

**CIRCOLARE N. 21 DEL 4 AGOSTO 2016**

**IMPOSIZIONE DIRETTA E INDIRETTA**

**D.L.vo n. 128 del 2015 sulla certezza del diritto nei rapporti tra  
fisco e contribuente: la disciplina sull'abuso del diritto**

## **ABSTRACT**

La nuova disciplina in tema di abuso del diritto è una delle più importanti innovazioni tra quelle apportate in attuazione della legge delega di riforma del sistema tributario (legge n. 23 del 2014). Con l'introduzione del nuovo art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000 da parte del D.L.vo n. 128 del 2015 si è pervenuti all'unificazione della nozione di abuso – che ha assunto una valenza generale estesa a tutti i tributi – ed alla definizione dei presupposti e delle garanzie procedurali cui è subordinato il disconoscimento delle condotte abusive. La circolare analizza i contenuti e le modalità applicative della nuova disciplina, soffermandosi su qualche caso concreto, e approfondisce i rapporti tra l'abuso del diritto e le fattispecie di evasione.

## **PROVVEDIMENTI COMMENTATI**

---

**Legge 27 luglio 2000, n. 212, artt. 10 *bis* e 11**

**D.L.vo 5 agosto 2015, n. 128, art. 1**

**D.L.vo 24 settembre 2015, n. 156, art. 1 e art. 6**

**Circolare Agenzia delle entrate, 1 aprile 2016 n. 9/E**

---

## Indice

|  |       |
|--|-------|
| Introduzione   | p. 5  |
| 1 Considerazioni generali  | p. 7  |
| 2 Analisi tecnica della disciplina antiabuso   | p. 35 |
| 2.1 La nuova definizione normativa di abuso  | p. 35 |
| 2.2 La distinzione tra abuso (alias elusione), legittimo risparmio di imposta ed evasione                      | p. 41 |
| 2.3 Il contrasto tra il risultato dell'operazione abusiva e la <i>ratio</i> delle norme o dei principi fiscali | p. 57 |
| 2.4 La rilevanza di eventuali soluzioni alternative  | p. 70 |
| 2.5 La mancanza di sostanza economica  | p. 74 |
| 2.6 La natura essenziale del vantaggio tributario indebito   | p. 78 |
| 2.7 Le valide ragioni extrafiscali   | p. 79 |
| 2.8 La quantificazione del beneficio netto dell'operazione abusiva   | p. 84 |
| 2.9 Abuso e antieconomicità, esterovestizione e interposizione   | p. 88 |
| 3 Procedimento logico-applicativo della disciplina antiabuso e casi pratici                                    | p. 94 |
| 3.1 Fusione in alternativa alla liquidazione   | p. 97 |
| 3.2 Scissione e circolazione di beni singoli e di aziende  | p.100 |
| 3.3 Costituzione di <i>holding</i> da parte di soci persone fisiche  | p.104 |
| 3.4 L'aggiramento delle norme antielusive specifiche in tema di circolazione delle perdite                     | p.108 |
| 3.5 Le scelte relative alla struttura finanziaria dell'impresa   | p.112 |
| 3.6 La casistica in materia di IVA   | p.116 |
| 3.6.1 Le costruzioni dirette ad eludere i limiti al diritto alla detrazione                                    | p.116 |

|       |  |       |
|-------|--|-------|
| 3.6.2 | La segmentazione dei rapporti giuridici  | p.117 |
| 3.6.3 | Altre ipotesi ricondotte al concetto di abuso prima dell'introduzione della nuova disciplina | p.119 |
| 3.7   | Casi concreti in tema di imposta di registro   | p.122 |
| 3.7.1 | La circolazione di beni e di aziende mediante il ricorso a società-veicolo                   | p.125 |
| 3.7.2 | Il conferimento in società preceduto da un finanziamento che grava sui beni conferiti        | p.127 |
| 3.7.3 | Accesso o conservazione di regimi agevolativi  | p.128 |
| 4     | Le norme di natura procedimentale  | p.130 |
| 4.1   | Il procedimento applicativo della clausola antiabuso   | p.130 |
| 4.2   | Le disposizioni di natura procedimentale per le norme antielusive specifiche                 | p.137 |
| 5     | Gli aspetti sanzionatori   | p.140 |
| 6     | Decorrenza della nuova disciplina  | p.150 |

## Introduzione

Con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 233 del 7.10.2015 degli ultimi decreti legislativi si è conclusa la fase di attuazione della legge 11.3.2014 n. 23 che aveva conferito delega al governo per introdurre norme volte alla realizzazione di un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita.

I provvedimenti emanati sono di ampio spettro e toccano molti temi di fondamentale importanza per il corretto funzionamento del sistema impositivo. Tra gli altri interventi, spiccano quelli in materia di semplificazione degli adempimenti, di certezza del diritto con la nuova disciplina antiabuso, di razionalizzazione dei regimi impositivi delle imprese in modo da favorirne la crescita e l'internazionalizzazione, di revisione del sistema sanzionatorio penale e amministrativo, di risistemazione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario, di rivisitazione della disciplina della riscossione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> In dettaglio, in attuazione della legge delega sono stati emanati i seguenti decreti legislativi:

- Il [Decreto Legislativo n. 175 del 2014](#), relativo alle semplificazioni fiscali e alla dichiarazione dei redditi precompilata (Atto del Governo n. 99-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 28 novembre 2014;
- il [Decreto Legislativo n. 188 del 2014](#), in materia di tassazione dei tabacchi lavorati, dei loro succedanei, nonché di fiammiferi (Atto del Governo n. 106-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 23 dicembre 2014;
- il [Decreto Legislativo n. 198 del 2014](#), riguardante la composizione, le attribuzioni e il funzionamento delle Commissioni censuarie (Atto del Governo n. 100-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 gennaio 2015;
- il [Decreto Legislativo n. 127 del 2015](#), in materia di fatturazione elettronica, trasmissione telematica delle operazioni IVA e di controllo delle cessioni di beni effettuate attraverso distributori automatici (Atto del Governo n. 162-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18 agosto 2015;
- il [Decreto Legislativo n. 128 del 2015](#), recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente (Atto del Governo n. 163-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18 agosto 2015;
- il Decreto Legislativo n. 147 del 2015, recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese (Atto del Governo n. 161-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 22 settembre 2015;
- il [Decreto Legislativo n. 156 del 2015](#), recante misure per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario (Atto del Governo n. A.G. 184-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 ottobre 2015;
- il [Decreto Legislativo n. 157 del 2015](#), recante misure per la revisione della disciplina dell'organizzazione delle agenzie fiscali (Atto del Governo n. A.G.181-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 ottobre 2015;
- il Decreto Legislativo n. 158 del 2015, riguardante la revisione del sistema sanzionatorio (Atto del Governo n. A.G. n. 183-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 ottobre 2015;
- il Decreto Legislativo n. 159 del 2015, recante misure per la semplificazione e razionalizzazione delle norme in materia di riscossione (Atto del Governo n. A.G. 185-[bis](#)), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 ottobre 2015;

Alcuni aspetti della legge delega sono rimasti in tutto o in parte inattuati sia per motivi di gettito che per motivi tecnici. In particolare, si è ritenuto di soprassedere dalla introduzione della cd. IRI (imposta sul reddito imprenditoriale), ossia del regime che si proponeva di allineare all'IRES il prelievo sugli utili delle imprese individuali e delle società di persone – in modo da rendere fiscalmente neutrale la scelta della veste giuridica dell'impresa<sup>2</sup> – così come non è stata realizzata la prevista riforma del catasto, se non per quanto attiene alla composizione ed al funzionamento delle commissioni censuarie<sup>3</sup>. Al contempo, è da segnalare che su alcune disposizioni introdotte dai decreti attuativi il legislatore è già intervenuto per apportare ulteriori integrazioni e modifiche. Con la legge di stabilità per il 2016<sup>4</sup>, ad esempio, sono state completamente riviste le disposizioni in tema di deducibilità dei costi relativi ad operazioni intercorse con controparti residenti in Paesi a regime fiscale privilegiato cd. di *black list*, i criteri di individuazione di tali Paesi, nonché la disciplina di imposizione per trasparenza dei redditi delle società controllate CFC<sup>5</sup>. Sempre a titolo esemplificativo, ricordiamo che la stessa legge di stabilità ha abrogato la disciplina in tema di raddoppio dei termini per l'accertamento in presenza di violazioni tributarie sanzionate penalmente, sostituendola con un allungamento generalizzato dei termini ordinari di decadenza dal potere di accertamento, destinato cioè a trovare applicazione sia nelle fattispecie in cui emergano ipotesi di reato tali da far scattare la *notitia criminis*, sia in quelle ordinarie di violazione degli obblighi dichiarativi<sup>6</sup>.

