p. 1; F. DEBOISSY, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Paris, 1998, n. 233.

In Germania, per quanto riguarda la disposizione generale antielusiva, si può risalire ai tempi dell'inizio del Novecento, quando il legislatore tedesco creò la prima disposizione antielusiva, ossia il § 5 del *Reichsabgabenordnung* del 1919.

La norma, nata in seguito all'esigenza di bilancio avvertita nel primo dopoguerra per contrastare i dilaganti fenomeni elusivi (tra le controversie più significative si annovera la sentenza cosiddetta *„Mitropaö*), ha suscitato diverse polemiche da parte della dottrina, potendo costituire una minaccia alla certezza del diritto, con il rischio di lasciare il contribuente prima in balia dell'autorità finanziaria e, successivamente, dei giudici tributari.

Per tale motivo, venne così introdotto il secondo comma del § 5, definendo cosa si sarebbe dovuto intendere per *„abusö*: il § 5 RAO, rubricato *„Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtsö*, stabiliva che *„attraverso l'abuso delle forme giuridiche del diritto civile, l'obbligo al tributo non può essere eluso o ridottoö*.

Un abuso nel senso del comma 1 sussiste quando:

- la legge sottopone gli accadimenti economici, i fatti ed i rapporti all'imposta nella forma giuridica corrispondente, viene scelta una forma giuridica insolita o vengono intrapresi negozi giuridici ad essa non corrispondenti al fine di eludere l'imposta;
- secondo lo stato e le modalità delle condizioni in base alle quali i partecipanti procederanno o si ritiene che debbano procedere si raggiungerà in sostanza lo stesso risultato che sarebbe stato ottenuto adottando una forma giuridica corrispondente agli accadimenti economici (í)²³¹.

Tuttavia, si temeva che il primo comma fosse formulato in maniera troppo ampia e indefinita e che, quindi, non sarebbe stato in grado di proteggere le operazioni economiche trasparenti da utilizzi impropri da parte dell'Amministrazione

²³¹ Per approfondimenti sul tema, S. MARTINENGO, *L'abuso del diritto in Germania e il § 42 dell'Abgabenordnung*, in *Rass. Trib.*, 3/2010.

4 quando venne emanata la legge generale di modifica dell'imposizione (*Steueranpassungsgesetz*, la quale si sostituì la *Reichsabgabenordnung*), nel § 6 StAnpG, il legislatore decise di eliminare la definizione di abuso presente nella norma che ne aveva impedito l'utilizzo.

Tale clausola di carattere generale, venne mantenuta negli anni e tale fu la sua influenza che, con la riforma del 1977 che aveva introdotto una nuova *Abgabenordnung*, la norma venne inserita nuovamente, nonostante furono apportate alcune modifiche senza però capovolgere i principi che fino ad allora si erano consolidati.

La norma è il §42 *AO*, ovvero la norma di contrasto ai comportamenti fiscalmente abusivi presente nella legge generale tributaria tedesca, la quale recita così: *„Con l'abuso delle forme giuridiche la norma fiscale non può essere elusa. Nel caso vi sia un abuso, la pretesa al tributo sussiste così, come quando sussiste una forma giuridica adeguata al fenomeno economico“*.

La norma, che introduce una clausola generale volta ad impedire l'aggiramento della legislazione tributaria da parte del contribuente, è stata oggetto di numerosi richiami da parte di dottrina e giurisprudenza italiane le quali, tuttavia, non si sono soffermate dettagliatamente sul percorso evolutivo che sta alla base dell'attuale formulazione del precetto²³².

Il testo di tale precetto è rimasto pressoché invariato fino alla riforma intervenuta nel 2001, che ha modificato il §42 *AO* attraverso l'introduzione di un secondo comma, che stabiliva come il primo comma fosse applicabile, quando la sua applicabilità non fosse espressamente esclusa dalla legge.

Il motivo che sta alla base dell'introduzione del comma 2, sarebbe stato quello di recepire alcune sentenze del *Bundesfinanzhof*, per le quali il § 42*AO* non sarebbe stato applicabile in presenza di leggi specifiche.

²³² Per la dottrina si fa riferimento: G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, pp. 488 e ss.; M. PROCOPIO, *Elusione (od abuso del diritto): la Corte di Cassazione si allinea all'orientamento comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1/2008, p. 928; A. LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *„Riv. Dir. Trib.“*, 1/2009, cit., p. 60.

legislatore è stata criticata da gran parte della

dottrina a causa del suo contenuto tutt'altro che determinato: in particolare, se da un lato si riteneva che, ove fosse stato preso in considerazione solamente significato letterale del secondo comma, la norma avrebbe finito per affermare qualcosa di piuttosto ovvio, dall'altro lato si sottolineava come la norma fosse stata introdotta dal legislatore proprio per perseguire fini ulteriori rispetto al mero intento interpretativo.

In definitiva, la norma, quindi, invece di eliminare i dubbi sollevati in merito avrebbe avuto la funzione di introdurre nell'ordinamento una clausola generale antielusione, in assenza di specifiche norme in tal senso.

E sulla base di tali incertezze che il legislatore, non essendo riuscito a colmare le lacune nelle norme antielusive specifiche attraverso la reintroduzione della clausola generale né a risolvere i problemi di interpretazione del significato di abuso e di inadeguatezza delle forme giuridiche, ha introdotto nuovamente una modifica nel 2008²³³ per cercare di concretizzare le esigenze di maggiore precisione e certezza del diritto.

Il nuovo §42AO, infatti, prevede: *“Con l'abuso delle forme giuridiche la norma tributaria non può essere elusa. Se la fattispecie è regolata da una norma tributaria specifica, intesa ad impedire l'elusione fiscale, allora le conseguenze giuridiche si determineranno secondo quella norma, altrimenti il tributo è dovuto, con un abuso come quello stabilito al comma 2, in corrispondenza di una forma giuridica adeguata ai fatti economici. Un abuso sussiste quando viene scelta una forma giuridica inadeguata, che comporta per il soggetto d'imposta o un terzo, in confronto ad una forma adeguata, un beneficio fiscale non previsto dalla legge. Questo non vale, quando il soggetto d'imposta prova per la forma giuridica scelta delle ragioni extrafiscali, che secondo il quadro complessivo dei rapporti sono meritevoli di tutela”*.

²³³ JStG 2008, 20 dicembre 2007, in *BGBL*, 2007, I, p. 3150: il nuovo § 42 AO è entrato in vigore il 1° gennaio 2008, quindi per le fattispecie realizzate fino a tale data si applica il precedente § 42 AO.

e novità introdotte rispetto al testo previgente, sono essenzialmente di quattro tipi.

La prima novità introdotta, riguarda l'inserimento da parte del legislatore di una sequenza di fasi all'interno della norma, al fine di decidere se applicare la norma speciale o la norma generale antielusiva: infatti, se esiste una norma antielusiva in una specifica norma tributaria e ne ricorrono i requisiti, le conseguenze deriveranno dall'applicazione della norma specifica, altrimenti l'interprete dovrà ricorrere al primo comma del § 42 AO, verificando se il fatto possa essere ricondotto alla definizione di abuso dettata dal comma 2.

Altro elemento di novità è dato dall'introduzione della nozione di abuso in materia tributaria, inserita nella norma proprio per cercare di avvicinarsi all'obiettivo di una maggiore precisione nella difesa dall'abuso; gli elementi centrali di tale definizione sono rappresentate dai richiami alle *forme giuridiche inadeguate* e al *beneficio fiscale non previsto dalla legge*, che però, per la dottrina, mal si adattano alle esigenze di adeguatezza che hanno spinto il legislatore a riformare il § 42 AO.

Infatti, il requisito dell'adeguatezza al fatto economico della forma giuridica scelta, non è sufficiente affinché venga affermata l'esistenza di un abuso, perciò il legislatore al comma 2 ha introdotto un requisito nuovo, vale a dire quello di ottenere un *beneficio fiscale non previsto dalla legge*, riferendosi alle agevolazioni fiscali e i risparmi d'imposta ottenuti eludendo la norma speciale²³⁴.

Una parte della dottrina evidenzia, però, un problema per ciò che riguarda la maggior parte delle norme tributarie, ovvero quelle di natura fiscale, in quanto le stesse non prevedono in alcun modo un vantaggio fiscale e dunque l'espressione *beneficio fiscale non previsto dalla legge* sarebbe formulata in modo troppo restrittivo.

Secondo altra parte della dottrina, invece, il termine beneficio fiscale sarebbe da intendersi in un'accezione più elastica, capace di ricomprendervi sia i benefici

²³⁴ S. MARTINENGO, op. cit., p. 666. Nella relazione d'accompagnamento alla riforma fiscale si portano, ad esempio, i vantaggi derivanti dallo sfruttamento di norme tributarie deputate ad incentivare determinati obiettivi di natura politico-sociale, oltre che fiscali.

ative, sia quelli derivanti dall'aver evitato le norme tributarie impositive: in questo modo verrebbero così ricomprese tutte le norme fiscali.

Gli ultimi due elementi di innovazione, attengono alla facoltà concessa al contribuente di respingere l'asserzione di abusività della forma giuridica effettuata da parte dell'Amministrazione finanziaria, dimostrando la presenza di ragioni extra-fiscali²³⁵ meritevoli di tutela opponibili alla stessa²³⁶, e la previsione che l'abuso si verificherà non solo nel caso in cui il contribuente, mediante la forma giuridica inadeguata, ricavi il beneficio non previsto dalla legge, ma anche quando tale beneficio sia ottenuto da un terzo, non specificando tuttavia chi sia il terzo in questione, anche se, secondo l'interpretazione conforme all'obbligo di determinatezza previsto dall'articolo 20, terzo comma GG, per "essenziale" si dovrebbe intendere un rapporto stretto tra il contribuente e il terzo, consistente, ad esempio, in una relazione di parentela o diversamente il terzo potrebbe essere una persona fisica o giuridica autonoma, ma "vicina" al contribuente ovvero legata da rapporti di tipo economico e che eserciti una rilevante influenza diretta o indiretta sullo stesso o viceversa.

Per concludere, ancora oggi l'esistenza di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento tedesco non è condivisa da tutta la dottrina, che si divide tra chi sostiene il § 42 AO (i sostenitori dell'*Außentheorie*), ritenendolo uno strumento essenziale per riuscire a contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale (rifiutando il ricorso all'analogia), e chi invece (la dottrina minoritaria che appoggia l'*Innentheorie*), ritiene che l'abuso del diritto in campo tributario possa essere affrontato sia con l'interpretazione estensiva, andando anche oltre il significato letterale della norma elusa, sia con appunto con l'analogia e perciò il § 42 AO sarebbe superfluo, in quanto lo scopo della norma, ricavato grazie

²³⁵ Secondo i giudici, le ragioni extrafiscali si identificano con quelle economiche o personali, che in relazione al quadro complessivo delle attività economico-giuridiche poste in essere dal contribuente, appaiono giustificabili secondo i valori dell'ordinamento giuridico e, pertanto, sono fiscalmente da tenersi in considerazione.

²³⁶ A. HENSEL, *Zur Dogmatik des Begriffs Steuerumgehung*, in *Festgabe der Bonner Juristenfancultat fur E. Zitelmann*, Monaco di Baviera, 1923, p. 244.

essere fatto valere illimitatamente, senza dover quindi ricorrere ad un'apposita fattispecie²³⁷.

3.4 L'esperienza britannica

Nel Regno Unito, non esiste un concetto di abuso del diritto, o comunque non esiste un istituto relativo all'abuso del diritto conosciuto espressamente dagli ordinamenti continentali come una clausola generale antielusiva²³⁸, ed è pertanto necessario rifarsi alla giurisprudenza, la quale solo a partire dagli anni Ottanta ha assunto un ruolo attivo nella lotta ai crescenti fenomeni elusivi.

Fino ad allora, infatti, il sistema inglese era orientato a combattere le elusioni con appositi e specifici provvedimenti di legge, che col passare del tempo divennero numerosissimi e tendenti sempre più *alla pignoleria tecnica e definitoria*²³⁹ e non produssero alcun effetto disincentivante nell'industria delle elusioni.

La particolarità del sistema giuridico inglese, è sempre stata quella di attribuire maggiore rilievo alla sostanza di un negozio giuridico, piuttosto che alla sua forma (principio della *substance over form*): di conseguenza, se la qualificazione giuridica che le parti hanno attribuito al negozio non corrisponde agli effetti concretamente voluti dalle parti, il giudice farà esclusivo riferimento all'effettiva intenzione delle stesse.

In altre parole, il giudice considera il negozio scritto come se fosse *simulato* e decide basandosi sulla valutazione che il vero negozio giuridico è quello i cui effetti erano *genuinamente* voluti dalle parti.

Recentemente, tuttavia, i giudici inglesi hanno compreso l'importanza di ricorrere a tecniche antielusive in grado di produrre un effetto anticipatorio e

²³⁷ S. MARTINENGO, *L'abuso del diritto in Germania e il § 42 dell'Abgabenordnung*, op. cit., p. 677.

²³⁸ In passato, era previsto un tale tipo di *Section* che prevedeva ampi poteri all'Amministrazione finanziaria di riquilibrare le operazioni, anche se è rimasta sostanzialmente disapplicata dalle Corti.

²³⁹ J. TILEY, *Judicial Anti-Avoidance Doctrines : Corporations and Conclusions*, in *British Tax Rev.*, 1988, pp. 138 e ss.

ndotte elusive, in particolare in quei casi in cui, all'interno di un negozio giuridico, vengono inserite attività giuridiche intermedie (di per sé lecite ed effettivamente volute dalle parti), al fine di produrre l'effetto di eludere il pagamento dei tributi.

A tal proposito, vi sono alcune tra le più importanti decisioni pronunciate dalla *Camera dei Lord* da cui si desume come questa teoria del *new approach* è stata delineata e ridefinita.

L'analisi inizia dal caso *Ramsay* nel 1981 in cui, dopo la realizzazione di una plusvalenza imponibile, un contribuente aveva tentato di creare artificialmente una perdita dello stesso importo, al fine di azzerare l'onere fiscale (perdita deducibile ai fini dell'imposta sui *capital gains* e perdita da liquidazione): si trattava di un piano circolare denominato *self-cancelling* che si sostanziava in una transazione composta e complessa i cui passi erano tutti senza conseguenze durevoli e senza scopi commerciali ragionevoli²⁴⁰.

Nel principio enunciato si stabiliva che:

- le Corti possono considerare singole transazioni come un piano preordinato per eludere le imposte;
- nel piano preordinato, le singole transazioni sono artificialmente concatenate allo scopo di produrre un risultato ben specifico;
- è sufficiente per aversi preordinazione elusiva una volontà guida in grado di garantire che tutti i passi successivi siano portati a compimento²⁴¹.

Su questa teoria, si sono successivamente sviluppate due distinte interpretazioni, una privilegiata dalla *Inland Revenue* (il Fisco) e l'altra dai contribuenti:

- a) secondo l'orientamento condiviso dalla *Inland Revenue*, salvo ci fosse chiara volontà contraria nelle leggi impositive, ogni concetto utilizzato nell'ambito della disciplina fiscale doveva trovare applicazione a negozi giuridici complessi, sulla base che attività giuridiche in essi previste, per eludere il pagamento dei tributi, dovessero essere ritenute irrilevanti;

²⁴⁰ S. N. FROMMEL, *United Kingdom Tax Law and Abuse of Right*, in *Intertax*, 1991, p. 66 e ss.; P. TAYLOR, *Tax Planning and Tax Avoidance after Ramsey*, in *Taxation*, 1982, p. 491 e ss.

²⁴¹ A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, op. cit., p. 150.

stenuato dai contribuenti, questo approccio può essere adottato solo qualora la terminologia utilizzata nella legge sia sufficientemente generica: qualora i concetti utilizzati abbiano invece un chiaro e specifico significato legale, questi non dovrebbero venire modificati dall'applicazione del principio *Ramsay*.

Successivamente, pochi mesi dopo il caso *Ramsay*, seguì il caso *Burmah*, nel quale si chiariva come l'assenza di scopo commerciale doveva essere valutata con riferimento al risultato finale e non guardando agli *step* intermedi, i quali potevano anche avere una motivazione di affari²⁴².

Con il caso *Dawson*, si veniva a configurare, invece, uno schema elusivo lineare, portando inevitabilmente ad ampliare l'ambito di operatività del complesso di regole definite nei casi precedenti e a definire i contorni quasi definitivi della prima regola generale antielusiva del sistema.

Nel caso di specie, il contribuente persona fisica aveva trasferito delle azioni di una società ad una società *offshore* di sua proprietà, la quale aveva successivamente venduto le azioni al compratore finale, con il risultato che non era in tal modo applicabile alcuna imposta sul *capital gain*: si trattava, perciò, di un negozio trilaterale, in cui il *beneficial ownership* delle azioni era passato direttamente al compratore finale e l'interposizione della società *offshore* era stata quindi ritenuta irrilevante sotto l'aspetto fiscale.

Non uno schema circolare con modifica meramente formale in questo caso, ma schema lineare con produzione effetti duraturi (*enduring legal consequences*), che ha comportato l'applicazione del principio *Ramsay* ad una moltitudine di fattispecie concrete.

La trattazione si conclude con il caso *MacNiven* del 2001, in cui un contribuente aveva ottenuto un prestito per cui il creditore gli aveva prestato una somma di denaro, al fine di effettuare un pagamento ad un terzo soggetto: la questione verteva sul fatto di capire se, nel caso di specie, il contribuente aveva

²⁴² S.N.FROMMEL, *United Kingdom Tax Law and Abuse of Right*, op. cit., p. 67.

ssi, secondo il significato di pagamento definito

dalla legge.

L'orientamento prevalente delineò una distinzione tra concetti "commerciali" e concetti "legali" e, secondo quest'opinione, i primi non hanno un significato omnicomprensivo, o legale, mentre i secondi sono specificatamente definiti ed interpretati nell'ambito della disciplina fiscale.

Si ritiene perciò che, ove il concetto in discussione ricada nella categoria "commerciale", sia possibile riferirsi ed applicare il principio *Ramsay*; qualora, invece, il concetto abbia uno specifico significato legale, questo deve venire considerato sotto questa luce, salvo che non sia stato utilizzato in maniera atecnica (nel caso di specie, il termine "pagato" aveva una ben definita portata legale e di conseguenza l'approccio condiviso dai contribuenti è stato ritenuto applicabile).

Si può perciò concludere affermando che, ove la realizzazione di una serie di negozi giuridici determini un alleggerimento del contribuente in termini fiscali, sarà possibile applicare il principio *Ramsay* evitando gli elementi "artificiali", se gli elementi coinvolti sono di natura commerciale; qualora si tratti, invece, di concetti aventi carattere legale, come ad esempio "prestito" o "pagamento", allora il principio *Ramsay* non potrà venire applicato e gli elementi "artificiali" non potranno essere ignorati.

E' così che il "new approach" ha determinato l'allineamento della giurisprudenza inglese con quella americana, caratterizzata, come tutti i paesi di "common law" e a differenza dei paesi di "civil law" (che, come è stato precedentemente osservato, hanno accolto tecniche antielusive ispirate al principio dell'abuso del diritto), dal ricorso ai fenomeni della "business purpose"²⁴³ e della connessa "step

²⁴³ Tale principio muove dall'assunto secondo cui il legislatore, nel prevedere un trattamento fiscale particolarmente favorevole per certe operazioni, ha deciso di agevolare lo svolgimento dell'attività nelle forme e secondo modalità economicamente più adeguate ed efficienti rispetto agli obiettivi imprenditoriali, senza però consentire che il vantaggio economico raggiungibile con suddette attività si identifichi nel mero risparmio d'imposta. In tal senso, G. ZIZZO, *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e nella giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, in *Rass. Trib.*, 1986, pp. 231 e ss.



Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

di matrice giurisprudenziale, le quali hanno assunto nel tempo il rilievo di vere e proprie clausole generali antielusione²⁴⁴.

²⁴⁴ Per una panoramica generale, D. WARD, *The business Purpose Test and Abuse of Rights* (AA.VV.), in *Dir. Prat. Trib.*, 1985, pp. 1224 e ss.

**L'ELUSIONE APPLICATA ALL'OPERAZIONE STRAORDINARIA DI FUSIONE :
ANALISI DI ALCUNI CASI REALI**

1. Le operazioni contemplate dall'articolo 37 bis, comma 3 del D.P.R. n. 600/1973

Questo paragrafo ha l'obiettivo di esporre ed analizzare brevemente delle operazioni previste dal terzo comma del D.P.R. n. 600/1973, distinguendo preliminarmente quelle che solitamente vengono denominate "straordinarie" da tutte le altre, fornendo qualche spunto di riflessione sull'elusione tributaria e sulle sue fattispecie tipiche.

I primi tre commi dell'articolo 37 bis del decreto, descrivono il corpo centrale della disposizione antielusiva, indicando le condizioni al verificarsi delle quali viene integrata la fattispecie astratta:

- che l'azione ricada in una delle ipotesi espressamente previste dalla legge;
- che l'operazione (o la sequenza di operazioni) sia diretta ad aggirare obblighi o divieti presenti nell'ordinamento e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi altrimenti indebiti;
- che manchi qualsiasi valida ragione economica che giustifichi la manovra.

Affinché l'articolo 37 bis si concretizzi, devono quindi risultare inquadrati sia l'elemento positivo, sia quello negativo, intendendosi rispettivamente l'esistenza di *determinate operazioni, tassativamente elencate, dirette ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi altrimenti indebiti*, e la *mancaza di valide ragioni economiche a sostegno*

La contemporanea presenza di questi requisiti costituisce il filo conduttore che consente di ritenere collegati i singoli atti, fatti o negozi e di individuarne quella comune finalità che rende l'evasione perseguibile e il vantaggio realizzato indebito.

Affinché il requisito delle *valide ragioni economiche* entri a far parte, quindi, del circuito argomentativo, è necessario, oltre all'aggravamento obblighi o divieti al fine di conseguire *vantaggi indebiti*, che l'operazione rientri nell'elenco tassativo previsto dal terzo comma dell'articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973.

È noto che le imprese vivono immerse in un sistema ambientale con il quale continuamente interagiscono e dal quale cercano di cogliere le opportunità, cercando al tempo stesso di fronteggiare le forze ostili e controllare i vincoli; tuttavia, il sistema che circonda le imprese è caratterizzato da una permanente variabilità e rapidi cambiamenti soprattutto in certi settori, e ciò non fa altro che rendere incerta e soggetta a rischi, anche piuttosto rilevanti, l'attività del soggetto economico, che è costretto ad adeguarsi alle mutevoli situazioni adottando adeguati comportamenti e politiche economiche che, in un modo o in un altro, saranno destinati a segnare lo sviluppo aziendale.

Quando si parla di atti eccedenti la normale gestione, si intende, dunque, eventi di una certa rilevanza per la società; è chiaro che nel contesto economico attuale diviene sempre più determinante il ruolo assunto dalle operazioni straordinarie, in quanto capaci di ridefinire e razionalizzare gli assetti societari, la struttura aziendale e rendere più efficiente l'organizzazione stessa del sistema-impresa.

Tali operazioni non sono certo una categoria concettuale monolitica: la loro eterogeneità si riscontra, prima di tutto, sotto il profilo della struttura civilistica, ma anche sotto il profilo della funzione economica, e in alcuni casi, trattasi di fattispecie traslative distinte soltanto per la peculiarità del loro oggetto, come i conferimenti in società e i negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; in altri casi, come accade per le trasformazioni, le fusioni, le scissioni, le operazioni attengono invece all'assetto societario, comportando

amento nella tipologia giuridica dei soggetti che possono essere accorpati o divisi²⁴⁵.

Eppure, le operazioni straordinarie vengono trattate come un argomento a sé stante, dotato di una propria autonomia: è bene quindi riflettere su che cosa accomuna operazioni per altri versi così diverse tra loro.

Tra gli elementi di omogeneità, oltre all'estraneità delle operazioni in esame rispetto all'ordinaria gestione dell'impresa (nelle quali però il carattere di straordinarietà appare debole poiché esistono operazioni che seppur estranee non sono affatto assimilabili a quelle qui in esame), la straordinarietà può essere intesa in senso giuridico, attinente perciò agli assetti societari, al mutamento di tipo sociale, ovvero alla modifica del contratto sociale, ma anche sotto il profilo economico, concentrandosi sulla tipologia di beni oggetto dell'operazione.

Il terzo comma dell'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973, prevede, quindi, un'elencazione casistica delle operazioni che si possono considerare potenzialmente elusive, molte delle quali introdotte con il D.Lgs n. 344/2003.

Da notare che alla lettera *a*), vengono riproposte molte delle operazioni già previste dall'articolo 10 della legge n. 408/1990, ed inoltre vengono reintrodotti le *fusioni* e le *scissioni* che l'intervento legislativo del 1994 aveva eliminato, nonostante avesse mantenuto le *concentrazioni* e lo *scorporo*.

Innanzitutto, con la *trasformazione* la società intende attuare un cambiamento della forma giuridica che si realizza all'interno delle tipologie societarie previste dal nostro ordinamento, senza che ciò determini l'estinzione di un soggetto economico e la costituzione di uno nuovo.

Si pensi al caso di trasformazione *evolutiva* (da società di persone in società di capitali) per motivi aziendali, come una crescita dimensionale che consente di presentare meglio all'esterno l'azienda, oppure per motivazioni legate alle

²⁴⁵ R. LUPI; D. STEVANATO, *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Il Sole 24 ore, Milano, 2002, p. 2. La liquidazione, invece, può essere ascritta alla categoria delle operazioni straordinarie sia per quanto riguarda l'unicità che caratterizza la fase di cessazione dell'impresa, sia per quanto riguarda la procedura giuridica particolare prevista in tale occasione.

tare la responsabilità degli stessi, o ancora per ragioni prettamente fiscali, evitando ad esempio la tassazione progressiva per trasparenza.

I motivi alla base del ricorso alla trasformazione *regressiva*, possono essere invece inerenti alla riduzione dei costi amministrativi, alla possibilità di evitare gli adempimenti pubblicitari o il collegio sindacale, operando tramite un modello organizzativo più snello, più semplice, ma anche, ad esempio, per adottare il regime di contabilità semplificata non previsto per le società di capitali.

La norma prosegue annoverando le *fusioni* e le *scissioni*, rispettivamente fenomeno aggregativo che comporta la crescita dimensionale o, quantomeno, la ricomposizione strutturale dell'organismo aziendale (motivata da un miglior utilizzo e sfruttamento di beni pluriennali, dalla ricerca di un'ottimizzazione del processo produttivo e distributivo, riducendo così costi di produzione e concorrenza ampliando la gamma di prodotti da offrire sul mercato), e fenomeni all'opposto di disaggregazione come la scissione societaria, la quale conduce a ridisegnare la configurazione strutturale del patrimonio dell'impresa pervenendo al risultato di separare definitivamente, quindi scindere in due o più parti, un determinato complesso economico-aziendale.

Trasformazioni, fusioni e scissioni sono operazioni fiscalmente neutrali e, pertanto, non possono apportare vantaggi tributari singolarmente prese ma possono far parte di un disegno complessivamente finalizzato al conseguimento di vantaggi indebiti.

Ad esempio, nell'operazione di *scissione*, affinché si scongiuri qualsiasi sospetto di elusività, la società e i soci dovrebbero astenersi dal compimento di atti dispositivi aventi ad oggetto le partecipazioni o la compagine sociale: l'operazione in questione è, dunque, neutrale e non elusiva ma sul presupposto che i rapporti partecipativi rimangano fermi e immutati per un arco temporale imprecisato e potenzialmente indeterminato.

La norma, infine, contempla le *liquidazioni volontarie*, intese come quelle operazioni che si collocano nella fase finale della vita aziendale, basate appunto

to in essere dall'imprenditore sull'opportunità o meno di proseguire l'attività, per le quali valgono le stesse considerazioni fatte per le operazioni precedenti, e la *distribuzione ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili*, quali, ad esempio, il capitale sociale (per la parte non formata mediante imputazione di riserve formate con utili), le riserve di rivalutazione monetaria, i sovrapprezzi di emissione delle azioni, i contributi e i versamenti dei soci in conto capitale²⁴⁶.

La lettera *b)*, fa rientrare nel novero delle fattispecie potenzialmente elusive i *conferimenti in società*, in cui l'oggetto non è necessariamente un complesso aziendale, ma qualsiasi bene o diritto, sia esso materiale o immateriale, immobilizzato o circolante.

Nei *negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende* (o complessi aziendali), sia a titolo oneroso che gratuito, rientrano anche gli istituti dell'*affitto* e dell'*usufrutto di aziende*²⁴⁷: ciò, a dimostrazione del sempre maggior interesse del legislatore per i complessi aziendali come possibile fonte di vantaggi tributari indebiti.

Le lettere *c)* e *d)* fanno riferimento alle *cessioni di crediti o di eccedenze d'imposta*, dove la prima fattispecie era già prevista dal precedente articolo 10 della legge n. 408/1990 e si riferisce al negozio dispositivo con cui il creditore cedente aliena ad un terzo (cessionario) il proprio diritto di credito, il quale subentra nel rapporto obbligatorio, determinando una modificazione soggettiva dello stesso dal lato attivo, a differenza della seconda che è del tutto nuova.

La lettera *e)* richiama le *operazioni di cui al D.Lgs. 544/1992*, ovvero *le fusioni, le scissioni, i conferimenti dell'attivo e gli altri scambi d'azioni* concernenti società appartenenti a Stati diversi dell'Unione Europea: con tale lettera, il

²⁴⁶ Per approfondimenti si veda G. VASAPOLLI; A. VASAPOLLI, *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*, Milano, Ipsoa, 2013.

²⁴⁷ G. RIPA, *La fiscalità di impresa*, p. 48; G. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, p. 1609.

e stesse operazioni considerate nella lettera a) semplicemente considerandole applicabili in ambito intracomunitario²⁴⁸.

Tra le modifiche più recenti apportate all'elencazione contenuta nel terzo comma dell'articolo 37 bis, vi sono quelle di cui alle lettere f), f-bis), f-ter) e f-quater).

Alla lettera f), il legislatore introduce tra le operazioni potenzialmente elusive, oltre alle valutazioni, anche le classificazioni di bilancio aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81 comma 1, lettere da c) a c-quinquies) del T.U.I.R. (ora articolo 67 del Testo unico), concernenti azioni, obbligazioni, altre partecipazioni sia qualificate che non, valute, divise estere, prodotti finanziari derivati e così via²⁴⁹.

La rilevanza attribuita dall'articolo 87 del T.U.I.R. (che regola la disciplina della participation exemption) alla collocazione della partecipazione nello Stato Patrimoniale, ha portato il legislatore ad estendere l'ambito applicativo dell'articolo 37 bis anche alle classificazioni di bilancio: infatti, il requisito della collocazione in bilancio, potrebbe dar vita a comportamenti elusivi finalizzati a massimizzare il vantaggio fiscale derivante dai regimi previsti dal legislatore (quello dell'esenzione, per le partecipazioni iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie che possiedono i requisiti stabiliti dall'articolo 87 del T.U.I.R., quello della rilevanza fiscale delle minusvalenze, per le partecipazioni iscritte nell'attivo circolante, o che comunque non possiedono i requisiti all'articolo 87 del T.U.I.R.)

È così che il legislatore, attraverso l'articolo 37 bis, ha inteso contrastare quei comportamenti finalizzati a conseguire un indebito vantaggio fiscale attraverso una classificazione di bilancio che non riflette la vera destinazione della partecipazione, consentendo all'Amministrazione finanziaria di disconoscere il

²⁴⁸ La lettera è stata poi oggetto di modifica da parte dell'art. 1 del D.Lgs 199/2007 che ha introdotto, tra le fattispecie potenzialmente elusive, anche il *trasferimento di residenza all'estero da parte di una società*.

²⁴⁹ G. FALSITTA (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, p. 448.

classificazione in bilancio avesse come fine essenziale quello di accedere al regime di esenzione.

La lettera *f-bis*) è stata recentemente introdotta dall'articolo 2, comma 1, lettera e), numero 2), del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, in merito alla riforma fiscale, e successivamente modificata ad opera dell'articolo 18, comma 2 del D.Lgs n. 247/2005.

Nella norma, rientrano tra gli atti e i negozi suscettibili di valutazione antielusiva, *le cessioni di beni e prestazione di servizi*²⁵⁰, *effettuati tra soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del T.U.I.R.*

Limitatamente ai gruppi in consolidato fiscale, il legislatore ha previsto l'applicazione di tale disposizione normativa al fine di contrastare fenomeni di *transfer pricing interno*²⁵¹ ed il motivo è molto chiaro, in quanto l'opzione per questo particolare regime potrebbe indurre i soggetti aderenti a porre in essere scambi di beni e servizi elusivi all'interno della procedura del consolidato fiscale. Il meccanismo del consolidato, infatti, dà spazio a simili manovre nella misura in cui, ad esempio, vengano incluse nel perimetro di consolidamento delle società con perdite fiscali: in tali situazioni, potrebbero attuarsi degli scambi a prezzi "gonfiati" tra le società del gruppo finalizzati al recupero di tali perdite (che diversamente non si potrebbero includere nel consolidato).

²⁵⁰ In merito a tale modifica normativa, la Relazione di accompagnamento al decreto legislativo si è limitata a precisare che *il comma 2 prevede l'inserimento delle prestazione di servizi effettuate tra soggetti ammessi alla tassazione di gruppo tra le potenziali operazioni elusive e risponde alla medesima esigenza per cui erano già state inserite le cessioni di beni.*

²⁵¹ Sotto la comune denominazione *transfer pricing*, vengono infatti comprese le politiche dei prezzi attuate sia in ambito internazionale che in ambito nazionale.

Tuttavia, mentre dal punto di vista internazionale la problematica è stata affrontata da quasi tutti i Paesi con una normativa *ad hoc* che ha recepito il principio di valutazione a valore normale delle transazioni, dal punto di vista nazionale la legislazione non è altrettanto chiara e puntuale per le transazioni infragruppo effettuate tra imprese situate all'interno del territorio. Infatti, sebbene la normativa in oggetto sia stata recentemente aggiornata con la previsione di disposizioni antielusive *ad hoc* sul *transfer price interno* riferibile alle società che aderiscono al regime del consolidato nazionale, non esiste ancora una disciplina generale applicabile a tutte le possibili fattispecie elusive. L'esigenza di una disciplina volta a contrastare potenziali atteggiamenti elusivi è emersa più volte in passato come dimostrano diversi interventi con i quali sia la prassi che la giurisprudenza hanno cercato di evidenziare le più frequenti e rilevanti pratiche elusive, includendo tra queste anche il cosiddetto *transfer pricing interno*.

zionalmente elusivi i *pagamenti di interessi e canoni di cui all'articolo 26-quater*)²⁵², qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea.

Il comportamento che il legislatore intende ostacolare, è quello dell'interposizione di società comunitarie del gruppo quali beneficiari intermedi dei compensi, con successivo trasferimento degli stessi ad altre società del Gruppo (beneficiari effettivi) che, non avendo sede nell'Unione Europea, non potrebbero giovare del regime dell'esenzione.

Infine, rientrano tra le operazioni potenzialmente elusive, ai sensi della lettera *f-quater*) del terzo comma dell'articolo 37 bis, *le pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate, una delle quali con sede legale in un paradiso fiscale* (ex articolo 167, comma 4 del T.U.I.R.).

Ai fini dell'applicazione della norma, assumono rilevanza le somme pagate a titolo di *clausola penale* (ai sensi dell'articolo 1382 del codice civile, è la clausola con la quale le parti stabiliscono che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto al pagamento di una determinata somma); a titolo di *multa* (la norma si riferisce alle somme penali previste contrattualmente in caso di violazioni o ritardi nell'esecuzione del contratto); a titolo di *caparra confirmatoria* (ai sensi dell'articolo 1385 del codice civile, somma di denaro o beni fungibili che, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta); a titolo di *caparra penitenziale* (ai sensi dell'articolo 1386 del codice civile, ha funzione di corrispettivo del recesso: il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella ricevuta).

Attraverso la lettera *f-quater*), l'intento del legislatore è stato, dunque, quello di contrastare accordi contrattuali tra le società controllate o collegate finalizzate a spostare la materia imponibile in Paesi qualificati come *paradisi fiscali*.

²⁵² Ai sensi di tale articolo, i pagamenti di interessi e canoni effettuati da una società fiscalmente residente in uno degli Stati dell'Unione Europea nei confronti di consociate residenti in altri Stati dell'Unione Europea, sono esenti da ritenuta in uscita.

2. Le caratteristiche essenziali dell'operazione di fusione

In generale, si può affermare che la fusione societaria è l'istituto giuridico mediante il quale due o più società uniscono i loro patrimoni e le loro strutture organizzative, diventando un unico organismo sociale, al fine di perseguire diversi obiettivi.

Mediante l'operazione di fusione si realizza, dunque, una forma di concentrazione e di integrazione economica e giuridica tra diverse entità attraverso lo scambio di titoli rappresentativi del capitale delle imprese coinvolte, integrando in un unico sistema economico-aziendale tutte le risorse economiche, finanziarie e patrimoniali.

Vi sono molte ragioni ed altrettanti obiettivi che spingono le imprese ad attuare un processo di fusione, fra cui, ad esempio, quelli di crescita dimensionale, quelli a carattere organizzativo o finanziario e quelli di convenienza economica²⁵³.

L'obiettivo che si riscontra con maggior frequenza è quello di crescita dimensionale, in quanto permette sia di rafforzare la posizione di controllo nel settore in cui opera l'azienda, sia di espandere l'attività in altri settori.

Nel primo caso si parla di *strategie di concentrazione*, le quali permettono, grazie a fusioni tra aziende operanti nello stesso settore che svolgono attività analoghe (le cosiddette *fusioni orizzontali*), di raggiungere, appunto, posizioni dominanti sul mercato, di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico.

Tali fusioni possono essere, ad esempio, volte all'aumento di quote di mercato, ma possono anche avere lo scopo di limitare il peso dei costi complessivamente considerati (conseguendo le tipiche economie di scala), nonché di consentire

²⁵³ In riferimento agli obiettivi per i quali si decide di effettuare un'operazione di fusione, si veda R. ANTIFORA, I. CEMERICH, P. DECAMINADA, A. FARAGAZZO, A. MARIANI, *Operazioni straordinarie*, Napoli, 2007, pp. 150 e ss.; C. CORSI, P. FARINON, *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Torino, 2011, cit., pp. 122 e ss. e G. BARBARA, A. FAIENZA, S. PUGLIESE, F. SALERNO, C. VANETTI, *Le operazioni straordinarie*, Torino, 2010, pp. 173 e ss.

, ovvero dei rendimenti dei fattori nei processi produttivi, senza trascurare il fatto che alla base di questo tipo di decisioni c'è, talvolta, l'esigenza di conquistare particolari conoscenze tecnologiche, professionalità, prassi o culture, che appaiono necessarie in vista dei cambiamenti in atto sul mercato²⁵⁴.

Se queste operazioni si riferiscono, al contrario, a soggetti che operano in Paesi diversi, la fusione può avere, oltre allo scopo generale di elevare le proprie capacità produttive e commerciali, anche quello di attuare politiche di internalizzazione o comunque di penetrazione in sistemi ambientali, in aree geografiche o in settori differenti, nei quali altre strategie di entrata sarebbero perdenti o fortemente onerose.

Diverse sono le fusioni cosiddette *orizzontali*, le quali rappresentano operativamente *strategie di diversificazione*, aventi come protagoniste aziende che svolgono attività differenti, con gli obiettivi di estendere la gamma di prodotti e servizi offerti, rafforzando l'autonomia dei settori in cui l'azienda opera, consentendo una maggiore capacità di contrastare l'azione di altre imprese o il loro ingresso nel mercato, con un conseguente aumento di potere sul mercato stesso.

Le prime vengono distinte in:

- fusioni verticali *dal monte*, che si realizzano qualora, ad esempio, un'azienda industriale si fonda col proprio fornitore di materie prime: le motivazioni possono essere legate alla necessità di incrementare il livello tecnologico della produzione e ridurre i costi di approvvigionamento;
- fusioni verticali *dalla valle*, che si verificano quando, ad esempio, un'azienda industriale intende fondersi con la società che distribuisce sul mercato i propri prodotti: diventa qui decisiva, l'esigenza di avvicinamento al mercato, per meglio adattare le caratteristiche tecniche

²⁵⁴ L. POTITO, *Le valide ragioni economiche di cui all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973: considerazioni di un economista d'azienda*, in *Rass. Trib.*, 1999, cit., p. 60.

lei consumatori al fine di incrementare i propri volumi di vendita.