- il Decreto Legislativo n.160 del 2015, riguardante la stima e il monitoraggio dell'evasione fiscale e il monitoraggio e il riordino delle disposizioni in materia di erosione fiscale (Atto del Governo n. A.G. 182-*bis*), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 ottobre 2015.

<sup>2</sup> Più precisamente, l'IRI (imposta sul reddito imprenditoriale) era concepita come un'imposta con aliquota proporzionale allineata all'IRES da applicare in luogo dell'IRPEF, a seguito di opzione, sul reddito di impresa prodotto – anche in forma associata – dalle persone fisiche. Si prevedeva altresì che le somme prelevate dall'imprenditore e/o dai soci dovessero essere sottratte dalla base imponibile dell'IRI ed assoggettate ad IRPEF ordinaria al fine di favorire (indirettamente) il reinvestimento nell'impresa degli utili prodotti.

<sup>3</sup> La riforma del catasto è comunque auspicabile tenuto conto che l'aggiornamento a valori di mercato delle rendite catastali è una condizione irrinunciabile di equità del sistema impositivo.

<sup>4</sup> Legge n. 208 del 28 dicembre 2015 pubblicata nella Gazz. Uff. n. 302 del 30 dicembre 2015 S.O. n. 70/L.

<sup>5</sup> Cfr., in proposito, la circolare Assonime n. 17 del 2016.

<sup>6</sup> L'art. 1, commi 130-132, della legge n. 208 del 2015, in particolare, ha disposto che il termine ordinario per l'accertamento delle imposte sui redditi e dell'IVA sarà il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, in luogo del quarto anno. In caso di dichiarazione omessa il nuovo termine è fissato al 31 dicembre del settimo anno successivo a quello in cui si sarebbe dovuta presentare la dichiarazione, in luogo del quinto anno. La nuova disciplina opera per gli avvisi di accertamento relativi ai periodi di imposta 2016 e successivi, mentre per i periodi di imposta precedenti continua a trovare applicazione la disciplina previgente. Per un'analisi delle novità di tale disciplina e del rapporto con la nuova clausola antiabuso si fa rinvio al successivo cap. 5.

In questo quadro complessivo di innovazioni di così ampia portata, con la nostra circolare n. 10 del 2016 abbiamo fornito un primo commento alla nuova disciplina del *ruling* internazionale prendendo spunto dal provvedimento attuativo del nuovo art. 31 ter del d.p.r. n. 600 del 1973 (Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 21 marzo 2016, prot. n.2016/42295).

In questa sede intendiamo proseguire nell'analisi delle norme introdotte in attuazione della delega partendo dalla nuova disciplina definitoria e procedimentale in tema di abuso del diritto (art. 1 del D.L.vo n. 128 del 2015) in considerazione della centralità che questo argomento ha assunto nel dibattito teorico e nella prassi operativa. Successive circolari saranno dedicate alle ulteriori novità del D.L.vo n. 128 del 2015<sup>7</sup> nonché a quelle contenute negli altri decreti attuativi della legge n. 23 del 2014.

## **1. Considerazioni generali**

**1.1.** Per comprendere l'effettiva portata della nuova disciplina dell'abuso del diritto, *alias* elusione fiscale, e coglierne gli aspetti più significativi è il caso di compiere una breve ricognizione del contesto normativo ed interpretativo che su questa tematica si è sviluppato nel corso dei recenti anni<sup>8</sup>.

Preliminarmente va ricordato che, per opinione prevalente, con le locuzioni di "abuso del diritto" e/o "elusione fiscale" si indicano concetti sostanzialmente identici e, cioè, si allude a quei comportamenti del contribuente che, pur essendo formalmente rispondenti ad una determinata disciplina, diano luogo a benefici non previsti e che, probabilmente, non sarebbero stati riconosciuti qualora il legislatore li avesse presi in considerazione e regolamentati in modo espresso. Si tratta, cioè, di quelle fattispecie che si pongono sulla linea di confine tra la libertà di perseguire legittimamente le soluzioni più vantaggiose sul piano fiscale, come manifestazione della libertà di

<sup>7</sup> Il D.L.vo n. 128 del 2015 attua varie previsioni della legge delega ed, in particolare, l'art. 5 in merito alla definizione e disciplina dell'abuso del diritto e l'art. 6 nella parte relativa al nuovo istituto del cd. adempimento collaborativo. Peraltro, si segnala che il Direttore dell'Agenzia delle entrate ha adottato le prime disposizioni attuative della disciplina del cd. adempimento collaborativo con provvedimento del 14 aprile 2016 (prot. n. 54237/2016) che è stato oggetto di commento della nostra circolare n.14 del 2016.

<sup>8</sup> Per un più ampio *excursus* si vedano *ex multis* MAISTO G. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, in *Quaderni della Rivista di Diritto tributario* n. 4 del 2009 e la bibliografia ivi riportata; CARPENTIERI, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, I, 1053 e ss; CIPOLLINA, in *Giur.It.*, 2010, 1724 e ss; FEDELE, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, 1093 e ss.; VACCA, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, 1070 e ss.

iniziativa economica (art. 41 Cost.), e l'ipotesi in cui il contribuente, strumentalizzando le imperfezioni delle norme scritte ("zone grigie", lacune, o difetti di coordinamento), realizzi vantaggi che non sarebbe stato possibile ottenere laddove un determinato regime impositivo fosse stato disciplinato in modo più analitico e preciso<sup>9</sup>. Le due locuzioni utilizzate per indicare il medesimo fenomeno nascono da una diversa matrice storica, nel senso che la nozione di elusione in materia tributaria è presente nel nostro ordinamento da vari decenni e si è sviluppata attraverso l'adozione di apposite clausole di portata più o meno ampia aventi ad oggetto singole fattispecie, mentre l'abuso del diritto in materia tributaria è un concetto di derivazione comunitaria che si è affermato solo in tempi recenti su impulso della giurisprudenza, finendo per assumere una valenza generale.

Sempre in termini generali, inoltre, la dottrina è concorde su due aspetti di fondo.

In primo luogo, viene generalmente riconosciuto che l'elusione (*alias* abuso) è cosa diversa dall'evasione. L'elusione si risolve nell'aggiramento di una fattispecie impositiva più onerosa, *rectius* nella ricerca di una fattispecie impositiva più favorevole, in contrasto con la *ratio* di tale fattispecie, mentre l'evasione, nelle sue varie forme, consiste in un occultamento di materia imponibile in presenza di una fattispecie impositiva già perfezionatasi e, cioè, in una violazione di obblighi tributari già sorti. In questa logica, l'elusione va distinta anche dalla frode e dalla simulazione, che sono alcune delle possibili modalità con le quali si attua, per l'appunto, l'evasione e, cioè, l'occultamento di materia imponibile. Come efficacemente rilevato da più parti, la frode e la simulazione realizzano una "manipolazione della realtà", laddove l'abuso si attua, al più, attraverso un utilizzo strumentale delle fattispecie giuridiche<sup>10</sup>.

L'altro elemento di generale condivisione è che, in un ordinamento di *civil law* come il nostro, nel quale i diritti e gli obblighi (*rectius* le fattispecie e i loro effetti) sono regolati

<sup>9</sup> Sulla coincidenza di questi due concetti vi è per lo più unanimità di opinioni (cfr. BASILAVECCHIA, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2008, 742). In passato si è fatto notare che l'elusione così come codificata nell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 evocava l'aggiramento di norme diverse rispetto a quelle applicate mentre l'abuso sembrava riferirsi anche e soprattutto all'utilizzo indebito della disciplina invocata dal contribuente (Cfr. ZIZZO, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, in MAISTO G. (a cura di), *Quaderni della Rivista di Diritto tributario* n. 4 del 2009, 57 e ss). In ogni caso, in sede di attuazione della delega, abuso ed elusione vengono ricondotti ad una nozione unitaria e, quindi, alla medesima categoria concettuale.

<sup>10</sup> Il punto sarà meglio ripreso nell'analisi tecnica degli elementi costitutivi dell'abuso (cfr. il successivo par. 2). Ripetiamo invece che, per quanto concerne l'abuso e l'elusione, si tratta di espressioni che indicano ormai un fenomeno sostanzialmente identico sotto il profilo concettuale e in questo senso, nel prosieguo della trattazione, le due espressioni saranno utilizzate indifferentemente.



*ex ante*, l'abuso dovrebbe per sua natura svolgere una mera funzione di chiusura del sistema e collocarsi in un ambito di applicazione assai limitato.

Nonostante questa convergenza di opinioni, nel corso del tempo la materia dell'elusione e dell'abuso è stata fonte di crescenti dubbi e incertezze interpretative, oltre che di un numero sempre più elevato di controversie, per motivi di varia natura che vengono ben messi in evidenza nella relazione illustrativa allo schema di decreto. Merita brevemente ricordarli.