Infine, vi sono le fusioni *conglomerati*, le quali riguardano aziende operanti in settori tra loro non correlati e spesso sono realizzate per favorirvi l'ingresso in nuovi mercati.

Vi possono essere poi ragioni organizzative e finanziarie, in particolare quando a fondersi sono società appartenenti al medesimo gruppo, legate alla necessità di un accrescimento dimensionale mirato all'aumento della capacità di credito dell'azienda presso il sistema bancario: più in generale, le operazioni di fusione vengono spesso utilizzate nell'ambito di una strategia di riassetto organizzativo oppure di una ristrutturazione finanziaria dei gruppi societari.

Ad ogni modo, la modalità prevalente nella pratica è quella dell'incorporazione della controllata da parte della controllante, anche se non sono inesistenti le fusioni cosiddette *inverse*, ossia quelle in cui è la controllata ad incorporare la controllante.

In aggiunta, vi possono concorrere motivazioni finanziarie, se la fusione ha lo scopo di incorporare aziende dotate di forte liquidità, consentendo il rapido superamento di situazioni di crisi o, al contrario, per occultare le perdite subite da alcune società del gruppo e ripartirle su compagini sociali più ampie.

Possono, poi, concorrere ragioni di altra natura, ad esempio legate ad interessi degli amministratori o dei gruppi di maggioranza delle società partecipanti all'operazione.

Di contro, le fusioni possono comportare notevoli rischi: in primo luogo, le aziende potrebbero non riuscire a modificare le loro strutture organizzative o le loro politiche di governo per introdurre un comune modo di pensare, e in secondo luogo, una fusione, specie se realizzata da aziende operanti nello stesso settore, potrebbe portare ad una duplicazione di risorse provocando l'incapacità di sfruttare efficacemente le stesse.

È dunque necessario avvertire che, dal punto di vista economico-aziendale, una fusione è idonea al perseguimento degli obiettivi di crescita se e solo se le

e riescono a realizzare un coordinamento organizzativo e ad evitare i possibili effetti di burocratizzazione e di scollamento.

2.1 La nozione civilistica dell'istituto ed il procedimento di fusione

La fusione nasce prioritariamente come istituto giuridico e viene introdotta nell'ordinamento italiano con la Legge n. 1472/1942 (recante provvedimenti per le fusioni di società commerciali), oggetto poi di radicali cambiamenti realizzati con il D. Lgs. n. 22/1991²⁵⁵.

Tale decreto introdusse una disciplina nuova ed organica relativamente all'operazione di fusione²⁵⁶, prevedendo nuovi istituti volti a tutelare maggiormente i soci, soprattutto quelli di minoranza, ed il mercato finanziario in generale, rendendo altresì obbligatori il progetto di fusione, la relazione degli amministratori e la relazione degli esperti.

Queste direttive limitavano, però, l'applicazione della normativa alle sole società per azioni: tuttavia, il legislatore italiano ha preferito dettare una disciplina rivolta a tutti i tipi di società, includendo nel campo di applicazione delle disposizioni, la società a responsabilità limitata, nonché le società personali.

Il decreto legislativo lasciò però irrisolto il dilemma sulla natura dell'operazione di fusione²⁵⁷, e per questo si delinearono due orientamenti:

²⁵⁵ La normativa ante D.lgs. 22/1991 era piuttosto lacunosa sotto l'aspetto dell'informazione a favore dei soci e dei terzi interessati all'operazione, in quanto non prevedeva la predisposizione di documenti informativi a loro diretti, a parte la situazione patrimoniale, disciplinata comunque in maniera insufficiente. Inoltre, non forniva disposizioni circa la nullità dell'atto di fusione, la retrodatazione o postdatazione degli effetti, i soggetti ammessi all'operazione e molti altri argomenti.

²⁵⁶ In attuazione delle Direttive del Consiglio delle Comunità Europee n. 78/855 (c.d. Terza Direttiva) e n. 82/891 (c.d. Sesta Direttiva), in materia di fusioni e scissioni societarie.

²⁵⁷ Infatti, il testo della relazione del Ministro di Grazia e Giustizia al Decreto Legislativo n. 22/91 così recitava: *«Per quanto riguarda l'ambito di operatività della disciplina in esame, l'art. 1 della III Direttiva fa riferimento alla sola Società per azioni. Dato che la nostra tradizione legislativa è orientata nel senso di una disciplina tendenzialmente generale della fusione delle società, di una disciplina, cioè, applicabile in linea di principio a tutte le società, indipendentemente dal "tipo", lo schema di legge delegata si attiene a quest'ultimo criterio: si sono, infatti, incluse nel campo di applicazione delle disposizioni in tema di fusione e di scissione la società a responsabilità limitata, nonché le società personali»*.

- nsiero, maggioritario, individuava nella fusione un fenomeno di tipo successorio, comportante l'estinzione di uno o più soggetti e la successione (a titolo universale o particolare) di tutti i rapporti giuridici relativi ai medesimi in capo ad un altro soggetto;
- il filone più recente, inquadrava la fusione in un'operazione meramente modificativa degli statuti delle società partecipanti, una sorta di integrazione societaria tendente all'unificazione dei patrimoni delle società fuse e non ad un loro trasferimento.

La teoria prevalente, configura la fusione come un fenomeno successorio, in cui la società risultante dalla fusione succede universalmente nei rapporti giuridici facenti capo alle società incorporate o preesistenti, che a loro volta si estinguono. Tale orientamento, tuttavia, è stato criticato da chi ritiene che il fondamento della fusione vada individuato nella reciproca modificazione statutaria degli enti partecipanti: infatti, secondo tale teoria, la reale portata della fusione è quella di una modifica dell'atto costitutivo delle società partecipanti all'operazione, al fine di consentire la prosecuzione dei rapporti sociali nel nuovo assetto organizzativo deliberato dai soci.

La fusione nasce, quindi, da un atto di autonomia da parte dell'assemblea dei soci, che intende continuare l'attività con una differente organizzazione, dove l'estinzione sarebbe così solo una conseguenza della modificazione del suo contratto sociale e della sua organizzazione che, però, continua secondo un diverso contratto e una diversa organizzazione nella società risultante dalla fusione²⁵⁸.

L'impianto normativo appena descritto, fu poi modificato per effetto della riforma del diritto societario operata con il D.Lgs. n. 6/2003, in attuazione della Legge Delega n. 366/2001, la quale, dopo un lunghissimo periodo di gestazione, ha consentito di innovare profondamente taluni principi giuridici, nell'intento

²⁵⁸ F. DEZZANI, L. DEZZANI, R. SANTINI, *Le operazioni straordinarie*, Milano, 2005, cit., pp. 197 e ss.

ificare le modalità funzionali delle strutture giuridiche aziendali.

Gli obiettivi che ha inteso perseguire la norma sono:

- a) semplificare e precisare il procedimento, nel rispetto, per quanto concerne le società di capitali, delle direttive comunitarie;
- b) disciplinare possibilità, condizioni e limiti delle fusioni eterogenee;
- c) disciplinare i criteri di formazione del primo bilancio successivo alle operazioni di fusione e di scissione;
- d) prevedere che le fusioni tra società, dove una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente, agli articoli 2357 e 2357 *quater* del codice civile, e del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile²⁵⁹.

Successivamente, il legislatore ha provveduto all'emanazione di due decreti correttivi, i D.Lgs. n. 37 e n. 310 del 2004, i quali hanno posto fine alla fase sperimentale della riforma societaria, provvedendo ad eliminare alcune evidenti sviste contenute nel D.Lgs. n. 6/2003 e introducendo ulteriori precisazioni, evitando così il protrarsi di dubbi e di negative conseguenze che ad essi conseguono; infatti, la nuova normativa è intervenuta sulla materia delle fusioni societarie ritoccando alcune disposizioni normative senza però modificare il fondamento giuridico dell'operazione, introdotto dalle precedenti disposizioni del D.lgs. del 1991.

Attualmente, la disciplina codicistica della fusione è contenuta negli articoli dal 2501 al 2505-*quater*, all'interno dei quali non si è fornita una definizione di fusione ma il legislatore si è limitato a stabilire, all'articolo 2501 del codice civile, le forme che l'operazione può assumere, ossia per unione o per incorporazione.

²⁵⁹ R. ANTIFORA, *La fusione delle società, Lineamenti civilistici, contabili e fiscali*, Napoli, 2005, cit., p. 13.

, due o più società preesistenti si fondono tra loro, perdendo la loro individualità, e trasferiscono l'intero patrimonio attivo e passivo in capo ad un soggetto economico e giuridico di nuova costituzione: l'impresa che risulta, è certamente un'entità economica diversa rispetto a quella delle imprese da cui viene generata e, comunque, non certamente pari alla semplice sommatoria delle singole componenti.

La particolarità di tale tipologia di fusione sta nel fatto che i soci delle società partecipanti alla fusione riceveranno, in cambio delle azioni possedute delle società che si estinguono, azioni della nuova società, mediante un rapporto *ragionato* sulle consistenze dei patrimoni delle imprese partecipanti alla fusione (in ultima analisi, sui loro capitali economici), denominato concambio, o più semplicemente *rapporto di cambio*: ciò, vale a distinguere fortemente l'operazione da quella di acquisto di un'azienda, in cui si ha uno scambio moneta-azienda.

La *fusione per incorporazione* è il tipo di fusione normalmente utilizzato, data la sua minore onerosità rispetto alla fusione per unione in termini di costi legali ed amministrativi, in quanto con essa non è necessario procedere all'estinzione di tutte le società partecipanti, e sostenere i costi relativi alla creazione di una società nuova (fusa) in sostituzione delle due preesistenti, ma semplicemente integrare una o più entità in un'altra già esistente.

La fusione per incorporazione viene preferita anche e soprattutto perché consente la retrodatazione degli effetti contabili e fiscali, circostanza non realizzabile nella fusione per unione per evidenti ragioni tecnico-giuridiche: è infatti dubbia, per una parte della dottrina, l'ammissibilità della retroattività contabile nelle fusioni proprie proprio perché, nascendo la nuova società (che in ipotesi è una società di capitali) come soggetto di diritto dopo la iscrizione dell'atto fusione nel Registro delle imprese, si verrebbe ad attribuire la soggettività fiscale ed il possesso dei redditi ad un soggetto non ancora nato, che alla data da cui decorre la retroattività (di solito, l'inizio dell'ultimo esercizio delle società fuse) non ha ancora un patrimonio e non ha compiuto alcun atto di gestione.

presenta un particolare modo di essere dell'istituto della fusione mediante il quale una società, detta *incorporante*, assorbe completamente una o più società, dette *incorporate*, accrescendo di conseguenza le sue dimensioni, ma preservando la propria identità organizzativa, economica e giuridica²⁶⁰.

In tal caso, il patrimonio delle società incorporate viene apportato nell'incorporante, generandone un aumento di capitale, dove le azioni o quote di nuova emissione, derivanti da questo aumento di capitale, vengono assegnate ai soci delle società incorporate in cambio di quelle precedentemente possedute: si ha, in pratica, una sostituzione di dette azioni o quote.

Inoltre, in questo caso, la nuova società, che ancora non esiste come soggetto giuridico neanche ai fini tributari, non ha ancora chiuso alcun esercizio, requisito questo che viene richiamato dall'articolo 172, comma 9 del T.U.I.R.

La differenza più evidente tra le due forme di fusione sta nel fatto che, mentre nella *fusione propriamente detta* si verifica il venir meno delle società fuse e la creazione di una società nuova, nella *fusione per incorporazione* a venir meno è solo la società incorporata, restando, invece, in vita l'incorporante che vede il proprio patrimonio accresciuto dall'apporto della incorporata (o delle incorporate)²⁶¹.

Benché la norma non lo preveda espressamente, si ritiene comunque che altre due tipologie di operazioni di fusione possano essere ricomprese nel novero delle cosiddette fusioni per incorporazione dirette.

Da un lato, troviamo le fusioni cosiddette *anomale*, le quali si caratterizzano dal possesso di tutte le azioni o quote dell'incorporata da parte dell'incorporante (partecipazione totalitaria); la particolarità di detta operazione sta nel fatto che a seguito della fusione, non vi sarà il concambio delle azioni o quote, ma

²⁶⁰ Senza dubbio, nella realtà economica, la fusione per incorporazione è di gran lunga prevalente, sia per motivi fiscali che per motivi organizzativi e commerciali. Per approfondimenti, R. ANTIFORA, *La fusione delle società*.

²⁶¹ È bene precisare che nella pratica si è soliti fare ricorso alle fusioni per incorporazione: difatti, le fusioni propriamente dette presuppongono una condizione di pariteticità tra le società che prendono parte all'operazione, pariteticità difficilmente riscontrabile nella realtà.

sostituzione/annullamento nel suo patrimonio, delle azioni o quote possedute nell'incorporata con le proprie attività e le passività.

Nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione aziendale, come ho già accennato in precedenza, troviamo inoltre la cosiddetta fusione *inversa*, caratterizzata dal fatto che è la partecipata/controllata ad incorporare la controllante, fermo restando che, sotto il profilo sostanziale, si realizza pur sempre un'aggregazione di due o più patrimoni aziendali²⁶².

Diverse possono essere le motivazioni sottese al suo compimento, quali ad esempio la possibilità di realizzare tanto una semplificazione di alcuni adempimenti formali, qualora la partecipata fosse titolare di specifiche licenze o autorizzazioni la cui cessione comporterebbe ingenti oneri, quando uno snellimento della struttura societaria del gruppo, qualora l'attività operativa fosse concentrata nella società partecipata²⁶³.

La stessa fusione inversa, inoltre, potrebbe palesarsi funzionale a seguito del compimento di altre operazioni di riorganizzazione aziendale, quale ad esempio quella di *leverage by out*, che si realizza tramite il ricorso all'indebitamento.

Tali operazioni, disciplinate all'articolo 2501 *bis* del codice civile, fanno parte di quella serie di tecniche finanziarie e societarie, sorte negli USA, ma poi anche sperimentate nel nostro Paese, il cui scopo, in definitiva, è quello di consentire ad un gruppo di potere (investitori esterni oppure dirigenti interni alla società), di ottenere il controllo societario di una società.

Tecnicamente l'operazione si sviluppa mediante alcuni *step*:

- a. inizialmente viene individuata la *società target*, che sarà oggetto di acquisizione, solo dopo aver valutato le caratteristiche necessarie che deve possedere, quali ad esempio:
 - il management di provate capacità;

²⁶² Sull'argomento, tra gli altri, si veda G. M. GAREGNANI, *La fusione inversa*, Milano, Egea, 2002.

²⁶³ R. PEROTTA, *La fusione inversa*, Giuffrè, 2006, pp. 16 e ss.

- flussi di cassa generati dall'azienda per essere in grado di poter pagare il debito in tempi ragionevoli;
- la presenza di attività in bilancio non strategiche e quindi vendibili per ripagare il debito;
 - il posizionamento dell'impresa nel settore deve essere consolidato;
 - il settore di riferimento deve essere caratterizzato da una tecnologia stabile e preferibilmente con attività non stagionale;
 - l'azienda non deve richiedere ulteriori investimenti tecnici altrimenti si va ad aumentare l'indebitamento.
- b. i futuri acquirenti provvedono a costituire una società veicolo (*New.co.*) alla quale, mediante *leverage bancario*, si forniscono le necessarie risorse finanziarie per poter essere in grado successivamente di acquistare le azioni della target per la quale si ha interesse;
- c. infine, le due società vanno a fondersi o, in alternativa, una società incorpora l'altra e, a fusione avvenuta, la società risultante provvederà all'ammortamento del proprio debito in parte, con le disponibilità finanziarie immediate e in parte, nel tempo, attraverso la progressione dei flussi di cassa che l'investimento genererà in futuro.

Il legislatore, infine, ha ritenuto opportuno prevedere, nonostante la fusione possa essere attuata da società di qualsiasi tipo²⁶⁴, alcune limitazioni a tale possibilità: a tal fine, il comma 2 dell'articolo 2501 del codice civile, statuisce che non possano prendere parte ad operazioni di fusione le società in liquidazione che abbiano avviato la procedura di distribuzione dell'attivo²⁶⁵.

La logica che ispira tale divieto è da ricercarsi nell'intenzione del legislatore di evitare che la fusione possa essere realizzata da società che non godono di solide condizioni economiche e finanziarie, proprio perché la liquidazione è spesso

²⁶⁴ La disciplina della fusione, infatti, è rivolta genericamente a tutte le società, essendo tra l'altro inserita all'interno del titolo V del codice civile, dedicate alle società.

²⁶⁵ Si veda M. CONFALONIERI, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Il Sole 24 ore, Milano, 2013, pp. 98 e ss.

oltà per l'impresa, che ne riduce la capacità concorrenziale.

A questo limite espressamente trattato, se ne possono aggiungere altri, tra cui:

- non si ha fusione ma conferimento o acquisto nel caso in cui all'operazione prenda parte un'impresa individuale: si è visto, difatti, che la fusione è ammessa esclusivamente per le imprese collettive;
- non è altresì ammessa la fusione tra società lucrativa e società cooperativa, in quanto il legislatore non ammette l'unione tra organizzazioni aventi cause diverse;
- controversa è la questione circa l'ammissibilità della fusione con società semplici o irregolari: tuttavia, l'opinione prevalente si esprime positivamente in tal senso, ammettendo quindi l'operazione per tali società.

A conclusione di questa sintetica digressione sugli aspetti civilistici dell'istituto della fusione, risulta opportuno fare un cenno alle tappe attraverso le quali si snoda il complesso procedimento di fusione.

Le fasi del procedimento hanno subito continue modificazioni normative, le quali sono il risultato della recente riforma del diritto societario, prevedendo una serie di documenti costituenti l'apparato informativo, finalizzato alla tutela dei soci e dei terzi.

Questo *iter* procedurale può essere suddiviso in tre fasi, che in ordine cronologico si possono così succedere:

1. fase preparatoria;
2. fase assembleare;
3. fase attuativa-conclusiva.

Durante la fase preliminare (o preparatoria), vengono attuate le trattative tra le società partecipanti all'operazione per determinare le caratteristiche della società risultante dall'aggregazione e, di conseguenza, le modifiche all'atto costitutivo dell'incorporante o, nel caso di fusione per unione, la redazione dell'intero atto

eliminando con la stesura e la pubblicazione del documento focale dell'operazione, vale a dire il progetto di fusione.

Si tratta di quel documento, redatto congiuntamente dagli organi amministrativi delle società partecipanti alla fusione, contenente tutti gli elementi fondamentali che caratterizzano l'operazione: in particolare, esso deve indicare il nuovo assetto sociale che si intende conseguire, nonché le motivazioni strategico-organizzative che conducono alla fusione²⁶⁶.

Gli amministratori provvederanno poi a redigere una situazione patrimoniale della società²⁶⁷ (la quale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito), e ad allegarvi una relazione dell'organo amministrativo che giustifichi sotto il profilo giuridico ed economico l'operazione, in particolare relativamente al rapporto di cambio, ai criteri di determinazione di tale rapporto, nonché la menzione di eventuali difficoltà da loro incontrate nel corso della valutazione.

Infine, in tale stadio rientra anche la predisposizione da parte di soggetti competenti della relazione degli esperti, che deve essere redatta da soggetti iscritti all'albo dei revisori o tra le società di revisione, con nomina da parte del Presidente del Tribunale (obbligatoria in caso di società azionarie) e contenente tutti gli elementi fondamentali dell'operazione ed un parere sul metodo prescelto.

²⁶⁶ In particolare, il progetto di fusione deve contenere i dati di cui al 2501 *ter*, dal quale dovranno risultare, in particolare:

- il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione;
- l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione;
- il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in denaro;
- le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- la data dalla quale le azioni o quote di cui al punto precedente partecipano agli utili;
- la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
- i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore degli amministratori delle società partecipanti alla fusione.

²⁶⁷ Benché il legislatore parli di situazione patrimoniale, è comunemente accettato trattarsi di un vero e proprio bilancio (composto da stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa).