L'impostazione originaria, seguita dalla dottrina maggioritaria e recepita in passato dal legislatore, è stata quella di ritenere che nel nostro ordinamento non vi fosse spazio per affermare l'esistenza di un principio generale antiabuso. In base a questo approccio, il fenomeno dell'elusione è stato per lo più affrontato mediante l'introduzione di norme antielusive specifiche che prendevano in considerazione fattispecie tipiche e tassative. A ben vedere, rispondevano a questa logica anche le cd. disposizioni antielusive a carattere più generale coniate a partire dal 1990 nel settore delle imposte sui redditi. L'art. 10 della legge n. 408 del 1990, in particolare, pur contenendo una definizione di elusione basata sul conseguimento di *"vantaggi tributari ... senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta"*, si riferiva alle sole operazioni *"di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale"*. Questa disposizione, come è noto, fu poi sostituita dall'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 per porre rimedio alle diatribe connesse al peso specifico da attribuire al requisito della fraudolenza della condotta<sup>11</sup>. Anche l'art. 37 *bis*, tuttavia, da un lato si basava su una nozione di elusione a valenza potenzialmente "universale", identificandola nella condotta di chi ponesse in essere atti, fatti e negozi *"anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti"*. Dall'altro lato, si rivolgeva pur sempre ad una serie di operazioni tassativamente elencate, ancorchè, nel corso del tempo, il relativo elenco sia stato in più occasioni esteso ed ampliato<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Nella relazione illustrativa al D.L.vo n. 358 del 1997 si spiegava che *"le principali difficoltà del citato art. 10 legge 408 derivano comunque dall'avverbio "fraudolentemente" che, se interpretato nell'accezione penalistica del termine, svuota del tutto il contenuto della norma, dal momento che l'elusione avviene nel rispetto della normativa vigente, senza che il contribuente si sottragga agli obblighi di comunicazione e documentazione di volta in volta previsti (dichiarazione, emissione di documenti, loro conservazione etc.)"*.

<sup>12</sup> La logica sottostante alla scelta di colpire solo una serie di operazioni o fattispecie tipiche (fusioni, scissioni, conferimenti, valutazioni di valori mobiliari ecc.), era quella di preservare, quanto più possibile, la certezza del rapporto tributario, in ossequio al principio costituzionale di riserva di legge in materia tributaria (art. 23 Cost.).

Le disposizioni antielusive a vocazione generale avevano già dato luogo a non pochi problemi applicativi. In particolare, in vigenza dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 la dottrina era concorde nel ritenere che l'elemento qualificante della condotta elusiva fosse l'aggiramento delle norme impositive – e cioè il conseguimento di un risultato non coerente con la loro *ratio* – e che le valide ragioni economiche fossero da ricondurre a una mera circostanza esimente. L'Amministrazione finanziaria, per contro, nella difficoltà di individuare caso per caso la *ratio* delle norme "tradite", in molte occasioni aveva invocato la disciplina antielusiva limitandosi a contestare l'assenza di valide ragioni economiche e assumendo, dunque, come elemento cardine per l'accertamento dell'elusione quello dell'apprezzabilità o meno delle scelte compiute dal contribuente sotto il profilo gestionale.

Lo scenario si è ulteriormente complicato nell'ultimo decennio, durante il quale le prese di posizione della Corte di Cassazione in tema di abuso del diritto hanno determinato due ordini di conseguenze.

In primo luogo, la Cassazione è giunta ad affermare che nel nostro ordinamento il divieto di abuso in materia tributaria costituirebbe un principio di carattere generale suscettibile di operare anche al di là e a prescindere dalla disciplina antielusiva dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973<sup>13</sup> <sup>14</sup>. In tal modo la Cassazione ha superato

<sup>13</sup> La clausola dell'art. 37 *bis*, in quest'ottica, è stata qualificata come una mera specificazione del principio generale antiabuso e, dunque, sostanzialmente degradata a una disciplina di natura procedimentale.

<sup>14</sup> Per la verità, inizialmente, in alcune sentenze risalenti al 2005 e per lo più relative a fattispecie di *cd. dividend washing* e di *dividend stripping*, la Corte di Cassazione ha disconosciuto gli effetti prodotti da tali atti negoziali sancendone la nullità ai sensi dell'articolo 1418 cc. per carenza di causa (cfr. Cassazione n. 20398 del 2005; n. 22932 del 2005). Più in particolare, la Corte di legittimità ha ritenuto che la finalità di natura fiscale non potesse costituire un elemento causale sufficiente per la validità del contratto: ciò in base all'assunto secondo cui l'interesse in concreto perseguito attraverso lo schema negoziale dovrebbe essere necessariamente di natura economico imprenditoriale, con esclusione di ogni rilevanza del risparmio fiscale eventualmente conseguito.

Le motivazioni addotte dalla Suprema Corte avevano sollevato numerose perplessità. Sul piano civilistico si è obiettato, infatti, che le ragioni concretamente perseguite dalle parti fungono da motivi che sono influenti sulla validità ed efficacia dell'assetto contrattuale, salvo il caso dell'art. 1345 c.c. (motivo illecito determinante comune ad entrambe le parti). Senza contare che la causa negoziale non può sempre ricondursi ad uno *standard* di validità economico gestionale, dal momento che contratti perfettamente leciti possono essere legittimamente conclusi per ragioni non strettamente aziendalistiche, e tra l'altro, segnatamente, per evitare di dover sottostare a obblighi ovvero per motivi futili o impulsivi nonché per finalità di emulazione (cfr. STEVANATO, *Rass. Trib.* 2006. 309 e ss.). Altri autori hanno sottolineato che l'equiparazione della causa in concreto con l'interesse extrafiscale rischiava di risolversi in una petizione di principio alla luce del fatto che il risparmio d'imposta ha indubbiamente contenuto economico e, quindi, è oggettivamente idoneo a configurare quella concreta ragione attribuita dalle parti all'atto negoziale (CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam, Padova 2007, 236). Ciò è tanto più vero ove si consideri che anche il risparmio d'imposta eventualmente conseguito attraverso fattispecie

l'impostazione previgente che identificava l'elusione in presenza di una serie di fattispecie "a numero chiuso". Il fondamento di questa clausola generale antiabuso è stato in un primo momento individuato nell'analogo principio elaborato dalla Corte di giustizia a presidio delle finalità perseguite dalle direttive comunitarie (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Halifax* C-255/02); principio che veniva implicitamente esteso dalla Cassazione anche ai tributi non armonizzati, e, dunque, anche alle operazioni non contemplate nell'elenco dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973<sup>15</sup>. In un secondo momento, l'orientamento della Cassazione si è assestato nel far discendere il principio antiabuso per i tributi non armonizzati non solo e non tanto dal divieto di

evasive non influisce sulla validità civilistica degli atti negoziali, tenuto anche conto che in base all'art. 10, comma 2 della legge n. 212 del 2000 (cd. Statuto del contribuente), *"le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto"*. Infine, era stato anche osservato in dottrina che la tesi della Cassazione strideva apertamente con la disciplina dell'art. 14, comma 4, della legge n. 537 del 1993 secondo cui sono imponibili i *"proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale e amministrativo"*, nel senso che la rilevanza dei proventi di fonte illecita testimonierebbe che ai fini fiscali si attribuisce un ruolo centrale agli effetti economici dei negozi e non anche alla loro validità giuridica (cfr. ESCALAR, *Corr. Trib.* 2010, 1603 e ss.).

Pertanto, va evidenziato che nell'attuale contesto normativo la possibilità di sostenere che, nelle ipotesi di elusione (*alias* abuso), la fattispecie concreta non corrisponda a quella astratta allegando la nullità civilistica del negozio per difetto di causa sembra essere venuta meno per un motivo di carattere generale. L'assunto di fondo di questa tesi è che l'atto elusivo sia privo di una funzione economico-individuale apprezzabile – non essendo tale la mera finalità di conseguire un beneficio fiscale – e che, quindi, risulti privo di causa e di ogni effetto giuridico, anche ai fini fiscali.

Senonchè, al di là degli argomenti critici già svolti nei confronti della tesi della Cassazione di cui si è fin qui riferito, l'abuso del diritto in materia tributaria è da intendersi come una *species* della più ampia categoria logica del contratto in frode alla legge in base alla quale, come è noto, la causa del contratto, che è qualificata illecita quando contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume (art. 1343 c.c.), *"si reputa altresì illecita... quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa"* (art. 1344 c.c.). L'abuso e il contratto in frode alla legge sembrano perciò postulare che la causa del contratto coincida con il fine economico-sociale che l'ordinamento riconosce come meritevole di tutela, laddove, invece, il fine pratico individuale perseguito dalle parti opera sul piano dei motivi e può talora inficiare una causa negoziale tipica che di per sé sarebbe lecita (cfr., per tutti, PROSPERI in *Dir. e prat. trib.* 2012, I, 717 e ss.). Il corollario di questa ricostruzione è che l'atto abusivo non può ritenersi già privo di effetti per difetto di causa in quanto l'assenza di finalità pratiche extrafiscali non altera in alcun modo, di per sé, l'efficacia giuridica degli atti e dei negozi realizzati. Naturalmente, non intendiamo affermare che l'art. 1344 c.c. possa avere una diretta valenza antiabuso in materia tributaria – tema questo molto dibattuto e controverso – ma solo evidenziare che la logica della clausola antiabuso replica, in un certo qual modo, quella dell'art. 1344 c.c. dal quale si evince che l'abuso è cosa diversa dalla causa negoziale.