La fusione unitamente a tutti i documenti previsti

dalla normativa, si apre la seconda fase in cui viene convocata l'assemblea dei soci di ciascuna società partecipante, la quale andrà ad approvare, modificare o rigettare il progetto di fusione, con i quorum deliberativi previsti dallo Statuto per le società di persone e per le società di capitali²⁶⁸.

Trascorsi due mesi²⁶⁹ dall'iscrizione nel registro delle imprese delle delibere di fusione senza opposizione da parte di creditori e obbligazionisti (mediante citazione dinanzi al Tribunale del luogo ove ha sede la società debitrice), potrà essere redatto l'atto di fusione, ossia l'atto conclusivo del procedimento, redatto in forma pubblica e obbligatoriamente sottoscritto dai legali rappresentanti delle società coinvolte nell'operazione, avente una funzione meramente formale, producendo i suoi effetti giuridici ma di fatto non contenendo nuove statuizioni riguardanti la fusione.

Una volta depositato presso l'Ufficio del Registro delle Imprese, gli effetti della fusione inizieranno a decorrere dall'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2504 del codice civile, ovvero l'iscrizione dell'atto di fusione presso il Registro delle Imprese del luogo ove ha sede la società risultante dalla fusione (o incorporante).

Come già anticipato in precedenza, con riferimento alle sole fusioni per incorporazione, è possibile dotare di effetti retroattivi la fusione, limitatamente a determinati aspetti; in particolare, vi è la possibilità di anticipare:

²⁶⁸ Quanto alla delibera (decisione in ordine alla fusione), con una disposizione innovativa rispetto al precedente testo, l'art.2502 cod.civ. prevede inoltre che *«La decisione di fusione può apportare al progetto solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi»*, diversamente dalla precedente normativa in base alla quale era possibile solo l'approvazione o il rigetto in toto di tale documento.

²⁶⁹ L'articolo stesso indica delle soluzioni per non attendere i sessanta giorni:

- consenso unanime di tutti i creditori anteriori al deposito del progetto presso il Registro delle Imprese;
- pagamento dei creditori dissenzienti;
- deposito delle somme relative ai creditori dissenzienti, presso una banca, con la condizione che la relazione di cui all'art. 2501 *sexies* cod.civ. sia stata redatta da un'unica società di revisione la quale attesti che la situazione delle società partecipanti è idonea e non richieda particolari garanzie per i creditori.

ale le azioni o quote attribuite in concambio
parteciperanno agli utili (retroattività reddituale);

- la data dalla quale gli effetti patrimoniali e reddituali delle operazioni compiute dalle società incorporate, fino alla loro destinazione, saranno attribuite alla società incorporante: tali operazioni sono, pertanto, rilevate anche nella contabilità e nel bilancio della società incorporante (retroattività contabile).

Esiste poi un terzo tipo di retroattività, quella fiscale ai fini delle imposte sui redditi che teoricamente è distinta dalle altre due, ma che nella prassi è strettamente legata alla retroattività contabile, nel senso che, una volta stabilita quest'ultima, sembra debba necessariamente verificarsi anche quella fiscale, sia pur con i limiti più stringenti previsti dall'articolo 172, comma 9, del T.U.I.R.²⁷⁰.

2.2 Il regime fiscale applicabile all'operazione

Analizzate, seppur sinteticamente, le nozioni economico-aziendale e giuridica della fusione, non resta che completare l'analisi delle diverse angolazioni da cui essa può essere guardata, attraverso la considerazione della sua nozione fiscale.

L'aspetto fiscale della fusione viene ad incentrarsi, per quanto concerne le imposte dirette, principalmente su due principi, tra loro strettamente collegati, sui quali è impostato l'intero sistema normativo: si tratta del principio della *continuità dei valori fiscalmente riconosciuti* e di quello della *neutralità della fusione*, dove il primo rappresenta il presupposto del secondo.

È necessario, innanzitutto, ribadire come le operazioni di fusione, a prescindere da quale sia la loro natura giuridica sotto il profilo civilistico, non costituiscono in linea di principio eventi idonei a provocare arricchimenti o impoverimenti

²⁷⁰ In base a tale norma, gli effetti fiscali della fusione non possono decorrere da una data anteriore a quella in cui si è chiuso l'ultimo esercizio di ciascuna delle società incorporate o a quella, se più prossima, in cui si è chiuso l'ultimo esercizio della società incorporante.

parole, la portata dispositiva delle fusioni si esaurisce in un ambito societario ed associativo tendenzialmente inidoneo a dar luogo a fenomeni redditualmente rilevanti²⁷¹.

Il principio della *continuità dei valori fiscalmente riconosciuti*, non riguarda esclusivamente la normativa sulle fusioni, ma piuttosto rappresenta un principio ispiratore dell'intera dottrina tributaria sul reddito di impresa, principio strettamente collegato al cosiddetto *regime dei beni d'impresa*.

A tal scopo, l'attribuzione di valore a tali beni rappresenta il momento iniziale e centrale ai fini della determinazione del reddito d'impresa, rappresentando una sorta di *quantificazione della rilevanza fiscale che viene attribuita ad un bene laddove questo entri a far parte dell'impresa*²⁷².

È noto come tale valore costituisca appunto il cosiddetto *valore fiscalmente riconosciuto* nel momento in cui il bene stesso assume la qualifica di *bene relativo all'impresa*; pertanto, quando il bene entra a far parte del sistema impresa, tale valore rappresenterà, integralmente in un esercizio o in maniera distribuita nell'arco di più esercizi successivi, un componente negativo del reddito d'impresa, la cui fuoriuscita, vuoi per la sua alienazione o vuoi per il suo perimento, dovrà necessariamente far emergere, almeno in via teorica, un componente positivo di reddito diretto a riequilibrare la precedente deduzione²⁷³, appunto perché un bene che entra a far parte del patrimonio di un'impresa non può uscirne, dal punto di vista fiscale, se non generando un ricavo ovvero una plusvalenza nel caso si tratti di bene strumentale.

²⁷¹ R. LUPI, D. STEVANATO (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, p. 388.

²⁷² Per un'approfondita disamina della portata della nozione di *bene relativo all'impresa*, si rinvia a D. STEVANATO, *Inizio e cessazione dell'impresa*, Padova, 1994, pp. 292 e ss.

²⁷³ Tali conclusioni meritano tuttavia una precisazione: non sempre, infatti, il sostenimento di un costo per l'acquisizione di un bene relativo all'impresa dà luogo ad un componente negativo di reddito. Si pensi, ad esempio, ai terreni ed alle partecipazioni che non sono soggetti ad ammortamento, ma ciò non toglie comunque che abbiano un valore fiscalmente riconosciuto che andrà confrontato con il prezzo o con il valore normale nel caso di cessione ai fini della determinazione della relativa plusvalenza. Allo stesso modo, non è detto che la fuoriuscita di un bene dall'impresa determini il sorgere di un componente positivo di reddito: si pensi alle ipotesi di distribuzione di un bene strumentale o di beni che costituiscono magazzino.

Il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, riguarda proprio la circostanza che questo non opera sui soggetti, ma rappresenta una caratteristica intrinseca dei beni dell'impresa e ciò comporta che, fino a quando il bene rimane legato non al "mondo impresa" di un certo imprenditore, ma piuttosto ad un "mondo impresa" oggettivamente inteso, allora non vi sarebbe alcuna necessità di far emergere componenti positivi o negativi di reddito.

Perciò, soprattutto con riguardo ai passaggi di beni connessi alle operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, conferimenti d'azienda), il trasferimento neutrale dell'intero "mondo impresa", è giustificato sulla base della circostanza che tali beni che lo compongono, con i relativi valori fiscalmente riconosciuti, rimangono pur sempre ancorati all'impresa, e quindi non si realizzerebbe una fuoriuscita dalla disciplina del reddito d'impresa.

È bene specificare, inoltre, come nella fusione il principio della continuità dei valori rileva principalmente sotto due profili: uno di natura strutturale, valevole per qualsiasi tipo di fusione, ed uno di natura "occasionale", rilevante solo quando tale operazione assume determinate caratteristiche.

Il riferimento alla strutturale continuità dei valori, è la conseguenza del fatto che la fusione di società è intrinsecamente un'operazione *neutrale*²⁷⁴: difatti, mediante l'attuazione della fattispecie in questione, ci troveremo di fronte ad un "passaggio" di beni (al medesimo valore fiscalmente riconosciuto) dal bilancio dell'incorporata a quello dell'incorporante senza una fuoriuscita degli stessi dal sistema impresa, attuando una vera e propria successione a titolo universale che

²⁷⁴ L'art. 172 TUIR, al primo comma, esordisce affermando che "La fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento". Il principio di neutralità fiscale trova inoltre applicazione per tutti i beni che compongono il complesso aziendale, quali beni merce, beni strumentali, beni patrimoniali, ma anche beni immateriali quali l'avviamento e le immobilizzazioni finanziarie.

e la continuità degli organismi societari e dei patrimoni aziendali coinvolti²⁷⁵.

La seconda ipotesi in cui rileva il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, correlato al principio di neutralità fiscale, riguarda il caso in cui l'incorporante possieda un quota del capitale dell'incorporata: la fusione si risolve, perciò, non in un aumento di capitale sociale di quest'ultima, ma nell'annullamento delle partecipazioni da questa detenute nell'incorporata.

Il costo delle partecipazioni, iscritto nell'attivo dello Stato Patrimoniale della società incorporante, andrà confrontato con il patrimonio netto contabile dell'incorporata confluito nel bilancio dell'incorporante in virtù, appunto, della fusione societaria: da tale confronto, potrà emergere un *avanzo* ovvero un *disavanzo di fusione*.

Il secondo comma dell'articolo 172 del T.U.I.R., annovera appunto tali *differenze di fusione*, stabilendone l'irrilevanza fiscale sia che le stesse derivino dal concambio delle azioni o quote, sia che siano originate dall'annullamento delle partecipazioni possedute nelle società incorporate: in questo modo, il valore di bilancio di alcuni beni subirà variazioni a seguito degli avanzi o disavanzi, mentre il loro valore fiscale rimarrà uguale a quello riconosciuto nell'ultima dichiarazione dei redditi.

Con tale locuzione, si fa riferimento quindi alle differenze contabili che derivano dall'unificazione (contabile) dei patrimoni delle società che prendono parte alla fusione (con essa, il patrimonio delle società fuse o incorporate confluisce nell'attivo della società risultante dalla fusione o incorporante).

In particolare, le *differenze da concambio*, si originano dal raffronto tra il valore di aumento del capitale sociale disposto dalla società incorporante o risultante dalla fusione, ed il valore del patrimonio netto contabile della società incorporata o fusa: si avrà, perciò, un *avanzo da concambio* quando l'aumento di capitale deliberato dalla società incorporante, ovvero il capitale sociale della società

²⁷⁵ S. DI DIEGO, V. TOSI, *Le operazioni straordinarie delle imprese in crisi*, Maggioli editore, 2012, p. 132.

o a distribuire le azioni o quote di quest'ultima ai nuovi soci, è minore del patrimonio netto contabile delle società incorporate o fuse; viceversa, si avrà *disavanzo da concambio* nel caso in cui l'aumento di capitale deliberato dalla società incorporante, ovvero il capitale sociale della società risultante dalla fusione, è maggiore del patrimonio netto contabile delle società incorporate o fuse.

Con riguardo alle differenze da concambio, si osserva come la loro funzione sia essenzialmente protesa ad assicurare una sorta di pareggio contabile tra l'aumento del capitale sociale deliberato dalla incorporante e l'entità dei patrimoni netti contabili che confluiscono a seguito della fusione; ne consegue che l'origine della loro insorgenza non sottende radici di carattere economico, bensì di puro bilanciamento contabile.

In conseguenza a ciò, in presenza della differenza positiva da concambio, la dottrina economico-aziendale prevalente identifica quale destinazione più corretta quella che la vede figurare tipicamente come posta rettificativa del Patrimonio netto, a riduzione delle riserve; nell'ipotesi, invece, in cui risulti una differenza negativa da concambio, originatasi a causa del maggior apprezzamento delle azioni dell'incorporante rispetto a quelle della incorporata, la sua destinazione è di integrazione del patrimonio, fra le parti ideali del netto, sotto la denominazione *avanzo da concambio*.

Riguardo alle *differenze da annullamento*, per converso, si osserva come, di norma, il loro manifestarsi derivi da una giustificazione di tipo economica: infatti, il costo iniziale di acquisizione della partecipazione riflette inevitabilmente i valori correnti dei beni che compongono il patrimonio netto dell'incorporata, all'epoca della predetta acquisizione.

Si parlerà, quindi, di *avanzo da annullamento* quando il costo della partecipazione annullata è minore della corrispondente quota del patrimonio netto dell'incorporata: il predetto minor valore può dipendere da un sovradimensionamento del patrimonio netto contabile della incorporata o fusa in sede di acquisizione della partecipazione e, in tal caso, la società incorporante

rettifica dei valori degli elementi patrimoniali sopra/sottovalutati.

Per contro, la posta in esame può essere originata dal mancato adeguamento del valore di carico della partecipazione, a fronte di conseguimento nel tempo degli utili da parte della società incorporata o fusa, ovvero a seguito della conclusione di un buon affare: in queste circostanze, la differenza negativa va trattata come riserva di capitale, da iscrivere fra le poste ideali del netto²⁷⁶.

Diverso è il discorso nel caso in cui il costo della partecipazione detenuta dall'incorporante risulti maggiore della corrispondente quota del patrimonio netto dell'incorporata, facendo così emergere una differenza positiva, o *disavanzo di fusione*: dal punto di vista contabile, occorrerà perciò inizialmente procedere ad esplicitare gli effettivi maggiori valori dei beni dell'incorporata che giustificano la misura di tale differenza, imputando la differenza ai beni dell'incorporata e, se dopo la predetta distribuzione, quest'ultima residui ulteriormente, imputare la stessa ad avviamento, sottoponendola successivamente ad ammortamento.

Nel caso in cui, diversamente, la differenza derivi da un effettivo andamento economico negativo del complesso aziendale incorporato (palesato sotto forma della realizzazione di perdite d'esercizio), oppure dipenda da un investimento sbagliato, la stessa dovrà necessariamente essere imputata per intero al Conto Economico, nel bilancio della società *post fusione*.

Riguardo all'utilizzo degli *avanzi di fusione*, la disciplina fiscale affronta, al comma 5 dell'articolo 172 del T.U.I.R., la problematica delle *riserve in sospensione d'imposta*, presenti nei bilanci delle società fuse o incorporate, definibili da un punto di vista contabile come quelle voci del Patrimonio netto

²⁷⁶ Qualora la differenza si origini dalla previsione di perdite future attese dalla incorporata *o che portano alla rilevazione di un badwill*, essa va trattata alla stregua di un fondo rischi specifico. Sul punto, F. PODDIGHE (a cura di) *Manuale di tecnica professionale*, Padova, Cedam, 2004, p. 128.

perazioni di accantonamento o di rivalutazione consentite da leggi speciali con finalità agevolative²⁷⁷.

Queste si possono distinguere in:

- riserve libere;
- riserve in sospensione d'imposta tassabili in ogni caso;
- riserve in sospensione d'imposta tassabili solo in caso di distribuzione.

Per le prime non vi è alcun obbligo di ricostituzione, conservando nella società incorporante la loro natura, se non annullate in sede di fusione; tra queste, vi rientrano le riserve straordinarie, la riserva legale e le riserve di accantonamento utili.

Le seconde, presenti nel bilancio delle società incorporate (e tassabili indipendentemente dalla loro distribuzione), dovranno essere obbligatoriamente ricostituite nel bilancio della risultante o incorporante e concorreranno a formare il reddito della stessa se e nella misura in cui non siano state prioritariamente ricostituite utilizzando l'eventuale avanzo di fusione: questa disposizione, è tesa ad evitare che si verifichino salti d'imposta se non riportate nel bilancio successivo²⁷⁸.

La risoluzione ministeriale n. 131/E del 18/9/2001, ha poi introdotto una novità in fatto di fondi in sospensione d'imposta imputati prima della fusione al capitale sociale delle società fuse o incorporate non ricostituibili per via dell'incapienza dell'avanzo di fusione e delle riserve libere dell'incorporante: il terzo periodo del comma 5, infatti, giunge alla conclusione per cui è possibile vincolare in tutto o

²⁷⁷ R. ANTIFORA, *La fusione delle società*, op. cit., p. 198.

²⁷⁸ Vi rientrano nelle riserve in sospensione d'imposta tassabili in ogni caso :

- a) le riserve da condono tributario;
- b) i fondi accantonamento di plusvalenze previsti da particolari disposizioni di legge (per le imprese assicuratrici il fondo ex art. 36 L. 295/1978, fondo ex art. 2 L. 168/1982, fondo per le agevolazioni connesse all'ampliamento del mercato finanziario art. 1 L. 169/1983);
- c) i fondi accantonamento ex. Art. 11 L. 102/1990 (agevolazione per la Valtellina);
- d) le riserve di cui all'art. 15 D.L. 429/1982;
- e) i fondi accantonamento istituiti ai sensi dell'art. 11 L. 317/1991;
- f) i fondi accantonamento istituiti ex art. 33 comma 9 L. 413/1991;
- g) i fondi per ammortamenti anticipati di cui all'art. 67 comma 3 TUIR;
- h) le riserve da *equity method* (art. 2426 n. 4 Codice civile: valutazione delle partecipazioni con il metodo del patrimonio netto).

società risultante per la parte eccedente l'avanzo di fusione e le riserve libere, citandolo in nota integrativa.

Le riserve tassabili solo in caso di distribuzione, devono essere ricostituite solo nei limiti in cui vi sia un avanzo o un aumento di capitale dell'incorporante *post* fusione per un ammontare superiore al capitale complessivo delle società fuse o incorporate; viceversa, qualora la fusione non comporti il conseguimento di un avanzo o di un aumento di capitale eccedente, questi fondi potranno scomparire senza il sostenimento di alcun onere.

Tali riserve concorreranno a formare reddito della società risultate dalla fusione in caso di distribuzione dell'avanzo di fusione, in quanto il regime di sospensione d'imposta si

trasferisce anche in sede di fusione; nel caso in cui queste riserve in sospensione siano state imputate a capitale sociale dalle società partecipanti alla fusione, saranno tassate in caso di riduzione del capitale per esuberanza.

Le riserve in sospensione d'imposta tassabili solo in caso di distribuzione sono ad esempio:

- le riserve da rivalutazione monetaria;
- le riserve da rivalutazione *ex* articolo 4 della L. 480/1990 e articolo 26 della L. 413/1991;
- le riserve da condono (articolo 15 comma 10 del D.L.429/1982);
- le riserve da conferimento agevolato (articolo 34 della L. 576/1975 e articolo 10 della L. 904/1977).

L'ultimo periodo del secondo comma, infine, stabilisce che: *“Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi, facendo risultare in apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi, i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti”*.

Talvolta accade, infatti, che i valori fiscalmente riconosciuti si discostino dai valori correnti, così da determinare giorno per giorno differenze tra valori fiscalmente riconosciuti e valori attuali; pertanto, non emerge nessun valore ai

stono e dovranno perciò risultare da apposito

prospetto allegato alla dichiarazione e che dovrà essere conservato ai fini della rappresentazione dei valori civilistici, fiscali e delle differenze di valore che discendono dalla diversa disciplina, civilistica e fiscale.

Con la Legge Finanziaria del 2008, di cui alla Legge n. 244/2007, in deroga al regime ordinario di irrilevanza fiscale dei maggior valori che emergono in bilancio a seguito di fusioni, nel nostro caso, ma anche di scissioni e conferimenti, con lo scopo di razionalizzare la disciplina delle operazioni di riorganizzazione aziendale, viene nuovamente²⁷⁹ prevista la possibilità di affrancare tali valori attraverso l'applicazione di un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi e dell'IRAP, ottenendo così un riavvicinamento del reddito imponibile a quello di bilancio.

L'articolo 172, comma 10 *bis* del T.U.I.R., consente perciò di estendere l'applicazione dell'articolo 176, comma 2 *ter* del T.U.I.R. in materia di conferimenti, anche alle fusioni, consentendo alla società incorporante di affrancare i maggior valori iscritti, dando rilevanza a tutte le differenze civilistico-fiscali che si originano nell'operazione secondo corretti principi contabili, senza porre limiti in relazione all'importo del disavanzo.

La base di calcolo della sostitutiva è costituita non già dal disallineamento originario, ma da quello residuo al termine dell'esercizio precedente all'opzione: ciò, impedisce di dare riconoscimento fiscale agli ammortamenti stanziati e non dedotti nell'anno di fusione, e in quello successivo se l'opzione di effettua nel secondo esercizio.

L'imposta sostitutiva si applica secondo il meccanismo degli scaglioni e viene versata obbligatoriamente in tre rate annuali, con le seguenti aliquote:

- 12% sulla parte dei maggior valori assoggettati a tassazione complessivamente ricompresi nel limite di 5 milioni di euro;

²⁷⁹ Nuovamente poiché già in passato, prima che venisse abrogato dal D.Lgs. n. 344/2003, il D.Lgs. n. 358/1997 aveva previsto alcune forme di affrancamento del disavanzo di fusione applicando un'imposta sostitutiva del 18%, con l'obiettivo di limitare gli effetti discorsivi causati dal mancato riconoscimento ai fini fiscali dello stesso.

ni di euro;

- 16% sulla parte superiore a 10 milioni di euro.

3. Fattispecie di elusione tributaria: analisi di alcune risoluzioni rese dall'Agenzia delle Entrate

Il mio intervento, senza pretesa di completezza, tenderà a fornire qualche spunto di riflessione sull'elusione tributaria e su alcune sue fattispecie tipiche.

Come ho avuto modo di esporre nei capitoli precedenti, il fenomeno consiste in una sorta di architettura posta in essere dal contribuente al fine di ottenere un vantaggio fiscale, la cui condotta elusiva è finalizzata alla strumentalizzazione delle smagliature normative e alla costruzione di stratagemmi con il solo obiettivo di conseguire un effetto che, pur formalmente ammesso, tradisce lo spirito del sistema di riferimento.

Affinché la disposizione cardine che mira a contrastare l'elusione (di cui l'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973) si concretizzi, il modulo negoziale seguito dal contribuente deve caratterizzarsi dalla totale assenza di qualsiasi concreta logica economica; dovranno, perciò, risultare inquadrati sia l'elemento positivo, sia quello negativo, intendendosi rispettivamente, per il primo, *l'assenza di determinate operazioni*, tassativamente elencate dal comma 3 della suddetta norma, *dirette ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi altrimenti indebiti* e, per il secondo, *la mancanza di valide ragioni economiche* a sostegno dell'iniziativa posta in essere: la compresenza di questi requisiti costituisce il filo conduttore che consente di ritenere collegati i singoli atti, fatti o negozi e di individuarne quella comune finalità che rende l'elusione perseguibile e il vantaggio realizzato indebito²⁸⁰.

²⁸⁰ È pacifico come l'analisi circa la sussistenza del parametro in oggetto interviene unicamente *ex post*, rappresentando, di fatto, un'esimente di una fattispecie giuridica già formata, poiché connotata dei suoi elementi tipici.

o, ne risulta doverosa l'analisi del suo concreto atteggiarsi fra gli uffici fiscali chiamati in causa in tali occasioni, in particolare l'Agenzia delle Entrate; rappresentando tale principio l'elemento discriminante fra la constatazione o l'esclusione dell'elusività di un'operazione, risulta necessario, ai fini della trattazione dell'elusione realizzata tramite fusione, stabilire se la scelta del soggetto di intraprendere tale tipo di operazione sia dettata o meno da esigenze, quali, ad esempio, l'incremento delle dimensioni aziendali con conseguente aumento ed integrazione della capacità produttiva a fini di incremento del fatturato oppure di sfruttare la neutralità del regime fiscale previsto in via di principio dalla normativa tributaria, pensato per garantire fattispecie differenti da quelle prospettate dal contribuente, il quale vuole avvalersi indebitamente di tale principio.

A tal proposito, la trattazione che seguirà nei successivi paragrafi si avvarrà, per fini

esplicativi, dell'utilizzo di alcuni significativi provvedimenti adottati dall'organo sopra citato, al fine di mettere in luce l'aspetto secondo cui in ogni caso la posizione favorevole o contraria dell'Amministrazione sia dipendente dalla sussistenza o meno dei parametri di elusività *ex* articolo 37 *bis*, risultando funzionale l'analisi della casistica ad una migliore interpretazione delle norme finora esaminate, cercando di esaminare in che termini si manifesti l'effettiva reazione di contrasto da parte del Fisco.

3.1 Le diverse tipologie di interpello all'Amministrazione finanziaria

Il richiamo alla disciplina dell'interpello costituisce indispensabile premessa per l'analisi di alcuni casi concreti, che costituirà oggetto dei successivi paragrafi.

Si tratta di operazioni di fusione i cui presupposti sono potenzialmente, ma non chiaramente, in contrasto con le disposizioni antielusive che regolano le stesse e che hanno, quindi, indotto i contribuenti a promuovere istanza di interpello all'Amministrazione finanziaria, onde ottenere chiarimenti a riguardo.

degli interpelli sarà in grado di fornire, ha

l'intento di dare un risvolto pratico alle disposizioni elusive sopra riportate; come si vedrà, infatti, se da una parte esse si incentrano sulla problematica del riporto delle perdite, dall'altra non è da escludere che si possa parlare di fusione elusiva anche in completa assenza di perdite da riportare, potendo l'elusione riguardare l'aggiramento di altre norme che disciplinano la fusione ovvero la mancanza di valide ragioni economiche sottostanti.

Riferendoci all'istituto dell'interpello, occorre fare una premessa: nella prospettiva di incrementare da un lato, la dialettica tra contribuente e Amministrazione, e dall'altro di porre un valido argine ai fenomeni evasivi ed elusivi, il nostro ordinamento tributario ha visto, nel corso degli anni, l'introduzione di una serie di strumenti di comunicazione tra il cittadino-contribuente e l'Amministrazione stessa.

In via generale, il diritto di interpello²⁸¹ o *tax ruling* consiste nella facoltà riconosciuta al contribuente di richiedere all'Amministrazione finanziaria una valutazione, di diritto e/o di merito, sulla disciplina tributaria concretamente applicabile ad un fatto, atto o negozio che il soggetto passivo intenda porre (o abbia già posto) in essere, al fine di conoscerne, a priori, il giudizio ed evitare e, a posteriori, le conseguenze sfavorevoli derivanti da un comportamento rischioso, in termini di maggiori pretese tributarie e/o di oneri giudiziari connessi all'instaurazione di un contenzioso.

Il nostro ordinamento tributario prevede una articolata tipologia di interpelli, ognuno dei quali presenta caratteristiche peculiari idonee a renderli adattabili alle diverse esigenze per le quali vengono presentati; tali strumenti verranno di seguito brevemente accennati nelle loro peculiarità, al fine di proporre un quadro generale della situazione attuale nel nostro ordinamento.

²⁸¹ G. ZIZZO, *Diritto d'interpello e ruling*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992, I, pp. 136 e ss; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2005, pp. 355 e ss; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 2006, pp. 163 e ss; R. LUPI, *Diritto tributario, Parte generale*, Milano 2005, pp. 99 e ss.

buenteö, approvato con la legge 27.07.2000 n. 212, ha dato al cittadino la possibilità di interpellare l'Amministrazione finanziaria affinché possa conoscere la soluzione migliore da applicare al suo caso concreto e personale: l'interpello, diventa così uno strumento prezioso per migliorare il rapporto con l'Amministrazione finanziaria, concedendo al contribuente la possibilità di acquisire, prima di mettere in atto un certo comportamento, il parere dell'Amministrazione sull'interpretazione da dare alle norme che disciplinano la materia tributaria, non dovendo più agire òal buioö, con il rischio di andare incontro a pesanti sanzioni.

In base allo Statuto e alle successive disposizioni regolamentari, tale tipo di interpello cosiddetto òordinarioö, è soggetto a determinate condizioni e deve svolgersi secondo precise procedure: infatti, in base all'articolo 11 dello Statuto, al contribuente è concessa la facoltà di inoltrare per iscritto istanze di interpello òconcernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, qualora vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesseö.

Lo stesso articolo, stabilisce inoltre che la risposta dell'Amministrazione finanziaria dovrà pervenire entro 120 giorni, la quale sarà vincolante solo ed esclusivamente per il richiedente e soltanto per la materia oggetto dell'interpello stesso (come sancito dal comma 2 dell'articolo 11 della Legge n. 212/2000); pertanto, in mancanza di una risposta entro il predetto termine, si intenderà che l'Amministrazione concordi con l'interpretazione prospettata dal richiedente (si tratta del cosiddetto òprincipio del silenzio-assensoö).

Il contribuente può presentare istanza di interpello all'Amministrazione finanziaria solo quando sussistono congiuntamente le seguenti condizioni, in mancanza delle quali l'istanza presentata non è ammissibile e non produce alcun effetto:

- a) è interessato a conoscere l'interpretazione di determinate disposizioni in quanto deve applicarle al proprio caso concreto;

oni di incertezza²⁸² sull'interpretazione della

norma che si intende applicare;

- c) non ha dato ancora attuazione alla norma oggetto di interpello o posto in essere il comportamento rilevante ai fini tributari.

Infine, l'istanza va presentata alla Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate, competente in ragione del domicilio fiscale del contribuente.

Accanto a questa, che può considerarsi come una forma di interpello di portata generale, occorre considerare altre due forme di interpello in materia di elusione fiscale: attualmente, la disapplicazione delle norme antielusive può avvenire, a seconda dei casi, fondamentalmente in due modi diversi, corrispondenti alle figure dell'interpello per la disapplicazione delle norme antielusive *ex* articolo 37 *bis*, e dell'interpello speciale antielusivo *ex* articolo 21 legge n. 413/1991²⁸³.

Nel complesso, la disciplina degli interpelli in materia elusiva e antielusiva risulta piuttosto frammentaria, disorganica e poco razionale: è evidente come sarebbe auspicabile attuare un intervento legislativo che metta in un ordine sistematico tutta la materia, cosicché da rendere, da un lato, più pratica l'analisi e lo studio del fenomeno dell'elusione fiscale e, dall'altro, più semplice per il contribuente la ricognizione degli strumenti utilizzabili e quindi la scelta di quello più idoneo alla propria esigenza.

Di seguito, verranno analizzati l'interpello speciale antielusivo e l'interpello per la disapplicazione delle norme antielusive, in modo da poter fornire una analisi aggiornata dei principali strumenti volti alla disapplicazione delle norme antielusive.

L'interpello speciale, disciplinato all'articolo 21 della legge n. 413 del 1991 (per opera dell'aggiunta operata dal decreto legislativo n. 358/1997), concede la

²⁸² Tali condizioni mancano se l'Amministrazione ha compiutamente fornito la soluzione interpretativa di casi analoghi a quello prospettato nell'istanza di interpello mediante circolare, risoluzione o altro provvedimento portato a conoscenza del contribuente attraverso la pubblicazione nella apposita banca dati del sito Internet dell'Agenzia delle Entrate o del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

²⁸³ Vi sarebbe prevista anche una terza forma di interpello, quello ordinario *ex* art. 11 L. n. 212/2000, limitatamente però al suo utilizzo in materia di *CFC*.

scere in via preventiva²⁸⁴ il parere dell'Agencia

delle Entrate relativamente alla correttezza fiscale di taluni adempimenti contabili conseguenti a determinate operazioni aventi un carattere potenzialmente elusivo; in particolare, esso può riguardare esclusivamente i casi concreti in ordine ai quali ricorrerebbe l'applicazione, rispettivamente, delle disposizioni contenute nell'articolo 37 comma 3 del D.P.R. n. 600/1973 relative *l'interposizione fittizia*, di quelle contenute nell'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973, relative alle operazioni elusive, ed infine di quelle contenute nell'articolo 108 del T.U.I.R. relative alle spese di pubblicità e rappresentanza.

L'istanza, va quindi presentata dal contribuente in un plico raccomandato con raccomandata all'Agencia delle Entrate competente in base al domicilio fiscale dell'interpellante; a pena di inammissibilità, l'istanza deve contenere, analogamente a quanto accade per l'interpello ordinario:

- i dati identificativi del contribuente o del suo legale rappresentante e delle altre parti interessate;
- l'esposizione dettagliata del caso concreto indicando la soluzione interpretativa prospettata; il domicilio fiscale;
- la sottoscrizione dell'interpellante o del legale rappresentante.

A quanto fin qui detto, si aggiunge, sempre per volere del decreto n. 358, la statuizione del comma 8 dell'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973, a detta del quale è concessa la possibilità al soggetto passivo del rapporto giuridico d'imposta di presentare istanza, chiedendo al Direttore regionale dell'Agencia delle Entrate competente per territorio la disapplicazione di una disposizione antielusiva, nel presupposto che gli effetti elusivi che la stessa intende evitare, avuto riguardo alla fattispecie concreta rappresentata dal contribuente con l'istanza medesima, non possano verificarsi.

²⁸⁴ Peculiarità di tale strumento, ma anche condizione imprescindibile, è che esso sia utilizzabile solo se il contribuente interpellante non ha ancora posto in essere il comportamento in ordine al quale desidera avere i chiarimenti.

sta nella circostanza che esso non è volto, come invece lo sono le altre due tipologie di interpello già viste (ordinario e antielusivo), a fornire all'istante un parere, bensì l'obiettivo è quello di ottenere un vero e proprio provvedimento da parte del Direttore Regionale, con cui viene eccezionalmente disapplicata una norma antielusiva, la quale, altrimenti, sarebbe applicata nel caso specifico indicato.

3.2 Fusione elusiva per mancanza dei requisiti di cui all'articolo 37 bis del D.P.R. n. 600/1973: la risoluzione n. 62/E 28/02/2002

Un'interessante chiave di lettura ed applicazione del principio sancito dall'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973, è data dalla risoluzione n. 62/E del febbraio 2002, emanata dall'Agenzia delle Entrate in risposta ad un'istanza di interpello antielusivo, formulata ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 413/1991, al fine di fornire chiarimenti circa la validità delle ragioni economiche poste a fondamento dell'operazione di fusione.

L'istanza, si riferiva al caso della società XX operante nel commercio di combustibili, carburanti e lubrificanti, nonché nella manutenzione di impianti termici, che si trovava in stato di liquidazione, pur non avendo ancora, al momento della presentazione dell'istanza, iniziato la distribuzione dell'attivo.

La stessa, deteneva una partecipazione di controllo totalitaria nella società YY S.p.a. con medesima ubicazione della sede legale della controllante ed avente come oggetto sociale l'installazione, la gestione e la manutenzione degli impianti stradali per la distribuzione di carburante; tuttavia, in uno scenario di forte declino industriale che si apprestava ad interessare tutto il settore energetico, a causa dell'incremento del costo carburante gravante sui bilanci familiari e sui conti pubblici, *in condizioni di oggettiva difficoltà di ulteriore crescita del settore*, anche la YY sarebbe stata messa in liquidazione nei mesi successivi, mostrando come l'intero Gruppo versasse in una tale crisi da essere destinato alla cessazione.

La società XX aveva intenzione di porre in essere un'operazione di fusione per incorporazione della controllata (la cui decorrenza sarà contestuale alla data di iscrizione nel Registro delle Imprese presumibilmente, nel mese di maggio 2002), non intendendo in alcun modo sfruttare il disavanzo da annullamento che ne sarebbe derivato, in forza del principio di neutralità fiscale sancito all'articolo 172 del T.U.I.R.

Le ragioni economiche addotte dalla controllante, fondavano il compimento di tale operazione nella difficile situazione economica che stava attraversando il Gruppo, nel necessario risparmio di oneri amministrativi e nel reperimento delle risorse strumentali necessarie nella fase di liquidazione.

In particolare, l'attuazione dell'operazione *«avrebbe consentito di alienare una serie di infrastrutture e beni strumentali (cisterne, depositi, distributori) in maniera più rapida, più economica e più vantaggiosa»*: in altri termini, la giustificazione economica della fusione sarebbe stata quella di ottenere migliori realizzi dei beni delle due società, oltre che vistose semplificazioni di ordine amministrativo-contabile²⁸⁵.

Dall'esame della documentazione patrimoniale, addotta dal soggetto, l'Ufficio ravvisò, inoltre, in capo all'incorporante, ingenti perdite (sia perdite su crediti ante fusione che ulteriori perdite derivanti dall'attività di liquidazione) e in capo all'incorporata notevoli plusvalenze derivanti da cessioni di rami d'azienda.

Tale fattispecie pone, dunque, un problema di elusione con riferimento alla disposizione contenuta nell'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973; infatti, la disposizione in questione, come si è visto, richiede la presenza di alcuni elementi per decretare il carattere elusivo dell'operazione: l'attuazione di alcune operazioni rientranti nel terzo comma della norma, l'assenza di valide ragioni economiche, il reale tentativo di aggirare obblighi o divieti imposti dall'ordinamento e il conseguimento di un risparmio d'imposta disapprovato dal

²⁸⁵ Inoltre, l'attuazione dell'operazione permetterà una pianificazione unitaria dei piani di ammortamento dei debiti e delle azioni di recupero dei crediti.

di uno dei suddetti requisiti, porterebbe alla conclusione che l'operazione non possa essere considerata elusiva.

La risposta dell'Amministrazione finanziaria fornisce utili spunti per la comprensione non solo del caso di specie, ma anche di principi validi in generale.

Essa prende le mosse dalla considerazione che l'ordinamento tributario concede al contribuente la facoltà di pianificare l'imposizione fiscale, ossia *di scegliere tra più comportamenti consentiti dall'ordinamento, quello fiscalmente meno oneroso*, ma a ciò essa aggiunge la necessità che non si tratti di un risparmio *patologico*, ossia di un abuso della legislazione al fine di sfruttare lacune o difetti, ottenendo risparmi che, seppur formalmente legittimi, contrastino con il sistema nel suo complesso.

Fatta tale premessa, la risoluzione si incentra sul problema della presenza, nel caso prospettato, delle valide ragioni economiche, che costituisce l'unico requisito di elusività a destare forti perplessità.

In riferimento a ciò, l'Amministrazione afferma che *l'operazione di fusione rappresenta uno dei mezzi per giungere alla crescita delle dimensioni dell'impresa ed alle conseguenti economie di scala, dove l'obiettivo di fondo è, di norma, il rafforzamento della posizione dell'impresa sul mercato e il miglioramento della propria capacità competitiva*: ad esempio, può essere funzionale all'incremento della produttività o, in vista di un allargamento del mercato, di acquisire nuovi vantaggi concorrenziali, o semplicemente finalizzata ad acquisire particolari conoscenze tecnologiche o professionalità che appaiono necessarie in vista dei cambiamenti in atto.

Essa, inoltre, ammette la possibilità che l'operazione ivi considerata abbia un intento puramente finanziario, come sarebbe se si intendesse costruire un complesso in grado di reperire maggiori risorse finanziarie, o anche di aumentare la capacità di credito (agendo sulla leva dei costi).

Dal testo della risoluzione emerge che la fusione risulterebbe economicamente motivata quando *è finalizzata a determinare delle sinergie produttive,*

altà aziendali che si fondono, tuttavia quanto

appena stabilito non emerge nel caso appena citato.

È perciò sulla base di tali considerazioni che l'Amministrazione Finanziaria ritiene che l'operazione prospettata presenti profili di elusività: da essa, difatti, non emergono le ragioni suesposte, ma soltanto l'intento di risparmiare gli oneri del gruppo aziendale e di consolidare le risorse necessarie nella fase liquidatoria; ed è pur vero che le fusioni possono avere lo scopo di agire sulla leva dei costi, o avere motivazioni meramente finanziarie, ma esse devono essere perseguite sempre al fine di aumentare la competitività o la produttività complessiva dell'impresa, nell'ottica di accrescerne la vitalità economica.

Nel caso in esame, l'assenza totale di valide ragioni economiche a supporto dell'operazione veniva comprovata dalla volontà di perseguire un obiettivo insolito, che era per l'appunto quello di creare una nuova entità economica da porre successivamente ed immediatamente in liquidazione.

Questa condizione non ha fatto altro che ingenerare nell'Ufficio la convinzione secondo cui la fusione avrebbe solo determinato un consistente risparmio d'imposta, in quanto avrebbe permesso di utilizzare *post* fusione le perdite maturate dalla controllante, altrimenti inutilizzabili negli esercizi futuri, compensandole con le plusvalenze della controllata derivanti dalle cessioni dei rami d'azienda, altrimenti assoggettate a tassazione ordinaria.