<sup>15</sup> Pur dando atto che l'abuso del diritto in materia tributaria trova emersione in norme specifiche in altri ordinamenti – come quello francese (art. 64, 64a e 64b del *Libres des procédures fiscales*) e tedesco (par. 42 del *Abgabeordnung*) – e nell'art. 9 del Commentario OCSE al modello di convenzione contro le doppie imposizioni, la Cassazione ha invocato fondamentalmente la giurisprudenza comunitaria maturata in tema di IVA. In particolare, nei casi decisi con sentenze del 21 febbraio 2006 (C-255/02 *Halifax*; C-223/03 *University of Huddesfield* e C-419/02 *Bufo Hospitals*) la Corte di Giustizia ha enunciato il principio secondo

abuso di fonte comunitaria, ma dal principio costituzionale di capacità contributiva (art. 53 Cost.)<sup>16</sup>.

In secondo luogo – per quanto qui interessa maggiormente – la Cassazione in più di una occasione ha avallato la tesi dell'Amministrazione finanziaria secondo cui l'abuso sarebbe un concetto, per così dire, "monodimensionale" incentrato sulla sola sussistenza o meno di adeguate ragioni extrafiscali. Mentre, infatti, in alcune pronunce si è dato atto della necessità di accertare l'aggiramento della *ratio* delle norme impositive, in molti altri casi il percorso argomentativo è stato semplificato con questo ragionamento: poiché l'imposizione, per regola costituzionale (art. 53 Cost.), deve

cui ricorre una pratica abusiva delle direttive in materia di IVA quando: 1) le operazioni nel loro insieme procurano un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito dalle disposizioni comunitarie; 2) risulti da un insieme di elementi obiettivi che lo scopo è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. L'abuso del diritto determina l'inapplicabilità delle norme invocate dal contribuente, posto che, in termini generali, ai fini dell'applicazione di una disciplina, è necessario che la condotta sia conforme non solo alla lettera ma anche alla sua *ratio*. La Cassazione, per lungo tempo, ha affermato che le elaborazioni della giurisprudenza comunitaria in parola dovessero avere portata generale. Più precisamente ha statuito che il divieto di abuso deve ritenersi operante anche al di fuori dei tributi armonizzati in quanto, pur essendo la materia dei tributi diretti attribuita alla competenza degli Stati membri, questi ultimi sono comunque tenuti al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. In quest'ottica il divieto di abuso del diritto nella scelta dei modelli organizzativi meno onerosi dal punto di vista fiscale, avendo ad oggetto l'esercizio di diritti fondamentali riconosciuti sul piano comunitario (come la libera circolazione dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento), sarebbe coesistente alle libertà fondamentali del Trattato UE, ed integrerebbe, pertanto, un principio generale dell'ordinamento comunitario

<sup>16</sup> Cfr. le sentenze della Cassazione SS.UU. 23 dicembre 2008 nn. 30055, 30056 e 30057. Secondo qualche commentatore il mutamento di prospettiva della Suprema Corte fu sollecitato dal fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE aveva nel frattempo negato la sussistenza di un principio generale antiabuso per il settore, non armonizzato, delle imposte dirette. In particolare, nella pronuncia C-321/05 *Kofoed* l'Alta Corte aveva escluso la possibilità di invocare il divieto di abuso del diritto in una ipotesi in cui il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla Direttiva CE 434/1990 – in tema di fusioni, scissioni conferimenti e scambi di azioni intracomunitari – aveva ommesso di trasporre nel proprio ordinamento la norma antielusiva specifica prevista da tale Direttiva.

Va anche dato conto di una pronuncia più recente (Cassazione n. 27082 del 2014) in cui la Cassazione, prendendo le distanze dalle SS.UU., ha affermato che il previgente art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 non costituirebbe espressione di un più generale principio antielusivo immanente nell'ordinamento, ma andrebbe considerato come una regola-limite per la stessa operatività dell'abuso nel settore delle imposte sui redditi. Si legge nella motivazione che *"nella materia delle 'imposte sui redditi' il Legislatore ha inteso .... 'tipizzare' la figura dell'abuso del diritto convogliandola su specifici elementi individuanti le fattispecie e su determinate operazioni negoziali, in assenza dei quali non sono configurabili (si ripete nella materia delle imposte sui redditi) altre ipotesi (atipiche) di pratiche abusive: l'intento legislativo è stato, infatti, quello di ridurre quanto più possibile, in una materia – quella dei tributi diretti – di particolare rilevanza fiscale e nella quale non operano vincoli comunitari, il margine di errore valutativo nell'attività di accertamento degli Uffici finanziari, avuto riguardo alla notevole elasticità dei margini interpretativi del fenomeno negoziale altrimenti consentita dalla stessa indeterminatezza della nozione di 'abuso del diritto' e degli elementi che lo caratterizzano"*.

colpire tendenzialmente in modo uguale le medesime manifestazioni di capacità contributiva, la condotta del contribuente che, *“in difetto di ragioni economicamente apprezzabili e tramite l'utilizzo distorto di strumenti giuridici”*, realizzi vantaggi fiscali sottraendosi alla disciplina impositiva altrimenti applicabile, dovrebbe ritenersi implicitamente vietata e, dunque, abusiva. L'approdo finale della Cassazione è stato, cioè, quello di sminuire la rilevanza dei profili di coerenza del risultato conseguito rispetto alle norme o ai principi di riferimento e di assumere, invece, che la scelta dell'alternativa fiscalmente più favorevole – fra quelle indicate dall'ordinamento – potesse essere di per sé considerata abusiva, a meno che il contribuente non fosse stato in grado di dimostrare che la sua scelta era supportata da valide ragioni economiche extrafiscali<sup>17</sup>.

La focalizzazione sui soli motivi extrafiscali ha avuto conseguenze di varia natura. In primo luogo, il sindacato sulle ragioni economiche è stato fatto valere come un duttile strumento per l'accertamento, finendo per essere utilizzato anche in fattispecie del tutto estranee all'elusione e all'abuso e, cioè, anche in casi tipici di frode o di simulazione. La disciplina antielusiva, in altri termini, ha trovato applicazione anche quando non si era in presenza di un uso strumentale di atti o operazioni, e dei regimi ad essi collegati, ma ad un nascondimento della materia imponibile con inganni o artifici. E questo perché si semplificavano non poco le argomentazioni da porre a supporto dell'accertamento. Ciò ha ingenerato nell'opinione comune, soprattutto dei 'non addetti ai lavori', il convincimento che questi istituti fossero molto simili o, comunque, attigui. In secondo luogo, questa impostazione, consentendo agli organi accertatori di incentrare la propria attenzione sui soli profili extrafiscali, ha ampliato a dismisura il potere di sindacato delle operazioni o degli atti gestionali. In particolare, mentre la verifica della

<sup>17</sup> In dottrina, in particolare, è stato fatto notare che l'abuso, in questa prospettiva, si risolverebbe nell'aggravamento del precetto fondamentale di equo riparto del carico impositivo racchiuso nell'art. 53 Cost. in base al quale fattispecie similari dal punto di vista economico dovrebbero subire il medesimo prelievo. In quest'ottica l'abuso dovrebbe ricondursi nel solco dei negozi in frode alla legge imperativa fiscale (Cfr. GALLO, *Rass. Trib.* 2015, 1315 e ss.; *In terminis*, FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Cedam 2015, 225 e ss; in *Riv.Dir. Trib.* 2010, 519 e ss.).