Altrettanto indubbio è poi che tale compensazione avrebbe comportato l'aggiramento del principio posto dal vecchio articolo 102 del T.U.I.R. (oggi, è l'articolo 84 del T.U.I.R.), il quale disciplinava i limiti quantitativi e temporali del riporto delle perdite nei periodi successivi²⁸⁶, nonché il principio generale del divieto di *compensazione intersoggettiva* fra utili e perdite²⁸⁷, essendo il nostro ordinamento tributario improntato ad un criterio eminentemente soggettivo.

²⁸⁶ Tale norma stabiliva che *la perdita di un periodo d'imposta potesse essere computata in diminuzione del reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi ma non oltre il quinto, per l'intero importo che trova capienza nel reddito complessivo di ciascuno di essi*.

²⁸⁷ Tale divieto prevede che, mentre sono possibili, seppur con limitazioni, compensazioni tra utili e perdite di uno stesso soggetto anche se riferibili a diversi periodi d'imposta (cd.

elusività dell'operazione considerata nel suo complesso, vi è la circostanza che la fusione sembrava dovesse durare il tempo necessario per poter assorbire le perdite della controllante che altrimenti, come detto, sarebbero rimaste inutilizzabili per la mancata previsione di redditi futuri. Concludendo, è possibile notare, quindi, come l'operazione descritta presenti evidenti profili di elusività, così come emerge dall'esame degli atti trasmessi, non risultando economicamente valide le ragioni addotte dall'istante, il cui compimento della fusione porterebbe a rafforzare le strutture societarie interessate e a creare organismi più forti e competitivi, ma al conseguimento di indebiti risparmi d'imposta e alla successiva liquidazione del Gruppo stesso.

3.3 Il commercio delle cd. *obare fiscali* ed i limiti previsti dall'articolo 172, comma 7 del T.U.I.R.: risoluzione 116/E 24.10.2006

La risoluzione n. 116 del 2006 dell'Agenzia delle Entrate si riferisce ad un'altra interessante operazione di fusione dichiarata elusiva dall'Amministrazione finanziaria poiché anch'essa volta all'ottenimento di vantaggi meramente fiscali d'imposta, ponendo in essere manovre sostanzialmente prive di valide ragioni economiche, attraverso il commercio delle cosiddette *obare fiscali*.

Il commercio delle perdite riguarda un fenomeno ben noto, diffuso soprattutto negli anni Settanta e Ottanta, attraverso il quale, in mancanza di prospettive reddituali positive, le società con un notevole ammontare di perdite da riportare, cercavano di trasferirle a società in possesso di profitti capienti e quindi in grado di utilizzarle, al fine di procedere ad una compensazione tra gli utili maturati nel

obcompensazioni intrasoggettive), non è invece consentito compensare perdite generate da determinate attività con utili *eterogenei* generati da altre attività, cioè provenienti da soggetti terzi (cd. *obcompensazioni intersoggettive*). Un soggetto non ha quindi la facoltà di compensare perdite proprie con utili di altri soggetti, o viceversa, e perciò, onde attuare compensazioni, non è consentito trasferire utili a soggetti in perdita, ovvero trasferire perdite a soggetti con utili.

istateö, evitando almeno in parte il pagamento delle imposte dovute sui redditi riconducibili all'attività svolta.

Così operando era possibile ottenere grosse riduzioni della base imponibile, che si traducevano in risparmi di imposta per il contribuente ed in minori entrate per lo Stato; inoltre, la società in perdita non apportava alcun valore aggiunto alla società *in bonis*, se non la facoltà di deduzione delle perdite, e ciò valeva alla prima società l'appellativo di *öbara fiscaleö*.

Il legislatore tributario è perciò intervenuto al fine di limitare e regolamentare il fenomeno, individuando le condizioni subordinatamente alle quali possono essere riportate le perdite delle società partecipanti alla fusione.

Per comprendere la valenza sistematica dei limiti al riporto delle perdite, è utile in *primis* approfondire quale sia la *ratio*²⁸⁸ che sta alla base di tale istituto, precisando che non si tratta di un'agevolazione, bensì di una caratteristica strutturale di qualsiasi imposizione sul reddito.

L'istituto costituisce una deroga agli articoli 7 e 76 del T.U.I.R., in base ai quali *ö imposta è dovuta per anni solari a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonomaö*, in quanto consente di compensare le perdite di un periodo d'imposta con il reddito dei periodi successivi: la funzione del riporto delle perdite, appare quindi quella di assicurare che, nonostante la suddivisione convenzionale del ciclo vitale dell'impresa in periodi d'imposta, si pervenga comunque alla tassazione di un reddito che si identifichi, almeno in via tendenziale, nella differenza tra i complessivi componenti positivi e negativi rispettivamente conseguiti o sostenuti dal soggetto passivo nell'arco della sua esistenza e non già in quella tra i primi ed i soli componenti negativi che abbiano trovato capienza rispetto agli utili ottenuti nei singoli esercizi.

Detto ciò, l'eliminazione degli inconvenienti connessi alla suddivisione del tempo in periodi d'imposta non costituisce però né un'esenzione né

²⁸⁸ Sulla *ratio legis* alla base del riporto delle perdite si vedano: C. COSCIANI, *Scienze delle finanze*, Torino, 1977, p. 570; E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, Milano, 1984, p. 882; R. LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. Trib.*, 1988, p. 279; S. PANSIERI, *Il riporto delle perdite nelle fusioni di società*, in *Rass. Trib.*, 1987, pp. 284 e ss.

attivo intrinseco alla logica del tributo²⁸⁹ : la finalità perseguita è quindi quella di garantire un'equa imposizione, evitando che l'autonomia dei periodi d'imposta possa determinare, per un'impresa che abbia subito, ad esempio, in un periodo una perdita e nel periodo successivo abbia realizzato un reddito imponibile, l'assoggettamento ad imposizione di tale reddito, senza considerare la perdita pregressa e, dunque, prescindendo dall'effettivo risultato economico complessivo²⁹⁰.

Attraverso il meccanismo del riporto, viene dunque superata la frammentazione temporale in periodi e l'attività d'impresa riassume, sotto tale profilo, carattere di continuità²⁹¹: in particolare, il riporto delle perdite appare prima di tutto un valore che si giustifica alla luce dello stesso principio di capacità contributiva²⁹², e non costituisce una concessione da parte dello Stato ma piuttosto *un'esigenza concettuale, connaturata al modo di essere del reddito*²⁹³.

Da queste considerazioni discende appunto l'attuale impianto normativo, improntato sulla serie di limiti al riporto delle perdite pregresse disciplinato al settimo comma dell'articolo 172 del T.U.I.R.

La prima limitazione, contemplata dal primo periodo del comma 7, è di carattere meramente quantitativo: viene stabilito, infatti, che le perdite fiscali pregresse maturate *ante* fusione dalle società coinvolte nell'operazione, non siano trasferibili in *toto* alla società risultante o incorporante, ma la riportabilità di tali eccedenze subisca il limite del Patrimonio netto: si nota perciò come la *ratio* di tale disposizione sia quella di arginare il rischio che vengano trasferite deduzioni del tutto sproporzionate alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate.

²⁸⁹ R. LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. Trib.*, 1998, p. 282.

²⁹⁰ G. FERRANTI, B. IZZO, L. MIELE, V. RUSSO, *Disciplina delle perdite*, Ipsoa, 2010, cit., p. 84.

²⁹¹ P. LAROMA JEZZI, *Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive speciali e generali*, in *Rass. Trib.*, 1/2002, p. 201.

²⁹² F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Vol. II, ed.I, 1989, p. 89.

²⁹³ R. LUPI, D. STEVANATO (a cura di) *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, op. cit., p. 611.

Perdite della società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501 quater del Codice civile.

Quindi, la prima novità che emerge rispetto al passato è rappresentata dall'inciso "compresa la società incorporante"; infatti, la disciplina antecedente alla legge n. 67/1988, non facendo menzione delle perdite della società incorporante, limitava la riportabilità di esse soltanto con riferimento alle società incorporate e si capisce come in vigenza di un simile regime, era infatti piuttosto agevole l'aggiramento del limite al riporto, poiché era sufficiente che il ruolo dell'incorporante fosse assunto dalla società realizzatrice della perdita, piuttosto che da quella in attivo (cui per logica spetterebbe il ruolo di incorporante).

Con l'inserimento di tale inciso, si è introdotto anche per quest'ultima il limite al riporto delle perdite, eliminando definitivamente la possibilità per il contribuente di aggirare l'ostacolo rappresentato dal Patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, risultante dalla situazione patrimoniale che le società partecipanti alla fusione devono redigere a seguito dell'attuazione dell'operazione di fusione.

La ragione che ha ispirato tale limite è da ricercare nel fatto che il legislatore presume che una fusione con una società in cui le perdite siano superiori al Patrimonio netto (rappresentativo dei mezzi propri della società), non può che essere una fusione elusiva e di qui la necessità di impedirne l'attuazione²⁹⁴.

La seconda questione che si pone è se per *ultimo bilancio* debba intendersi il bilancio approvato chiuso e approvato prima della delibera di fusione oppure il bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della stipula dell'atto di fusione e della sua efficacia giuridica.

²⁹⁴ Nonostante ciò, una simile presunzione potrebbe trascurare, in realtà, che possano sussistere motivazioni aziendalistiche che suggeriscano comunque integrazioni societarie pur in presenza delle eccedenze sopra citate.

Il legislatore supplisce, con riferimento a tal problema, l'intervento dell'Agenzia delle Entrate che, nella risoluzione n. 54/2011, ritiene che la locuzione *«ultimo bilancio»* debba essere correttamente intesa quale *«bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato a tale data»*²⁹⁵.

Tale soluzione appare altresì ragionevole qualora si consideri che il momento rilevante ai fini dell'applicazione della disposizione in esame dovrebbe essere individuato proprio nella data della delibera di fusione, ossia nel momento in cui viene espressa la volontà dei soci di procedere con la fusione: la delibera che approva la fusione, infatti, si basa sull'esame dei documenti contabili messi a disposizione dei soci ed è in tale sede che vengono delineati tutti gli elementi essenziali dell'operazione straordinaria, tra i quali, in *primis*, la valutazione dei patrimoni delle società coinvolte e gli eventuali rapporti di cambio delle azioni o quote.

Pertanto, appare logico ritenere che anche gli aspetti fiscali dell'operazione di fusione (tra i quali, la riportabilità delle perdite fiscali delle società interessate), debbano essere valutati in tale sede, prendendo in considerazione l'ultimo bilancio approvato prima della data della delibera.

Infine, per espressa volontà del legislatore, nel calcolo del patrimonio netto di cui si discute, non si tiene conto *«dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione patrimoniale»* (dove per conferimenti si intendono gli apporti sia in natura che in denaro, effettuati in sede di costituzione della società o di aumento del suo capitale sociale, mentre i versamenti consistono nelle attribuzioni patrimoniali effettuate dai soci in conto capitale o a fondo perduto, nonché la rinuncia dei soci ai crediti

²⁹⁵ Ciò troverebbe conferma in una lettura logico-sistematica della norma di cui all'art. 172 TUIR che, nel subordinare la riportabilità, da parte della società incorporante (o risultante dalla fusione), delle perdite pregresse delle società partecipanti alla fusione al superamento del cosiddetto *«test di vitalità»*, espressamente rinvia al bilancio *«relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata»*.

), esclusione resa necessaria al fine di evitare che vengano effettuati accrescimenti del patrimonio volti all'esclusivo fine di aumentare il patrimonio cui vanno raffrontate le perdite, come osservato da autorevole dottrina²⁹⁶.

Passando all'esame del secondo limite contenuto nel comma settimo, occorre subito osservare che esso è rivolto ad impedire la possibilità prevista di riportare le perdite pregresse laddove la società in perdita fosse anche inattiva: la disciplina subordina perciò il riconoscimento delle perdite fiscali della incorporata al superamento di taluni parametri, questa volta di carattere reddituale, il cui superamento sarebbe in grado di testimoniare la persistente vivacità della società interessata, cosicché da escludervi profili di elusività dell'operazione di fusione²⁹⁷.

Affinché la società, le cui perdite sono riportabili, sia in grado di superare il cosiddetto *test di operatività o vitalità economica*, è necessario che nel Conto Economico della stessa, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti:

1. un ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica;
2. un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato, e relativi contributi,

i quali non dovranno essere inferiori al quaranta per cento dell'ammontare risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori, e al fine di una corretta definizione degli indici da porre a confronto, il dato normativo effettua un generico rinvio al Conto Economico riclassificato ex articolo 2425 del codice civile.

²⁹⁶ G.G. VISENTIN, V. RAMPATO, *Fusione inversa e riportabilità delle perdite e degli interessi passivi: interazione del patrimonio netto*, in *Il Fisco* n. 13/2013.

²⁹⁷ Si condividono le conclusioni dell'Associazione dei Dottori Commercialisti espresse nella Norma di comportamento n. 165: *«la verifica della vitalità dell'impresa interviene direttamente sulla fattispecie del riporto delle perdite fiscalmente rilevanti, dettando le condizioni per il suo riconoscimento in capo alla società risultante dalla fusione e, per converso, disconoscendolo in tutti gli altri casi»*.

li ricavi e proventi caratteristici, ai fini dell'applicazione del test di vitalità economica in esame, debbono essere considerati tutti i componenti positivi di reddito che, in relazione all'attività svolta dalla società, abbiano natura ricorrente e si contrappongano ai costi caratteristici: ciò significa che assumono rilevanza sia i ricavi delle vendite e delle prestazioni di cui alla voce A1) del Conto Economico, sia i ricavi e proventi iscritti alla voce A5) del Conto Economico, se riconducibili all'attività caratteristica, e ne risulta come non si debbano computare nel calcolo dell'ammontare anzidetto, i ricavi corrispondenti al valore normale dei beni destinati al consumo personale o familiare dell'imprenditore o ad altre finalità estranee all'esercizio dell'impresa, nonché quelli derivanti dalla cessione di titoli (azionari o obbligazionari) che civilisticamente danno luogo a plusvalenze (e non a ricavi come stabilisce l'articolo 53 del T.U.I.R.).

Per quanto riguarda invece il secondo indicatore di vitalità economica, cioè quello delle spese del personale dipendente, si devono considerare tutti i compensi ed emolumenti spettanti ai dipendenti, quindi salari e stipendi nonché i contributi sociali di cui, rispettivamente, alle voci B9a) e B9b) del Conto Economico.

L'istanza a cui farò riferimento, proposta mediante interpello antielusivo all'Agenzia delle Entrate, si riferisce al caso di una società (che chiameremo Alfa) che ha per oggetto *l'esercizio di attività di costruzione e di servizi, e può assumere ed eseguire, tanto congiuntamente con altre imprese quanto disgiuntamente, studi, ricerche, progettazioni, lavori, opere, forniture e servizi di qualsiasi genere e natura nei settori industriali dell'energia in senso lato, della distribuzione dell'acqua potabile, della depurazione di sostanze liquide, gassose e solide, dell'ecologia, dell'ambiente, dell'edilizia civile, industriale ed infrastrutturale, della sistemazione di terreni e loro bonifica, dell'estrazione mineraria, nonché della ricerca tecnologica e scientifica*.

contenuta nelle Leggi n. 481/1995 e n. 144/1997

e nel D.lsg. 164/2000²⁹⁸ che impone la cosiddetta *separazione societaria* tra l'attività di distribuzione e quella di vendita, Alfa ha provveduto a costituire la società Beta, avente come oggetto sociale l'attività di vendita agli utenti finali, di cui detiene il controllo.

In attuazione delle proprie strategie di sviluppo, la società istante ha costituito la Delta, attribuendole l'attività di acquisto e vendita dei prodotti e servizi, nonché di ricerca, coltivazione e stoccaggio di idrocarburi, e, contestualmente, ha acquistato la totalità delle azioni della Gamma, la quale a sua volta, acquistandole da Alfa, ha proceduto ad acquistare la totalità delle quote partecipative nel capitale della Delta.

Come dimostrato dalle allegare dichiarazioni dei redditi, la Gamma presenta perdite fiscali pregresse: per tale motivo, a causa di molteplici difficoltà incontrate, la società Alfa ha deciso di procedere ad un ridimensionamento delle attività svolte dalle controllate, optando per la cessione dell'intero ramo d'azienda della società Gamma relativo all'attività di ricerca, procedendo ad offrire sul mercato tutti i beni iscritti nel bilancio della stessa.

²⁹⁸ Il quadro normativo di riferimento per l'emanazione di direttive per la separazione amministrativa e contabile nel settore del gas è dato dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n.144 e dal decreto legislativo 23 maggio 2000, n.164. Ai sensi dell'art. 2, comma 12, lettera f) della legge n. 481/95 l'Autorità *emana le direttive per la separazione contabile e amministrativa e verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione ed imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicazione dei dati*. L'art. 41 della legge n.144/99, delega il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi per dare attuazione alla direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (di seguito: direttiva 98/30/CE), richiedendo il rispetto di alcuni principi e criteri direttivi: in particolare, l'art. 41, comma 1, lettera e) della sopraddetta legge di delega prevede che *le imprese integrate nel mercato del gas costituiscano, ove funzionale allo sviluppo del mercato, società separate, e in ogni caso tengano nella loro contabilità interna conti separati per le attività di importazione, trasporto, distribuzione e stoccaggio, e conti consolidati per le attività non rientranti nel settore del gas, al fine di evitare discriminazioni o distorsioni della concorrenza*. Il decreto legislativo n. 164/00 prevede che le attività del settore del gas naturale siano svolte in un contesto di mercato aperto alla concorrenza, in modo coerente sia con la legge n. 481/95, sia con l'art. 41, della legge n. 144/99, anche in relazione all'esigenza di emanare criteri per la separazione amministrativa e contabile.

li due società entrambe destinate all'attività di vendita, si traduce, di fatto, in una inutile duplicazione dei costi gestionali, per non parlare delle preoccupazioni che, sul piano dei rapporti societari, hanno i soci di minoranza della Beta costretti a partecipare ad un'attività d'impresa in perdita: si intravede, perciò, nella ristrutturazione dell'intero Gruppo, una reale opportunità per ottenere un miglioramento della redditività delle singole società. Al fine di ottenere gli obiettivi sopra prospettati, il Gruppo ha inteso realizzare la seguente ristrutturazione societaria:

- 1) Gamma procederebbe a conferire alla Beta il proprio ramo aziendale volto alla commercializzazione all'ingrosso ed alla vendita (al valore che emergerà da apposita perizia giurata redatta da un esperto ai sensi dell'articolo 2465 del Codice Civile), ottenendo in contropartita una quota di partecipazione nel capitale della Beta pari al 2%;
- 2) Gamma richiederebbe alla Tau la cancellazione dall'elenco delle società di vendita, conservando soltanto il ruolo di *sub-holding* di partecipazioni industriali, con funzione di approvvigionamento della società di vendita Beta;
- 3) Gamma, infine, verrebbe fusa per incorporazione nella controllante Alfa.

La struttura del Gruppo al termine della riorganizzazione risulterebbe pertanto costituita da

Alfa *holding* che ha proceduto ad incorporare la partecipata Gamma *sub-holding* e che continua a possedere partecipazioni di controllo in Beta e Delta.

L'operazione di conferimento del ramo d'azienda di Gamma in Beta ha sicuramente centrato l'obiettivo di ottimizzare la gestione delle risorse, eliminando la duplicazione dell'attività di vendita svolta precedentemente da Gamma e Beta; tuttavia, per risolvere la situazione debitoria in cui versa la società Beta, il Gruppo ha optato per la tassazione di Gruppo, accedendo al regime di Consolidato fiscale nazionale²⁹⁹ ex articolo 117 del T.U.I.R., che

²⁹⁹ L'istituto del consolidato fiscale (o tassazione di gruppo), rappresentò una novità assoluta nel nostro ordinamento giuridico quando esso fu introdotto con la riforma dell'originario D.P.R. n.

ico reddito imponibile in capo alla società controllante: dalla somma algebrica dei redditi complessivi netti dei soggetti aderenti³⁰⁰, sarà possibile calcolare l'imposta IRES di Gruppo, cosicché le perdite della società in periodo di consolidamento saranno compensabili con i redditi delle altre partecipanti (in questo caso potranno essere utilizzate dalla società Alfa per abbattere la propria base imponibile), ad esclusione però delle perdite *ante* consolidamento, le quali potranno essere utilizzate solo dalle società cui si riferiscono, così come stabilito dall'articolo 118, comma 3 del T.U.I.R.

A detta dell'istante, non si rinverrebbe poi alcun intento elusivo nella possibilità di riportare le perdite della società Gamma in Alfa a seguito dell'operazione di fusione: infatti, nonostante l'evidente vantaggio tributario derivante dalla possibilità per la controllata di trasferire alla capogruppo le perdite fiscali accumulate, l'opzione per il Consolidato fiscale già consentiva tale riporto.

Alla base della prospettata operazione vi sarebbe, dunque, la volontà di razionalizzare la struttura organizzativa del Gruppo, di ridurre i notevoli costi amministrativi e finanziari, eliminando duplicazioni e sovrapposizioni, di incrementare il peso partecipativo della *holding* nell'unica società Beta, che rimarrebbe deputata alla vendita, ed, infine, di raggiungere interessanti risultati economici, a vantaggio anche dei soci di minoranza.

Al disegno descritto è, dunque, sottesa una valida giustificazione economica e di riorganizzazione societaria che prescinde dal vantaggio di natura tributaria ottenibile dalla società incorporante per effetto del trasferimento delle perdite fiscali della società incorporata: d'altro canto, ogni altra alternativa, a parere

917/1986 T.U.I.R. , entrato in vigore dal 01.01.2004 in attuazione della Legge delega n. 80/2003. Specificatamente, l'art. 4, comma 1 della suddetta legge prevedeva, tra i principi ed i criteri direttivi cui doveva ispirarsi il Governo al fine di formulare le norme relative al nuovo sistema fiscale, la *«determinazione in capo alla società o ente controllante, di un'unica base imponibile per il gruppo d'impresa su opzione facoltativa delle singole società che vi partecipano ed in misura corrispondente alla somma algebrica degli imponibili di ciascuna rettificati come specificatamente previsto»*.

³⁰⁰ I soggetti che possono accedere al regime di tassazione di gruppo sono quelli rientranti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a) e b), fra i quali sussiste un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1 del cod. civ., con i requisiti di cui all'art. 120 TUIR.

tirebbe il superamento delle difficoltà imprenditoriali e finanziarie registrate negli anni passati.

Inoltre, per quanto riguarda la verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dall'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R., come condizione per consentire il riporto delle perdite fiscali, in questo caso, della società Gamma incorporata in capo alla società incorporante Alfa, la prima ha chiaramente dimostrato di aver superato le due condizioni richieste dalla norma, procedendo quindi al riporto delle maturate perdite in capo alla società Alfa.

In riferimento all'istanza in esame, l'Amministrazione finanziaria si è espressa ribadendo ancora una volta come la libertà che l'ordinamento tributario concede al contribuente per individuare ed adottare la soluzione fiscalmente meno onerosa fra quelle praticabili, incontra dei limiti quando lo stesso contribuente abusa degli istituti giuridici a sua disposizione, aggirandone la *ratio*: a tal fine, infatti, la norma di cui all'articolo 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973, individua appunto una serie di operazioni che possono presentare profili elusivi ed i parametri per contrastare tali comportamenti; in tal senso, le operazioni di conferimento d'azienda e di fusione sono contemplate da detta norma fra quelle potenzialmente elusive.

Nel caso in esame, la società interpellante sottolinea come le operazioni consentirebbero la razionalizzazione della struttura del Gruppo, anche se, da un punto di vista organizzativo, un'aggregazione delle due strutture organizzative (Gamma e Beta) comporterebbe vantaggi sia in termini di costi diretti, sia in termini di razionalizzazione nell'utilizzo delle risorse umane, *considerato che nella Gamma opera un gruppo di tecnici che gestisce i contratti di acquisto e di vendita e che ad oggi detta società ha l'unica funzione di approvvigionare la Beta*.

Tuttavia la soluzione prospettata dalla società istante, al fine di perseguire il suddetto obiettivo, appare censurabile da un punto di vista fiscale: vediamo perché.

ite, che nonostante le società facenti parte del Gruppo abbiano optato per il consolidato nazionale, ai sensi dell'articolo 117 del T.U.I.R., Gamma e Beta dispongono di rilevanti perdite fiscali pregresse non trasferibili alla consolidante Alfa, ai sensi dell'articolo 118, comma 2, del T.U.I.R., in quanto maturate prima di accedere al regime di tassazione di Gruppo. Nel caso *de quo*, *non un'eventuale operazione di fusione fra due società in perdita, che naturaliter rappresenterebbe la soluzione più logica e più diretta per raggiungere l'obiettivo perseguito*, non genererebbe alcun vantaggio dal punto di vista fiscale; viceversa, la soluzione prospettata dall'istante, che tra l'altro risulta più complessa non solo in termini procedurali (comportando la realizzazione di due operazioni straordinarie, il conferimento d'azienda e la successiva fusione per incorporazione della società conferente nella *holding*), ma anche in termini di tempistica e di onerosità, consente di trasferire le cospicue perdite fiscali di Gamma alla Alfa, che le potrà utilizzare per abbattere il proprio reddito imponibile.

Da ciò discende che, mentre il conferimento da parte di Gamma in Beta del proprio ramo aziendale, così come un'eventuale fusione tra le due società, trova le sue ragioni economiche nell'esigenza di evitare duplicazioni societarie all'interno del Gruppo, la successiva fusione per incorporazione della società conferente, ormai divenuta una *sub-holding* di partecipazioni industriali, in Alfa, non risponde ad alcuna esigenza economico-aziendale, ma sembra piuttosto preordinata al conseguimento di un obiettivo meramente fiscale: *l'Amministrazione afferma infatti che non si ravviserebbero valide ragioni economiche nella fusione per incorporazione della società Gamma completamente depotenziata che è stata mantenuta in vita al solo fine di consentire il travaso delle perdite fiscali pregresse nella capogruppo*.

Per completezza di trattazione, l'analisi della scrivente si estende anche alla verifica della sussistenza dei requisiti di vitalità economica richiesti dall'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R., come condizione per consentire la riportabilità delle

società incorporata Gamma in capo alla controllante/incorporante Alfa, a seguito di fusione per incorporazione.

La problematica relativa all'assenza di quelle voci di bilancio necessarie per l'effettuazione del test di vitalità economica, vista la natura dell'attività svolta da entrambe le società, era stata già affrontata in passato in una risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, nello specifico la n. 337/E del 29 ottobre 2002, che vedeva come protagonista una società *holding pura*, la quale aveva presentato istanza di interpello ordinario ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 212/2000 per richiedere un parere all'Amministrazione finanziaria circa la riportabilità delle perdite in assenza dei suddetti costi e ricavi iscritti in bilancio, la quale ha ritenuto che *la fattispecie descritta fosse tale da generare obiettive difficoltà in sede di applicazione del vecchio comma 5 dell'articolo 123 del T.U.I.R. nella parte in cui il diritto al riporto delle perdite nella fusione venisse subordinato a determinate condizioni di vitalità economica da parte delle società interessate*.

Nel caso rappresentato, le richiamate difficoltà applicative sono indotte dalla circostanza che la società non ha conseguito ricavi e proventi dell'attività caratteristica né ha sostenuto costi per personale dipendente; di conseguenza, in base al dettato letterale della disposizione, ciò basterebbe ad escludere la possibilità di riporto delle perdite da parte dell'incorporante, penalizzando tali tipi di società solo perché, data la loro natura di società finanziarie, non svolgono direttamente attività di produzione o scambio di beni o servizi.

Tuttavia, se si guarda alla *ratio* della disposizione in esame, l'intento è quello di contrastare la realizzazione di fusioni con società depotenziate nel periodo precedente l'operazione, poste in essere al solo fine di utilizzare le perdite delle società interessate: infatti, così come affermato dalla circolare n. 9/E del 9 marzo 2010 dell'Agenzia delle Entrate, *«i requisiti minimi di vitalità economica debbano sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione, così come si*

bbano continuare a permanere fino al momento
in cui la fusione viene deliberata³⁰¹.

Nei casi di *holding* *õpure*, trattandosi di società costituite con l'obiettivo unico di amministrare le proprie partecipazioni azionarie nelle società controllate, l'Amministrazione ha escluso vi possa essere stato un depotenziamento dell'attività, stabilendo che i ricavi e proventi *õcaratteristici* da considerare ai fini del *vitality test*, saranno quelli iscritti nelle voci C 15) e C 16) del Conto Economico.

Con riferimento, invece, al secondo parametro relativo al sostenimento di costi per personale dipendente, *õla mancanza assoluta di tale spesa in bilancio non può, da sola, essere sintomo di scarsa vitalità aziendale*, atteso che tale voce molto frequentemente non compare nei bilanci di tale tipo di società, e lasciando, dunque, intendere che il riporto delle perdite non è precluso laddove l'operatività della società portatrice delle perdite si possa desumere da altri fattori: in tal caso, tuttavia, si renderà necessario presentare un'istanza di interpello alla Direzione regionale competente, ai sensi dell'articolo 37 *bis*, comma 8, del D.P.R. n. 600/1973, per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva in esame.

Nel caso trattato dalla risoluzione n. 116/2006, è evidente come la società Gamma non sia nata come *holding* *õpura*, a differenza del caso precedentemente descritto, ma abbia provveduto a conferire il proprio ramo aziendale, da cui derivavano i ricavi e proventi dell'attività caratteristica nonché le spese per prestazioni di lavoro, alla società Beta poco prima di procedere alla fusione per incorporazione, *õsvuotandosi* perciò dell'attività economica rispetto alla quale si sarebbero dovuti verificare i requisiti di vitalità di cui all'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R. e trasformandosi in *sub-holding*.

Si ritiene, quindi, che Gamma, poiché non presenta, nel momento in cui si procede alla fusione per incorporazione, la soglia minima di vitalità economica

³⁰¹ La stessa disposizione verrebbe altrimenti privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell'arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell'esercizio precedente alla fusione e la deliberazione dell'operazione medesima.

ere considerata una *õbara fiscale*ö, e sulla base delle suddette considerazioni *õl'operazione in oggetto, realizzata secondo le modalità illustrate, appare, pertanto, posta in essere al solo fine di conseguire un indebito risparmio fiscale in quanto priva di valide ragioni economiche e diretta, attraverso la fusione per incorporazione di una bara fiscale, ad aggirare la norma di cui all'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R.ö.*

3.4 Fusione infragruppo tra società che partecipano al medesimo consolidato, con perdite fiscali pregresse al regime di tassazione consolidata: la risoluzione 174/E 06.07.2009

L'ultima risoluzione che andrò ad affrontare si riferisce al caso di una società (che chiameremo Alfa) che appartiene al Gruppo Beta ed è la controllante della filiera delle società italiane del Gruppo, la quale ha presentato nel 2008 istanza di interpello antielusivo, chiedendo un parere all'agenzia delle Entrate circa la non elusività del riporto delle perdite fiscali pregresse in relazione alla fusione con un'altra società controllata appartenente al medesimo Gruppo.

Nel 2003, detta società ha conferito il proprio ramo di azienda industriale per la produzione e vendita alla società Gamma, integralmente posseduta, ed insieme con le seguenti società italiane ha esercitato l'opzione per il consolidato fiscale nazionale a partire dall'esercizio 2004:

- Gamma, che svolge l'attività di produzione industriale di in precedenza svolta dalla stessa istante;
- Delta, Epsilon ed Eta, che svolgono attività di vendita in Italia e Zeta all'estero;
- Teta, che svolge l'attività di servizi di carattere logistico.

La società istante intende incorporare la società Gamma e, probabilmente, anche la società Teta in caso di esito positivo delle analisi di fattibilità ancora in corso.

Nell'esercizio 2003 Alfa *õha maturato perdite fiscalmente riportabili derivanti essenzialmente da svalutazioni, minusvalenze ed oneri di ricapitalizzazione su*

ancora utilizzate e per le quali esistono, in caso

di fusione, i requisiti di riportabilità di cui all'articolo 172 del T.U.I.R., come evidenziato nell'Appendice all'istanza.

In particolare, per quanto specificato nell'istanza *le componenti negative suddette riguardavano partecipazioni in società estere, per le quali neppure astrattamente si pone un problema di doppia deduzione delle perdite operative delle società partecipate e delle perdite derivanti dalla svalutazione delle partecipazioni in capo alla società istante*.

La disposizione contenuta nel penultimo periodo dell'articolo 172, comma 8 del T.U.I.R., infatti, pone il problema della doppia deduzione delle perdite laddove limita il riporto all'ammontare di perdita eccedente la svalutazione già operata sulle azioni o quote nella società decotta³⁰³, la cui *ratio* è da ricercare essenzialmente nell'intento del legislatore di escludere un doppio beneficio, cioè quello di consentire di riportare per intero la perdita anche nel caso in cui la società partecipata avesse proceduto ad una svalutazione delle azioni o quote detenute da altra società partecipante alla fusione, il che comporterebbe un vantaggio fiscale sia per la società che ha compiuto siffatta svalutazione, sia per quella che ha riportato, per intero, la perdita da essa proveniente³⁰⁴.

Proseguendo con l'istanza, la società Alfa osserva, a conferma della genuinità economica delle operazioni intraprese a suo tempo, e di quelle che intende porre in essere nel futuro, che, *in assenza del conferimento del ramo di azienda*

³⁰² Parte dei quali sono stati oggetto della comunicazione all'Agenzia di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. 24.9.2002, n. 209, convertito nella Legge 22.11.2002, n. 265, e successivamente di verifica da parte della Direzione Regionale, la quale non ha evidenziato irregolarità, come da processo verbale di constatazione.

³⁰³ Così recita la disposizione: *Se le azioni o quote della società che ha subito la perdita erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione*.

³⁰⁴ Per la prima società, difatti, l'agevolazione consiste nella riduzione della base imponibile dovuta alla svalutazione effettuata in esercizi anteriori all'atto di fusione, con conseguente risparmio di imposta, per la seconda società di cui sopra, invece, l'agevolazione fiscale deriverebbe dalla stessa possibilità di riportare la perdita in diminuzione del proprio reddito anche per la parte corrispondente alla svalutazione.

società istante avrebbe potuto utilizzare immediatamente le perdite fiscali conseguite nel 2003 a riduzione del reddito industriale prodotto dal ramo di azienda conferito: è perciò sotto questo profilo che la fusione per incorporazione di Gamma nella Alfa avrebbe solo l'effetto di ristabilire la situazione già esistente prima del conferimento avvenuto nel 2003, in conseguenza di un diverso assetto organizzativo del Gruppo, che aveva suggerito l'opportunità di separare le diverse attività (industriale manifatturiera, commerciale per prodotti e mercati, logistica e di direzione) in capo a diverse società.

Viene chiesta perciò conferma della non elusività del riporto di dette perdite fiscali pregresse, in cui, a detta dell'istante, sussistono i requisiti di riportabilità di cui all'articolo 172 del T.U.I.R., in relazione alla fusione tra le due società in regime di consolidato fiscale, sin dall'origine appartenenti al medesimo Gruppo.

La società istante, specifica inoltre come il parere qui richiesto fosse anche derivato da un atteggiamento restrittivo, in altre fattispecie, verso le cd. perdite ante consolidato, manifestato ad esempio nella Risoluzione n. 160 del 9 luglio 2007³⁰⁵, la quale individuava un'indebita compensazione di perdite relative ad

³⁰⁵ In tale risoluzione viene contestata la compensazione di perdite pregresse all'esercizio dell'opzione per il consolidato nazionale, realizzata mediante l'effettuazione della rettifica di consolidamento relativa ai dividendi scambiati tra soggetti appartenenti alla medesima fiscal unit, in violazione dell'art. 118, comma 2, del TUIR. La società controllante, infatti, ha l'obbligo di determinare e dichiarare il reddito complessivo del gruppo consolidato ma, da parte sua, la consolidante deve apportare alla somma algebrica dei redditi complessivi dei soggetti partecipanti, le c.d. variazioni in rettifica (tra cui quella in diminuzione per tener conto della quota imponibile dei dividendi distribuiti dalle società consolidate).

Pertanto, appare chiaro che se l'imponibile individuale di periodo si riduce per effetto di tali rettifiche, anche l'ammontare delle perdite pregresse della consolidata potenzialmente computabile in compensazione del relativo reddito deve considerarsi, per principio generale, automaticamente ridotto fino alla misura di tale minore imponibile: ne consegue che l'importo delle perdite pregresse corrispondente alla misura della variazione in diminuzione risulterà non suscettibile di essere utilizzato in compensazione all'atto della determinazione dell'imponibile individuale.

Così operando, è evidente come si intenda evitare una duplicazione nell'utilizzo delle medesime perdite pregresse:

- una prima volta (su base individuale ad opera della singola società consolidata) all'atto della determinazione del risultato individuale di periodo;
- una seconda volta (su base aggregata ad opera del soggetto consolidante) sotto forma di rettifiche di consolidamento.

vio della tassazione di gruppo: la società Alfa

ha quindi ritenuto opportuno chiedere conferma che tali interpretazioni non abbiano comunque nulla a che vedere con il giudizio sulla incorporazione qui prospettata.

Secondo la soluzione interpretativa data dal contribuente, le ragioni del divieto di riporto delle perdite *ante* consolidato fiscale non sembrano tali da comportare automaticamente censure di elusività verso qualsiasi strumento giuridico, come ad esempio la fusione, che possa portare a un risultato analogo; si afferma infatti che *«la possibilità di effettuare una fusione infragruppo con i soli limiti di cui all'articolo 172 tra società che hanno in dote perdite pregresse e che non aderiscono al consolidato, già mostra quanto sarebbe discriminatorio e distorsivo penalizzare la fusione dei soggetti che hanno optato per il consolidato»*.

Il consolidato non sembra quindi, a detta dell'istante, sotto alcun profilo essere assunto ad unica possibilità di compensazione delle perdite nell'ambito dei gruppi di società, e la possibilità di porre in essere una fusione, con riporto delle perdite in assenza di consolidato, diventa una conferma che la stessa operazione deve essere possibile, senza discriminazioni, anche quando le società fuse si trovano in regime di consolidato: l'operazione di fusione, del resto, rientra prima di tutto tra le opzioni organizzative strutturali, consapevolmente concesse dal sistema fiscale.

Sotto il profilo delle ragioni economico-aziendali, la fusione qui rappresentata è dovuta all'esigenza di:

1. dare attuazione al progetto di razionalizzazione e semplificazione della struttura societaria avviato nel corso del 2006 dai vertici del Gruppo Beta, volto a ridurre il numero di società presenti in tutti i paesi del mondo: l'elevato numero di società, infatti, rende inutilmente complessa la gestione delle attività operative e dei processi amministrativi, con un conseguente incremento dei costi operativi e gestionali che appare ingiustificato in un'ottica di corretta gestione aziendale;

enda produttivo in capo alla società istante al fine di rafforzare l'autonoma capacità di credito e agevolare, in caso di necessità, il potenziale ricorso all'indebitamento bancario. Tale potenziamento è una diretta conseguenza dei seguenti fattori:

- il trasferimento alla società istante, per effetto della fusione, degli elementi dell'attivo patrimoniale e dei flussi reddituali e finanziari connessi all'attività industriale attualmente svolta dalla società Gamma;
- il miglioramento degli indici normalmente considerati dal sistema bancario al fine di valutare la solvibilità delle società.

Nella situazione attuale, le due società presentano valori degli indici opposti ed antitetici e la fusione permetterebbe invece di avere un migliore bilanciamento tra i diversi indici, la cui normalizzazione comporterebbe verosimilmente un incremento quantitativo e qualitativo della capacità di credito della società risultante dalla fusione rispetto alla somma delle attuali posizioni individuali delle società in questione.

3. concentrare l'attività logistica e manifatturiera in capo ad un'unica società.

Inoltre, nell'istanza si afferma che, per effetto della fusione, *le perdite fiscali riportabili maturate dalla società istante nel 2003 non subirebbero alcuna limitazione, in quanto i parametri e le condizioni previsti dall'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R. sono pienamente rispettati, anche con riferimento all'interpretazione dell' Agenzia delle Entrate resa nella risoluzione n. 48/E del 13 marzo 2007*.