Secondo altri autori (Cfr. RUSSO, *Dir e prat. trib.* 1/2016, 10001 e ss.), invece, l'art. 53 Cost. non avrebbe natura precettiva, in quanto la selezione degli indici di capacità contributiva rilevanti ai fini fiscali - in virtù del principio di riserva di legge in materia tributaria (art. 23 Cost.) - è rimessa all'intervento del legislatore, con la conseguenza che la realizzazione di una fattispecie non presa in considerazione dal legislatore non integrerebbe né una fattispecie di evasione, né una fattispecie di abuso. Questa stessa dottrina giunge quindi a ravvisare il fondamento costituzionale dell'abuso non nell'art. 53 Cost. ma nell'art. 41 Cost. secondo cui la libertà di iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. L'abuso in quest'ottica sarebbe una condotta giuridicamente legittima ma contraria all'utilità sociale perché foriera di effetti distorsivi sul sistema economico.

corretta interpretazione delle norme si basa su regole predeterminate (cfr. l'art. 12 delle preleggi), l'analisi sulla validità delle scelte economiche non è sorretta né da criteri codificati, né da regole unanimemente condivise ed è, quindi, esposta alle valutazioni soggettive e ai *desiderata* di chi *pro tempore* le compia. Peraltro, il nostro ordinamento tributario è costellato dalla presenza di scelte alternative che, pure se sottoposte a regimi impositivi diversi, possono realizzare risultati economici analoghi o, comunque, equivalenti. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di realizzare una fusione di una società controllata in luogo della sua liquidazione, alla scissione in luogo di un conferimento, all'acquisizione di un bene in proprietà o in *leasing*, alla decisione di costituire all'estero una *subsidiary* ovvero una stabile organizzazione, ecc. Tutto ciò ha comportato la possibilità di censurare *ex post* l'assunzione di queste scelte alla luce di criteri non sempre oggettivi, né verificabili *a priori*, ed ha sostanzialmente messo in dubbio il primato del diritto scritto<sup>18</sup>. Per di più questa interpretazione ha ampliato la nozione di abuso fino a farla divenire una clausola generale di applicazione molto diffusa, quando invece l'abuso avrebbe dovuto configurarsi come una norma di chiusura e svolgere la stessa funzione che il contratto in frode alla legge (art.1344 c.c.) viene ad assumere ai fini civilistici, collocandosi nello spazio residuo non presidiato dalle altre forme di tutela giuridica previste per il contratto (nullità, annullabilità, ecc.)<sup>19</sup>.

A fronte della evoluzione che si è riscontrata sul versante interno, nel frattempo, a livello internazionale ed, in particolare, in ambito europeo, si è sollecitata l'adozione di una clausola antiabuso a valenza generale – riferita, cioè, anche ai tributi non armonizzati – sulla base di una nozione di abuso più precisa e circoscritta, che attribuisce un ruolo centrale non solo (e non tanto) all'assenza di una sostanza economica, ma anche al “tradimento” delle finalità delle norme scritte (cfr. in proposito la Raccomandazione della Commissione CE n. 2012/772/UE del 6.12.2012). Evidentemente, questa nozione di fonte comunitaria non era conciliabile con quella

<sup>18</sup> Il fatto che i precedenti giurisprudenziali in tema di abuso siano relativamente pochi rispetto alla massa degli accertamenti di per sé non è indicativo, dal momento che in molti casi il sindacato antiabuso in chiave economica è stato comunque il criterio guida di molte contestazioni poi definite dai contribuenti in via stragiudiziale per evitare ulteriori conseguenze pregiudizievoli (in termini di sanzioni, di danno reputazionale per l'impresa, ecc.).

<sup>19</sup> Sull'espansione incontrollata delle possibili fattispecie di abuso, si è anche innestata un'altra problematica che riprenderemo in seguito, e, cioè, quella della applicabilità o meno delle sanzioni, anche penali, in presenza di operazioni ritenute abusive. Anche su questo aspetto la giurisprudenza della Cassazione ha assunto una posizione divergente rispetto a quella della dottrina, giungendo talora ad equiparare sotto il profilo sanzionatorio, anche penale, l'elusione all'evasione (cfr., tra le altre pronunce: Cassazione n. 7739 del 2012, n. 19100 del 3 maggio 2013 e n. 33187 del 31 luglio 2013).



“monodimensionale”, basata principalmente sulle ragioni economiche, emersa nel nostro Paese.

**1.2.** Tutti questi elementi hanno reso necessario un intervento del legislatore la cui finalità è proprio quella di ripristinare un livello minimo di prevedibilità degli effetti delle scelte compiute dal contribuente come presupposto indefettibile per migliorare la trasparenza e la competitività del sistema fiscale italiano.

In coerenza con questa finalità, il nuovo art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000 fornisce una **nozione più oggettiva di abuso**, corredandola di una serie di garanzie e di tutele sia di ordine sostanziale che di ordine procedimentale.

In estrema sintesi, in base alla nuova definizione, *“configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*. Nel rinviare per gli opportuni approfondimenti all’analisi tecnica che verrà svolta nel successivo par. 2, notiamo subito che la nozione di abuso, stando alla relazione illustrativa al decreto<sup>20</sup>, poggia su tre presupposti: l’assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate, la realizzazione – attraverso queste operazioni – di un vantaggio fiscale indebito, ossia in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento, e la circostanza che il vantaggio in questione costituisca l’effetto essenziale dell’operazione.

Sul piano sistematico la nuova disciplina si caratterizza per due profili di **novità**. Da una parte viene riconosciuto che il divieto di abuso è un istituto unitario a **valenza generale**, il cui ambito di applicazione si estende trasversalmente a tutti i tributi – diretti e indiretti, armonizzati e non – ed alla generalità delle fattispecie. Viene quindi superato l’approccio preesistente che si basava sull’individuazione casistica e/o per categorie di operazioni delle fattispecie elusive. Questa valenza generalizzata della nuova disciplina è coerente non solo con i criteri direttivi della legge delega, ma anche con

<sup>20</sup> Nella relazione illustrativa letteralmente si osserva: *“la previsione individua, quindi, i tre presupposti per l’esistenza dell’abuso: l’assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate, la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito e la circostanza che il vantaggio è l’effetto essenziale dell’operazione”*.

l'evoluzione giurisprudenziale<sup>21</sup>, come pure con gli orientamenti e gli sviluppi più recenti emersi in sede comunitaria<sup>22</sup>.

Dall'altra parte, la novità di maggior rilievo riguarda la **nozione** stessa di **abuso** che richiede la necessaria coesistenza di una pluralità di elementi costitutivi, in netta discontinuità con la nozione "monodimensionale" di abuso che nei fatti è stata applicata nel recente passato. Nell'ambito della nozione, spicca, in particolare, l'enfasi posta dalla nuova disciplina sul carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito. Per poter configurare l'abuso, cioè, occorre necessariamente verificare – come accennato – che il beneficio conseguito risulti incompatibile con la *ratio* delle norme o dei principi dell'ordinamento. Chiarisce in proposito la relazione illustrativa al decreto che *"deve sussistere, quindi, la violazione della ratio delle norme o dei principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, di quelli della disciplina tributaria in cui sono collocati gli obblighi o divieti elusi. Ciò permette, in particolare, di calibrare in modo adeguato l'ipotesi di abuso in ragione dei differenti principi che sono alla base dei tributi non applicati, fermo restando che, come si è detto, la ricerca della ratio e la dimostrazione della violazione di essa deve costituire il presupposto oggettivo imprescindibile per distinguere il perseguimento del legittimo risparmio d'imposta dall'elusione"*.

Naturalmente, il buon esito della nozione di abuso codificata dal legislatore dipende molto dalla sensibilità che verrà riservata a questo aspetto da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli organi giurisdizionali. In effetti anche l'art. 37 bis del d.p.r. n. 600 del 1973, nelle intenzioni del legislatore, *"doveva servire a censurare quei comportamenti che pur non violando alcuna norma scritta 'pescano' nelle pieghe dell'ordinamento, nelle sue lacune o imperfezioni, ottenendo vantaggi contrari alla ratio delle norme scritte"* (cfr. la relazione illustrativa al D.L.vo n. 128 del 2015). Tuttavia, come già ricordato, questo aspetto è stato sottovalutato e il sindacato delle ragioni economiche dell'operazione ha prevalso sulla ricerca della *ratio* violata. E' quindi auspicabile che la novella legislativa sia questa volta accompagnata da un reale cambiamento culturale da parte dei soggetti che sono chiamati, a vario titolo, a farne applicazione<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> La Cassazione, come già ricordato, aveva affermato che il divieto di abuso rispondeva ad un principio immanente dell'ordinamento di carattere generale e la nuova disciplina conferma certamente questa trasversalità dell'abuso rispetto a tutti i tributi.

<sup>22</sup> Si consideri, al riguardo, che il divieto di abuso del diritto è stato inserito anche nell'art. 54 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (cd. Carta di Nizza) ed è quindi divenuto principio generale del diritto comunitario. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1.12.2009), infatti, la Carta ha acquistato lo stesso valore giuridico dei Trattati.



Prima di entrare nel merito delle specificità della nuova definizione di abuso e delle altre disposizioni dell'art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000, il quadro delle considerazioni di carattere generale va completato con qualche ulteriore notazione.

Come già accennato, la **nuova disciplina antiabuso** ha carattere generale e riguarda tutti i **tributi**, sia quelli **armonizzati** che quelli **non armonizzati**. Questa caratteristica della norma ha suscitato qualche rilievo critico. In particolare, è stato osservato che, per quanto attiene ai tributi ammortizzati, l'introduzione di una clausola generale antiabuso nell'ordinamento interno sarebbe superflua in quanto, in virtù della preminenza del diritto comunitario, si sarebbe comunque resa operante la clausola generale antiabuso così come risultante dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>24</sup>. Va tuttavia osservato che l'aver delineato una nozione interna di abuso così ampia e trasversale ha una implicazione positiva di non poco conto. Dovendo rispettare l'unitarietà della nozione interna, infatti, le eventuali future evoluzioni del concetto di abuso in sede UE richiederanno un adeguamento della norma interna e avranno ricadute sull'intera materia, assicurando uno sviluppo coerente della disciplina antiabuso anche per i tributi non armonizzati<sup>25</sup>. Al di là di questo aspetto, comunque, è

<sup>23</sup> Anche la relazione illustrativa al D.L.vo n. 358 del 1997 rimarcava l'esigenza di una maturazione sul piano culturale osservando che *"nell'esercizio della delega si sono affrontati i principali inconvenienti riscontrati nell'art.10 della legge 408/1990, in alcuni anni di esperienze pratiche e di analisi giuridiche. Questo miglioramento non assicura automaticamente quella sensibilità applicativa che è indispensabile perché la norma antielusiva non diventi un'intollerabile fonte di incertezza del diritto, ma ne pone almeno le premesse"*.

<sup>24</sup> Per la verità, la critica è superata dal fatto che la recente Direttiva CEE n. 2016/1164 del 12.7.2016 contempla l'obbligo di introduzione di una norma antielusiva di carattere generale concepita come *standard* minimo di riferimento per le legislazioni degli Stati membri.

<sup>25</sup> Più in particolare, è stato messo in rilievo che il problema della compatibilità con l'ordinamento comunitario si pone sotto un duplice profilo. Da una parte, sul tema dell'abuso, si può verificare una evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia anche se si dovrebbe per lo più trattare di una migliore messa a fuoco del concetto, attraverso una analisi dei singoli casi di abuso, e non di un suo stravolgimento. Dall'altra parte non si può escludere che possano esservi delle novità anche sul piano normativo.

Ad esempio la Direttiva UE 2015/121 che modifica la Direttiva madri-figlie sui dividendi, ha abbandonato il concetto di costruzione artificiosa contenuto nella raccomandazione della Commissione Europea n. 2012/772/UE del 6.12.2012 sostituendolo con quello di costruzione *"non genuina"*, intendendo per tale una costruzione *"che non è stata posta in essere per valide ragioni economiche che riflettono la realtà economica"* (cfr. art. 1 della Direttiva UE 2015/121). In questo senso si muove anche la Proposta di direttiva antiabuso del 28 gennaio 2016 (COM 2016/26 *final*) della Commissione europea che all'art. 7 contempla una clausola antiabuso di carattere generale così configurata: *"1) Le costruzioni non genuine o una serie di costruzioni non genuine poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o le finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero state altrimenti applicate sono ignorate ai fini del calcolo dell'imposta sulle società dovuta. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte. 2) Ai fini del paragrafo 1 una costruzione o una serie di costruzioni è*

un dato di fatto che la scelta di riferire la nuova disciplina antiabuso alla generalità dei tributi era stata già compiuta dalla stessa legge delega n. 23 del 2014 che demandava, per l'appunto, al governo di *"attuare...la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto"*, sollecitandolo, perciò, ad introdurre nell'ordinamento interno una clausola di carattere generale.

In coerenza con l'obiettivo di definire una nozione unitaria di abuso, il legislatore delegato ha ritenuto di inserire la **nuova disciplina antiabuso** nel contesto della legge n. 212 del 2000 (cd. **Statuto del contribuente**). Questa collocazione non è casuale ed intende proprio attribuire alla nuova disciplina una valenza particolare. Per quanto dal punto di vista formale la legge n. 212 del 2000 abbia la stessa efficacia delle altre norme introdotte con legge ordinaria (o con strumenti legislativi equivalenti), infatti, è indubbio che in sede applicativa le disposizioni dello Statuto sono destinate ad essere considerate norme di carattere generale di diretta attuazione dei principi costituzionali e che previsioni normative da esse eventualmente divergenti costituiscono deroghe da interpretare in senso restrittivo<sup>26</sup>.

*considerata non genuina nella misura in cui non è stata posta in essere per valide ragioni commerciali che riflettono la realtà economica .3) Quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata con riferimento alla sostanza economica in conformità al diritto nazionale".* La proposta è poi confluita nell'art. 6 della Direttiva CEE n. 2016/1164 del 12.7.2016 che, pur apportando qualche modifica al testo originario, ha confermato il riferimento alla costruzione *"non genuina"*: *"1 Ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte. 2. Ai fini del paragrafo 1, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica. 3. Quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata in conformità del diritto nazionale"* (cfr. anche la successiva nota 41).

Nel caso specifico, come vedremo meglio in seguito, la clausola antiabuso dell'art. 10 *bis* consente di cogliere anche questo aspetto: appare adeguata, cioè, alle indicazioni provenienti da entrambe queste direttive. Ad ogni buon conto, laddove ci fossero, in futuro, ulteriori novità normative di rango comunitario in tema di abuso del diritto, esse comporteranno, comunque, una necessaria verifica di coerenza ed un eventuale adeguamento della disciplina interna. Cogliamo l'occasione per ricordare, peraltro, che la Direttiva UE 2015/121, entrata in vigore il 17.2.2015, è stata attuata con la recente legge n. 122 del 7.7.2016. La Direttiva UE 2016/1164 del 12.7.2016 dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 31.12.2018.

<sup>26</sup> L'inserimento della disciplina antiabuso nell'ambito dello Statuto del contribuente fornisce importanti indicazioni anche in merito alla sua natura.

Come è noto, con riguardo al previgente art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 si discuteva se la disciplina antielusiva dovesse intendersi *in toto* alla stregua di una norma di tipo procedimentale, destinata ad essere applicata unicamente dall'Amministrazione finanziaria in sede di accertamento, ovvero come una regola sostanziale di determinazione dell'imponibile rivolta ai contribuenti (cfr. su questo argomento

L'inclusione della nuova disciplina antiabuso nello Statuto del contribuente ha una valenza anche ai fini di un'altra tematica di non poco interesse per gli interpreti e gli operatori e che attiene al suo **perimetro applicativo**. Ci si era domandati, in particolare, se il divieto di abuso dovesse avere un ambito di estensione riferibile alla generalità dei tributi, ossia a tutte le forme di prelievo coattivo da parte di un ente pubblico a titolo di **imposte, tasse e contributi** – con esclusione dei corrispettivi di servizi pubblici – ovvero solo al sottoinsieme dei tributi che – secondo una parte della dottrina e l'indirizzo della stessa Corte Costituzionale – ricadono nel dominio applicativo dell'art. 53 Cost., e cioè alle sole **imposte**<sup>27</sup>. Il quesito dovrebbe essere risolto dando risalto al fatto che la nuova disciplina antiabuso, per motivi di coerenza sistematica, non può che avere il medesimo ambito applicativo del *corpus* normativo di cui è divenuto parte integrante. Si dovrebbe perciò ritenere che il nuovo art. 10 *bis* abbia un ambito di applicazione coincidente con la **generalità dei tributi** erariali e locali, così come avviene per le altre disposizioni dello Statuto del contribuente<sup>28</sup>.

GALLO, in *Rass. Trib.* 2001, 321 e ss; BEGHIN, in *Boll trib.* 2015, 805 e ss). Con la collocazione della disciplina antiabuso nello Statuto del contribuente il legislatore ha inteso evidentemente attribuire a tale disciplina una valenza sostanziale e non procedimentale, con particolare riguardo alla sua nozione ed agli effetti che ne conseguono (*Contra* BEGHIN, *Il fisco* 2015, 2207 e ss. secondo cui la clausola antiabuso sarebbe ancor oggi rivolta alla sola Amministrazione finanziaria).

Tuttavia, rimane aperto il problema di fondo già sollevato dai sostenitori della natura procedimentale dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973. La questione che si pone, e che non è stata risolta dal legislatore delegato, riguarda le modalità con le quali il contribuente possa applicare unilateralmente la clausola antiabuso e disconoscere gli effetti delle operazioni che ha posto in essere dichiarando un imponibile ricostruito in base ad una diversa fattispecie non abusiva. A ben vedere, però, si tratta di una questione che, nella maggior parte dei casi – e salvo eccezioni che pure possono verificarsi (es. cambio del *management*, mutamento di prospettive e di sensibilità) – andrebbe risolta sul piano pratico, dal momento che la verifica da parte del contribuente dei presupposti per l'applicazione della disciplina antiabuso, normalmente, opera "a monte" rispetto alla dichiarazione dell'imponibile. In altri termini, il contribuente che abbia percezione della natura abusiva di una operazione, verosimilmente, si asterrà dal porla in essere, mentre è difficile pensare che lo stesso contribuente, pur avendo cognizione della elusività della propria condotta e della prospettiva che possa risultare inopponibile nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, la realizzi per poi disconoscerla *ex post* in dichiarazione. D'altra parte, se effettivamente il contribuente si trova nell'incertezza di stabilire se l'operazione programmata possa essere o meno disconosciuta in quanto ritenuta abusiva può proporre istanza di interpello per conoscere preventivamente il parere dell'Amministrazione finanziaria. Il tema sarà ripreso oltre nel par. 4.