Il caso a cui si intende far riferimento riguarda una scissione parziale proporzionale avvenuta da parte di una società (Alfa) a favore di una nuova società Gamma, dopo aver aderito nel 2004 al consolidato fiscale nazionale in qualità di controllante con la controllata Beta.

Nel progetto di scissione si prevede che le perdite fiscali pregresse della scissa siano ripartite tra la stessa e la beneficiaria in proporzione alla quota di

ivamente, rimasta e trasferita: considerando che nei periodi d'imposta 2004 e 2005 la società istante ha partecipato alla tassazione di gruppo con la controllata Beta, le perdite prodotte in tali periodi d'imposta dalla Alfa hanno concorso alla formazione del reddito complessivo globale e sono state in parte annullate dall'imponibile positivo prodotto dalla controllata negli stessi periodi d'imposta.

Nell'istanza presentata da Alfa, viene chiesto quindi se il *plafond* di perdite al quale applicare il criterio del riparto delle stesse tra scissa e beneficiaria in proporzione della quota di patrimonio netto rimasto e trasferito sia costituito dal totale delle perdite pregresse, formato dalla somma delle perdite riferite sia ai periodi d'imposta antecedenti all'avvio del consolidato che a quelli in vigore della tassazione di gruppo (queste ultime al netto della quota utilizzata ad abbattimento dell'imponibile della consolidata), ovvero unicamente dalle perdite maturate nei periodi d'imposta anteriori all'opzione per il consolidato.

Il dubbio interpretativo posto dall'istante, deriva dalla circostanza che, nel caso in esame, vengono a sovrapporsi due vicende nella determinazione del reddito imponibile: il consolidato fiscale, che da luogo ad un regime fiscale fondato sulla compensazione orizzontale degli imponibili prodotti da soggetti diversi (in deroga all'ordinario divieto della compensazione intersoggettiva dei risultati fiscali), e l'operazione di scissione, nella quale il passaggio delle perdite fiscali tra i soggetti interessati è disciplinato dall'articolo 173, comma 10, del T.U.I.R., a seguito del rinvio operato dall'articolo 172, comma 7, dello stesso T.U.I.R., la cui *ratio* è quella di conciliare il principio per cui gli utili e le perdite vanno attribuiti unicamente al soggetto che li ha generati, con il fenomeno di confusione o separazione patrimoniale derivante da operazione di fusione o scissione.

Ai fini del corretto trattamento delle perdite in esame, l'Amministrazione richiama il disposto dell'art. 12, comma 1, lettera a) del Decreto Ministeriale del 9 giugno 2004, secondo cui le disposizioni fiscali in tema di scissioni e fusioni si applicano anche alle società che hanno optato per il consolidato fiscale, con la

tte dalla scissa in vigenza di consolidato sono da includere nel *plafond* di perdite oggetto di riparto con le beneficiarie.

In conclusione, perciò, l'Amministrazione finanziaria, coerentemente con la soluzione interpretativa prospettata dal contribuente, si è espressa sulla questione stabilendo che *«i limiti di riportabilità si applicano all'intero ammontare delle perdite trasferite nell'ambito del consolidato non ancora utilizzate»*.

L'Agenzia delle Entrate, al fine di valutare l'elusività o meno dell'operazione di fusione per incorporazione della società Gamma in Alfa (in quanto l'ulteriore operazione di incorporazione di Teta, oltre ad essere incerta nella sua attuazione, non è stata a suo tempo compiutamente dettagliata e rappresentata nei suoi elementi caratterizzanti), ha necessariamente tenuto conto di tre questioni che preme evidenziare ed affrontare:

1. la prima, guardando alla fusione con le conseguenze che essa comporta in relazione ai problemi di compensazione di utili con perdite fiscali in scadenza;
2. la seconda, valutando le conseguenze fiscali che la stessa fusione comporta a livello di consolidato;
3. infine, stabilendo se le ragioni addotte dall'istante abbiano primariamente una finalità economica.

Relativamente alla fusione per incorporazione, si osserva che la fusione di società operazione fiscalmente neutrale in base all'articolo 172, comma 1, del T.U.I.R.; pertanto, di per sé considerata non è mai elusiva, ma lo diventa qualora la stessa venga inserita in un più ampio disegno volto a perseguire un indebito risparmio d'imposta disapprovato dal sistema.

Nel caso di specie, la fusione che si intende porre in essere determinerebbe un indubbio vantaggio tributario che è dato dalla possibilità di compensare le ingenti perdite fiscali pregresse della incorporante con la redditività proveniente dalla società incorporata, trattandosi delle perdite fiscali pregresse relative al quinto periodo d'imposta precedente a quello in cui si intende effettuare la fusione, che, se non utilizzate, andrebbero perse definitivamente in quanto in scadenza.

me restando *õtutte le condizioni richieste dall'articolo 172 del TUIR ai fini della riportabilità delle perdite pregresse e nel presupposto che dette condizioni e, in particolare, i cd. indici di vitalità ricorrano oltre che per il periodo d'imposta in corso alla data di presentazione dell'istanza, anche per il periodo antecedente la data di fusione*, la compensazione delle perdite fiscali pregresse attuata attraverso la fusione rappresentata non appare *õindebitaõ* sulla base di alcune considerazioni.

La prima prende in considerazione le perdite e gli utili, la cui da compensazione è idealmente riconducibile al medesimo soggetto (la società istante) che, anche prima del conferimento, svolgeva un'attività di *õholding mistaõ*: infatti, le perdite sono sorte in capo alla società incorporante a seguito di svalutazioni, minusvalenze ed oneri di ricapitalizzazione su partecipazioni, ossia derivano da un'attività tipicamente finanziaria, mentre gli utili, ancorché conseguiti da un soggetto giuridicamente diverso, ossia la società conferitaria, sono riconducibili con buona approssimazione, alla medesima attività propria della società conferente ed esercitata dalla società conferitaria tramite il ramo d'azienda industriale oggetto di conferimento³⁰⁶.

La seconda considerazione che occorre fare è che, come sostenuto precedentemente dalla società istante, in assenza del conferimento del ramo di azienda industriale, la società avrebbe potuto utilizzare immediatamente le perdite fiscali conseguite nel 2003 a riduzione del reddito industriale prodotto dal ramo d'azienda conferito; peraltro, detto conferimento è avvenuto in prossimità della riforma del sistema tributario entrata in vigore a decorrere dal periodo d'imposta 2004, che come è noto, ha introdotto l'istituto del consolidato fiscale e che ha contestualmente sostituito strumenti di pianificazione fiscale prima utilizzati dalle imprese, nei gruppi ed anche fuori dei gruppi, quali il credito d'imposta sui dividendi e la svalutazione delle partecipazioni azionarie.

³⁰⁶ Da un'analisi delle dichiarazioni dei redditi presentate dalla società conferitaria prima del conferimento risultano redditi imponibili insignificanti o di poco negativi a conferma del fatto che la sua redditività, a decorrere dall'anno 2003, è connessa al conferimento di cui sopra.

ha più potuto beneficiare, mediante il consolidamento dei dividendi provenienti dalla sua partecipata-conferitaria con le proprie perdite fiscali, della monetizzazione del credito d'imposta, tanto meno ha potuto conseguire analogo risultato esercitando l'opzione per il nuovo istituto del consolidato fiscale nazionale, dal momento che questo esclude dall'ambito di applicazione le perdite pregresse, ossia prodotte *ante* consolidato.

Posto che non si ravvisa, per quanto sopra considerato, una indebita compensazione intersoggettiva di redditi con perdite, occorre valutare ancora se la fusione in argomento possa essere considerata, invece, elusiva delle norme sul Consolidato nazionale.

Come noto si tratta di due regimi (quello delle fusioni e quello del consolidato) tra loro non omogenei in quanto:

- l'articolo 118, comma 2, del T.U.I.R., prevede in buona sostanza che le perdite fiscali siano utilizzabili in compensazione all'interno del consolidato solo se formate all'interno del "Gruppo fiscale", ossia in un esercizio ricompreso nel periodo di validità dell'opzione esercitata per la tassazione consolidata;
- la limitazione al riporto delle perdite fiscali pregresse posta dall'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R., non fa al contrario alcuna distinzione tra perdite prodotte all'interno o all'esterno del gruppo fiscale.

Invero, per effetto di un'operazione di fusione, potrebbe realizzarsi un "travasò" di perdite fiscali pregresse all'esercizio dell'opzione all'interno del consolidato stesso: infatti, all'interno di un consolidato, le perdite fiscali pregresse di una delle società partecipanti alla fusione, compensate per effetto della fusione stessa con i redditi di altra società determinerebbero, nel rispetto dei limiti e dei vincoli di cui all'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R., minori redditi da attribuire al consolidato stesso.

Tuttavia, tale circostanza non appare contraria all'articolo 118, comma 2, del T.U.I.R., che, in materia di tassazione consolidata, dispone che le perdite fiscali relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo possono essere

si riferiscono: in questo caso, atteso il rispetto delle condizioni previste, le perdite fiscali pregresse *ante* consolidato saranno infatti utilizzate esclusivamente dall'incorporante in compensazione dei redditi conseguiti dalla medesima, ancorché per effetto della fusione, perciò l'Agenzia non ravvede, pertanto, l'aggiornamento di alcun principio o divieto dell'ordinamento tributario in materia di utilizzo delle perdite fiscali pregresse in ambito consolidato.

Per quanto riguarda, infine, le ragioni economiche addotte dall'istante, le stesse appaiono, in linea di principio, rispondere ad effettive esigenze riorganizzative del gruppo, atteso che la fusione in commento sembra rientrare in un più ampio e complesso piano di ristrutturazione aziendale mirante a razionalizzare la struttura societaria del gruppo a livello mondiale.

Tutto ciò premesso, sulla base degli atti trasmessi e delle considerazioni svolte nel presente atto, l'Amministrazione finanziaria ritiene che l'operazione rappresentata, non sembra presentare aspetti elusivi dal momento che non si è ravvisata alcuna indebita compensazione intersoggettiva di utili e perdite né l'aggiornamento delle norme sul consolidato fiscale.

Bibliografia

- AMATUCCI A., *L'interpretazione della norma in diritto finanziario*, Napoli, 1965.
- ANDRIOLA M., *La dialettica tra l'aggiornamento e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. Trib.*, 2006.
- ANTIFORA R., CEMERICH I., DECAMINADA P., FARAGAZZI A., MARIANI A., *Operazioni straordinarie*, Napoli, 2007.

Napoli, 2005.

ANTONINI E., *Evasione ed elusione di imposte, (gli atti simulati e le imposte di registro sulle donazioni e successioni)*, in *Giur. Ita.*, 1959.

ANTONINI E., *Azione di simulazione e legittimazione dell'amministrazione finanziaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1963.

ARENA C., *Elusione d'imposta e perequazione tributaria* in *Riv. Guardia Fin.*, 1954.

ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Ilicitos atipico. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desvaciòn de poder*, Madrid, 2000.

BARBARA G., FAIENZA A., PUGLIESE S., SALERNO F., VANETTI C., *Le operazioni straordinarie*, Torino, 2010.

BATISTONI FERRARA F., *Atti simulati ed invalidi nell'imposta di registro*, Napoli, 1969.

BLUMENSTEIN E., *Sistema di diritto delle imposte*, Milano, 1954.

BOBBIO N., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, in *Giur. It.*, 1968.

BRANCACCIO A., *L'evasione delle imposte sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1978.

CARACCIOLI I., *Tutela penale del diritto d'imposizione fiscale*, Bologna, 1992.

CARACCIOLI I., *Fusione e scissione di società. Problemi penali*, in *Il Fisco*, 1993.

CARRARO L., *Negoziò in frode alla legge*, Padova, 1943.

CHADIN N., NOURAI, *Taxe professionnelle et abus de droit*, in *La lettre des impots directs*, Paris, 1991.

CHEVALIER J.P., *L'esperienza francese*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. Di Pietro, Milano, 1999.

CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007.

CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992.

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Milano, 2013.

azione e strumenti di contrasto, Bologna, 1996.

CORSI C., FARINON P., *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Torino, 2011.

COSCIANI C., *Scienze delle finanze*, Torino, 1977.

COZIAN M., *Les grandes principes de la fiscalité des entreprises*, Paris, 1999.

DAL PIAZ C., *Aspetti del problema della simulazione in materia tributaria*, in *Temi Trib.*, 1959.

DE MITA E., *Fisco e costituzione*, Milano, 1984.

DE MITA E., *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991.

DEBOISSY F., *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, Paris, 1998.

DELAHAYE TH., *Le choix de la voie de moins imposée. Etude de droit comparé: Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni*, Bruxelles, 1977.

DELLA VALLE E., *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009.

DEOTTO D., *L'abuso del diritto non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta*, in *Corr. Trib.*, 2013.

DEZZANI F., DEZZANI L., SANTINI R., *Le operazioni straordinarie*, Milano, 2005.

DI DIEGO S., TOSI V., *Le operazioni straordinarie delle imprese in crisi*, Maggioli editore, 2012.

DI PIETRO A., *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano, 1999.

DÍEZ-PICAZO L., GULLÓN A., *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1985.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2005.

FANTOZZI A., *Diritto tributario*, UTET, 2012.

FERRANTI G., IZZO B., MIELE L., RUSSO V., *Disciplina delle perdite*, Ipsoa, 2010.

FERRETTO A.O., *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992.

FIorentino S., *Il problema dell'elusione nel sistema tributario positivo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993.

FOUQUET O., *Fraude à la loi et abus de droit*, in *Dr. Fisc.*, 2006 ; *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit*, in *RJF*, 2006.

FROMMEL S.N., *United Kingdom Tax Law and Abuse of Right*, in *Intertax*, 1991.

di elusione e frode alla legge (nel diritto tributario), in *Rass. Trib.* 1989.

GALLO F., *Elusione senza rischio: il Fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano* in *Dir. Prat. Trib.*, 1991.

GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992.

GARCIA G., *La cosiddetta õevasione fiscale legittimaö*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1974.

GAREGNANI G. M., *La fusione inversa*, Milano, Egea, 2002.

GIANNINI A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956.

GIANNINI M. S., *L'interpretazione e l'integrazione delle norme tributarie*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1941.

GONZALES G., *La cosiddetta õevasione fiscale legittimaö*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1974.

GRIZIOTTI B., *Lo studio funzionale dei fatti finanziari*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1940.

GRIZIOTTI B., *L'interpretazione funzionale delle leggi finanziarie*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1949.

GRIZIOTTI B., *Come interpretare la legge d'imposta sui redditi agrari*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1952.

GROSSO C. F., *L'elusione fiscale*, Torino, 1980.

HENSEL A., *Zur Dogmatik des Begriffs Steuerumgehung*, in *Festgabe der Bonner Juristenfancultat fur E. Zitelmann*, Monaco di Baviera, 1923.

HENSEL A., *Diritto tributario*, Milano, 1956.

LAROMA JEZZI P., *Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive õspecialiö e õgeneralio*, in *Rass. Trib.*, 2002.

LEMME F., *Cessione di capitale di società in perdita ed elusione fiscale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1985.

LIPRINO V., *Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso di diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008.

ll'esperienza francese, in *Rass. Trib.*, 2009.

LOVISOLO A., *Evasione ed elusione tributaria*, in *Enc. Giur.*, 1989.

LOVISOLO A., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009.

LUPI R., *Manuale professionale di diritto tributario*, Ipsoa, 1998.

LUPI R., *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. Trib.*, 1998.

LUPI R., *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. Di Pietro, Milano, 1999.

LUPI R., *Diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2005.

LUPI R., STEVANATO D., (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002.

MAGNANI C., *Interposizione fittizia ed imputazione del reddito*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1990.

MAJELLO U., *Il contratto simulato: aspetti funzionali e strumentali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995.

MARTINENGO S., *L'abuso del diritto in Germania e il § 42 dell'Abgabenordnung*, in *Rass. Trib.*, 2010.

MASTROGIACOMO E., *Problemi e dibattiti. I reati tributari a sei anni dalla riforma. Carenze giurisprudenziali e proposte della dottrina*, in *Il Fisco*, 2006.

MELIS G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003.

MICHELI G. A., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1976.

MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969.

MORELLO U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1991.

MOSCHETTI F., *La capacità contributiva*, Padova, 1993.

NUZZOLO A., LA COMMARA U., *Elusione fiscale*, in *Riv. Guardia Fin.*, 2002.

PACITTO P., *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1987.

PALUMBO G., *Elusione fiscale e abuso del diritto. L'aggiramento degli obblighi impositivi tra legittimo risparmio ed evasione fiscale*, Milano, 2012.

- ... e nelle fusioni di società, in *Rass. Trib.*, 1987.
- PAPPARELLA F., *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge 1990, n. 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995.
- PEREGO E., *Elusione d'imposta: il risparmio d'imposta ed il negozio in frode alla legge fiscale nell'ottica del diritto civile*, in *Rass. Trib.*, 1989.
- PEREZ R., *L'esperienza spagnola*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. Di Pietro, Milano, 1999.
- PERLINGIERI G., *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'opponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012.
- PERNOUX P., *Substance, effets multiple set montage purement artificiel: une approche comun de la fraude à la loi?*, in *Droit fiscale*, 2008.
- PEROTTA R., *La fusione inversa*, Milano, 2006.
- PIANTAVIGNA P., *Interesse fiscale e norme anti-abuso: le esperienze italiana e spagnola*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2010.
- PISTONE P., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995.
- PODDIGHE F., (a cura di) *Manuale di tecnica professionale*, Padova, 2004.
- POTITO L., *Le valide ragioni economiche di cui all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973: considerazioni di un economista d'azienda*, in *Rass. Trib.*, 1999.
- PROCOPIO M., *Elusione (od abuso del diritto): la Corte di Cassazione si allinea all'orientamento comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2008.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.
- RIPA G., *La fiscalità di impresa*, Cedam, 2011.
- ROSEMBUJ ERUJIMOVICH T. R., *El fraude de ley y el abuso de las formas en derecho tributario*, Madrid, 1994.
- ROYO F. P., *L'esperienza spagnola*, in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di A. Di Pietro, Milano, 1999.
- RUIZ ALMENDRAL V., SEITZ G., *El fraude a la ley tributaria (anàlisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)*, in *Revista de contabilidad y tributación*, 2004.
- RUSSO P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.*, 1999.

ni tributarie, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989.

SANTONASTASO F., *I negozi in frode alla legge fiscale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1970.

STEVANATO D., *Uso e abuso della clausola antielusive*, in *Corr. Trib.*, 2007.

TABELLINI P., *L'elusione fiscale*, Milano, 1989.

TABELLINI P., *L'elusione nella norma tributaria*, Torino, 2007.

TAYLOR P., *Tax Planning and Tax Avoidance after Ramsey*, in *Taxation*, 1982.

TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale e parte speciale*, Milano, 2006.

TESAURO F., *Compendio di diritto tributario*, Milano, 2010.

TILEY J., *Judicial Anti-Avoidance Doctrines : Corporations and Conclusions*, in *British Tax Rev.*, 1988.

TINELLI G., *Il reddito di impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991.

TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2007.

TREMONTI G., *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1986.

TREMONTI G., *La fiscalità industriale. Strategie fiscali e gruppi di società in Italia*, Bologna, 1988.

TRIMELONI M., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 1979.

TRIVOLI A., *Contro l'introduzione di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento tributario vigente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992.

UCKMAR V., *Tax Avoidance and Tax Evasion*, in *Cah. Dr. Fisc. Int.*, 1983.

VANONIE., *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932.

VANZ G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. Trib.*, 2002.

VASAPOLLI G., VASAPOLLI A., *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*, Milano, 2013.

VISCO V., *Evasione fiscale*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Torino, 1990.

VISCO V., *Prospettive di riforma del sistema tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1986

*zione inversa e riportabilità delle perdite e degli
interessi passivi: interazione del patrimonio netto, in Il Fisco, 2013.*

ZIZZO G., Diritto d'interpello e ruling, in Riv. Dir. Trib., 1992.

ZIZZO G., La nozione di elusione nella clausola generale, in Corr. Trib., 2006.

*ZOPPINI G., Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte
reddituiali, in Riv. Dir. Trib., 2002.*

*WARD D., The business Purpose Test and Abuse of Rights (AA.VV.), in Dir.
Prat. Trib., 1985.*