<sup>27</sup> La tesi affermata presso la Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 30 del 1964 e n. 23 del 1968) è che l'art. 53 Cost. si rivolgerebbe alle obbligazioni tributarie con *ratio* solidaristica e funzione redistributiva e, quindi, alle sole imposte, in cui l'individuo è chiamato a contribuire alle spese pubbliche in ragione di una manifestazione di capacità contributiva a lui riferibile, a prescindere da una qualunque prestazione svolta dall'ente impositore nei suoi confronti.

<sup>28</sup> Dovrebbe perciò tenersi conto anche delle tasse, ossia dei prestazioni dovute *ex lege* in relazione alla fruizione di un servizio pubblico o di una attività pubblica (amministrativa o giurisdizionale) e dei contributi, che, secondo la dottrina tradizionale sono quei tributi che hanno come presupposto l'arricchimento derivante dall'esecuzione di una opera pubblica. Sono, invece, da escludere le entrate non riconducibili

Al di là di quanto appena osservato, non vi è dubbio che la generalità della clausola antiabuso pone, comunque, un problema di **coordinamento** interpretativo, in considerazione del fatto che mentre l'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 è stato formalmente abrogato, altre norme, cui veniva attribuita una valenza antielusiva e che sono caratterizzate da una struttura difforme rispetto a quella dell'art. 10 *bis*, non sono state soppresse.

Un tema di questo tipo si è posto innanzitutto con riguardo alla disciplina dell'art. **27 bis, comma 5**, del d.p.r. n. 600 del 1973 ai sensi del quale il beneficio della detassazione dei dividendi in uscita (in attuazione della Direttiva madri figlie) poteva essere riconosciuto anche nei confronti delle società comunitarie che fossero soggette al controllo – direttamente o indirettamente – di soggetti extracomunitari *“a condizione che”* dimostrassero *“di non detenere la partecipazione allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime”* in questione<sup>29</sup>.

In termini generali, sul piano dei contenuti la norma in questione poteva ritenersi conciliabile con l'art. 10 *bis*, nonché con la clausola antiabuso contemplata dalla Direttiva UE 121/2015 (che ha modificato la Direttiva madri-figlie sui dividendi) – e che, a sua volta, è sostanzialmente conforme all'art.10 *bis* – sempreché si convenisse che la sua applicazione dovesse intendersi comunque subordinata all'effettiva sussistenza di un vantaggio conseguito dal soggetto extracomunitario in contrasto con la disciplina di fonte comunitaria<sup>30</sup>, nonché alla presenza di elementi che riflettessero la non genuinità del ricorso alla *subholding* europea<sup>31</sup>. Meno chiara era invece la compatibilità di questa disposizione con la nuova disciplina antiabuso sul piano procedimentale, dal momento che la scelta di porre integralmente l'onere della prova a carico del contribuente sembrava poco coerente con il principio di proporzionalità e con

---

alla nozione di tributo e cioè i corrispettivi di prestazioni rese da enti pubblici ma regolate da norme di diritto privato (cd. canoni e tariffe).

L'ampiezza oggettiva della nuova clausola antiabuso comporta, naturalmente, che la sua applicazione sarà affidata a vari ed eterogenei enti impositori, in funzione dei tributi di rispettiva competenza.

<sup>29</sup> Questa disposizione si configurava come una norma antielusiva speciale volta a prevenire l'indebita fruizione dei benefici della Direttiva, da parte di soggetti extra comunitari, tramite il ricorso a società cd. *conduit*, insediate in uno Stato membro, ossia tramite società costituite per incassare i dividendi in uscita dall'Italia per poi ritrasmetterli, sulla base di una convenzione contro le doppie imposizioni più favorevole, al socio extra comunitario.

<sup>30</sup> Ad esempio, non vi è un vantaggio effettivo se i dividendi incassati dalla *subholding* europea non vengano rimpatriati in favore del socio extraeuropeo, ma siano reinvestiti dalla stessa *subholding* presso altre consociate residenti in altri Stati Membri della UE.

<sup>31</sup> La non genuinità può eventualmente riguardare il trasferimento della titolarità delle azioni alla *subholding*, che può non rispecchiare l'effettiva realtà economica (cfr. il considerando n. 8 della Direttiva UE n. 121/2015), o il fatto che la *subholding* si possa configurare come costruzione artificiosa.

l'impostazione seguita sia dall'art. 10 *bis* che dalla stessa Direttiva UE 121/2015, tenuto conto che entrambe le disposizioni prevedono invece che la condotta abusiva debba essere disconosciuta su iniziativa e con onere della prova a carico dell'Amministrazione finanziaria<sup>32 33</sup>.

La questione è stata però nel frattempo superata in via legislativa. L'art. 26 della legge n. 122 del 7.7.2016 (cd. legge europea 2015-2016), nel recepire come accennato (cfr. la nota 25) la Direttiva UE 121/2015 più volte citata, ha sostituito il comma 5 dell'art. 27 *bis* con la seguente formulazione: *"La direttiva (UE) 2015/121 del Consiglio del 27 gennaio 2015 è attuata dall'ordinamento nazionale mediante l'applicazione dell'art. 10 bis della legge 27 luglio 2000 n. 212"*. Le modifiche apportate si applicano ai dividendi erogati a partire dal 1° gennaio 2016. In pratica, il legislatore ha abrogato la previgente disciplina antielusiva specifica, ritenendola assorbita dalla diretta applicazione della clausola antiabuso generale dell'art. 10 *bis* e, in tal modo, ha fatto venir meno ogni problema di coordinamento<sup>34</sup>.

Altra norma tuttora in vigore e di difficile coordinamento con la nuova clausola antiabuso è l'**art. 20 del d.p.r. n. 131 del 1986**, in materia di tributo di registro, in base al quale *"l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente"*. Questa disposizione è stata oggetto negli ultimi anni di interpretazioni non univoche della giurisprudenza, dando luogo a un vivace dibattito dottrinario. In estrema sintesi, secondo una prima tesi, si tratterebbe di una

<sup>32</sup> Nei considerando nn. 6 e 7 della Direttiva 121/2015, si legge: " 6. È opportuno che l'applicazione di norme antiabuso sia proporzionata e sia funzionale allo scopo specifico di combattere una costruzione o una serie di costruzioni che non è genuina, vale a dire che non rispecchia la realtà economica. 7. A tal fine, nel valutare se una costruzione o una serie di costruzioni sia abusiva, è opportuno che le amministrazioni fiscali degli Stati membri intraprendano un'analisi obiettiva di tutti i fatti e le circostanze pertinenti".

<sup>33</sup> Va anche evidenziato che l'art. 27 *bis*, comma 5, richiamava l'art. 11, commi 12 e 13, della legge n. 413 del 1991 che riguardavano, rispettivamente, l'onere per l'Amministrazione di instaurare un contraddittorio preventivo all'accertamento e la facoltà per il contribuente di presentare apposita istanza di interpello ai sensi dell'art. 21 della legge n. 413 del 1991 (cd. interpello antielusivo). L'art. 11, comma 13, della legge n. 413 del 1991 era stato tuttavia abrogato dall'art. 7, comma 6, del D.L.vo n.156 del 2015. Non era chiaro, pertanto, fino alle recenti innovazioni normative, se l'eventuale interpello preventivo dovesse essere presentato con le modalità dell'attuale interpello antiabuso (art. 11, comma 1, lett. c) della legge n. 212 del 2000), ovvero con quelle dell'interpello disapplicativo delle norme antielusive specifiche (art. 11, comma 2, della legge n. 212 del 2000).

<sup>34</sup> Il fatto che l'attuazione della Direttiva n. 121 del 2015 sia avvenuta con il mero richiamo all'art. 10 *bis* è particolarmente significativo. Si tratta infatti del riconoscimento esplicito che la clausola dell'art. 10 *bis* è conforme al modello previsto dalla Direttiva e che essa è in grado di operare anche in relazione a fattispecie transnazionali che siano disciplinate da norme interne (cfr. quanto detto oltre nel testo).

disposizione che richiede di assoggettare al tributo di registro gli atti in base al loro effettivo contenuto giuridico, imponendo cioè di verificare se la qualificazione attribuita dalle parti è corretta in base agli effetti giuridici che l'atto stesso produce. Secondo altra tesi, sostenuta anche dalla Cassazione, l'art. 20 avrebbe una valenza antielusiva e il riferimento all'intrinseca natura dell'atto legittimerebbe un sindacato da esperirsi non solo in chiave giuridica, ma anche dal punto di vista degli effetti economici delle operazioni poste in essere dai contribuenti <sup>35</sup>.

Ciò posto, il fatto che la nuova disciplina antielusiva sia stata concepita come norma a carattere generale, dovrebbe essere, a nostro avviso, un elemento significativo per cogliere l'effettiva portata che oggi occorre assegnare all'art. 20 del d.p.r. n. 131 del 1986. Poiché non è plausibile che il legislatore abbia voluto far coesistere nel nostro

<sup>35</sup> Più precisamente, la prima ricostruzione fa leva sul fatto che l'art. 20 del d.p.r. n. 131 del 1986, anche in considerazione della evoluzione che la norma ha subito nel tempo, dovrebbe operare nel rispetto dei principi generali in tema di imposte d'atto. In quest'ottica, ai fini dell'applicazione del tributo, la natura dell'atto presentato per la registrazione andrebbe accertata solo in base alle sue clausole, senza possibilità di interpretare l'atto in funzione di elementi – compresi quelli che derivano dalla stipula di altri atti – che esulano dal suo contenuto e dagli effetti giuridici che direttamente ne scaturiscono.

Questa tesi è stata sostanzialmente accolta da buona parte della giurisprudenza di merito, ma non è stata ritenuta fondata dalla Corte di Cassazione. La Corte di legittimità, infatti, si è espressa in diverse occasioni nel senso che l'art. 20 avrebbe un ambito di applicazione più ampio in quanto consentirebbe agli uffici di andare oltre l'individuazione della natura e degli effetti del singolo atto presentato per la registrazione e di applicare l'imposta di registro e le altre imposte dello stesso tipo – in particolare le imposte ipotecarie e catastali – sulla base di valutazioni che tengono conto anche di altri atti posti in essere tra le stesse parti o anche con parti diverse, dando rilievo agli effetti derivanti dalla loro combinazione. Tale orientamento, in sostanza, considera la norma contenuta nell'art. 20 *“un criterio di qualificazione autonomo, rispetto alle ordinarie ipotesi interpretative civilistiche, che impone di tener conto, nella qualificazione del negozio, della sua causa reale e degli interessi effettivamente perseguiti dai contraenti, anche qualora siano stati stipulati, pur in tempi diversi, più atti”* (cfr. la sentenza n. 16345 del 28 giugno 2013). Il presupposto logico di questa conclusione è stato desunto dall'asserita funzione antielusiva della norma; funzione che permetterebbe *“la tangibilità, sul piano fiscale, delle forme negoziali”* e, quindi, di dare preminente rilevanza alla causa reale del negozio, piuttosto che all'assetto cartolare.

La stessa Corte di Cassazione peraltro, pur confermando la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di applicare le imposte d'atto sulla base degli effetti derivanti dalla combinazione di diversi atti, talora ha negato che l'art. 20 sia una disposizione antielusiva, ritenendo, piuttosto, che tale norma *“interviene a delineare positivamente l'ambito oggettivo del rapporto giuridico tributario di riferimento, con specifica opzione per i contenuti sostanziali degli atti registrati rispetto ai relativi profili meramente cartolari”* (Cfr. la sentenza n. 15319 del 19 giugno 2013). Pertanto, la disposizione avrebbe natura diversa da quella propria di disposizioni chiaramente antielusive, quali l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600. Questa impostazione legittimerebbe l'attività accertativa degli uffici prescindendo addirittura dal rispetto di principi ritenuti operanti anche con riferimento all'art. 37-bis, quali la necessità di un contraddittorio e la ricorrenza degli elementi costitutivi della condotta elusiva. Anche questo orientamento ha formato oggetto di critiche da parte della dottrina perché si risolverebbe in una riqualificazione degli atti prescindendo da una loro interpretazione oggettiva e, dunque, secondo un procedimento logico che, invece – almeno nella fattispecie oggetto della sentenza – sarebbe di per sé comunque riconducibile all'abuso del diritto.



ordinamento due diverse nozioni di abuso – e cioè che, in deroga a quanto stabilito dal nuovo art. 10 *bis* della legge n. 212/2000, una operazione possa essere disconosciuta e/o riqualificata ai soli fini del tributo di registro in base ad un mero apprezzamento delle sue ragioni economiche – sembra logico concludere che l'art. 20 del d.p.r. n. 131 del 1986 sia stato mantenuto in vita soltanto perché si è ritenuto evidentemente che questa norma fosse del tutto estranea alla finalità di colpire le fattispecie di abuso. In altri termini, nell'attuale contesto normativo, motivi di coerenza logico sistematica indurrebbero a ritenere che l'art. 20 conservi la sola funzione di ribadire che l'imposta di registro vada applicata secondo la corretta interpretazione degli atti negoziali in base ai canoni giuridici, così come da sempre sostenuto dalla dottrina prevalente<sup>36</sup>.

Sempre per quanto attiene all'ambito di applicazione della nuova disciplina antiabuso occorre domandarsi se essa possa o meno trovare applicazione in presenza di **operazioni abusive a carattere transnazionale**. Ci riferiamo, cioè, alle operazioni che interessano soggetti residenti in Stati diversi e che tendono a sfruttare le asimmetrie nelle qualificazioni e/o nel trattamento fiscale della medesima fattispecie da parte dei singoli ordinamenti, traendo vantaggio da tali asimmetrie. In effetti, la nozione interna di abuso così come risultante dal D.L.vo n. 128 del 2015 non appare di per sé del tutto idonea a contrastare il fenomeno dell'abuso realizzato attraverso l'arbitraggio tra regimi di Stati diversi e sembra piuttosto rivolgersi ai soli vantaggi tributari che possono ritenersi indebiti in base all'ordinamento nazionale. Ciò si desume dal fatto che l'abuso, per poter essere accertato, richiede la presenza di un sistema normativo basato su regole e principi condivisi che possa fungere da *benchmark* per la verifica della legittimità del risultato conseguito, cosa che ancora manca in ambito transnazionale. Naturalmente, pare logico che la clausola antiabuso possa essere invocata con riguardo a quelle discipline di fonte internazionale che sono state già recepite con

<sup>36</sup> Peraltro, la stessa Cassazione, nella recente sentenza n. 9582 del 2016, sembra condividere la premessa secondo cui l'art. 20 del d.p.r. n. 131 del 1986 non avrebbe una funzione antiabuso in considerazione del fatto che la materia sarebbe oggi regolata dall'art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000. Al contempo, però, la Suprema Corte si esprime nel senso che l'art. 20 consentirebbe di operare una (ri)qualificazione degli atti in ragione degli effetti oggettivamente prodottisi in esito ad una sequenza negoziale. In particolare, in base all'art. 20, sarebbe possibile qualificare come cessione diretta di beni il loro conferimento in una società e la successiva cessione della partecipazione, in quanto atti combinati idonei a realizzare oggettivamente gli stessi effetti, per l'appunto, della vendita diretta dei beni seguita dal loro conferimento in una *newco* ascrivibile piuttosto al cessionario (ancorché formalmente posta in essere dal cedente). Questa tesi, tuttavia, come vedremo meglio in seguito (cfr. il par. 2.2.1), non ci sembra conciliabile con gli ordinari criteri ermeneutici dei negozi collegati e si risolve perciò – di fatto – in un'applicazione dell'art. 20 che, nel travalicare l'interpretazione degli atti per il loro contenuto giuridico, si muove chiaramente in una logica antiabuso, ossia proprio nella logica che la stessa Cassazione nega possa essere attribuita all'art. 20.

apposite norme dell'ordinamento interno. E' questo il caso, ad esempio, delle disposizioni che danno attuazione alle Direttive comunitarie in materia di dividendi<sup>37</sup>, interessi e *royalties* e, ancora, in tema di operazioni di riorganizzazione aziendale transfrontaliera. Tutti regimi questi che assumono ad ogni effetto valenza di discipline interne al nostro ordinamento, ancorchè armonizzate con quelle degli altri Stati membri della UE. Analogo ragionamento potrebbe essere svolto anche per quanto attiene alle leggi di esecuzione e ratifica delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni – ancorchè in questi casi la legge in questione abbia solo un contenuto formale – dal momento che la stipula delle Convenzioni presuppone una condivisione delle regole di ripartizione della rispettiva potestà impositiva tra gli Stati interessati dall'accordo<sup>38</sup>.

Viceversa, al di fuori di questi casi – e cioè in assenza di una disciplina nazionale o convenzionale – come evidenziato da più parti, non è sempre agevole distinguere l'abuso dalla legittima fruizione di vantaggi esplicitamente messi a disposizione da uno Stato. La prima ipotesi è quella in cui il contribuente abbia posto in essere una condotta diretta a conseguire vantaggi non voluti – e quindi, disapprovati – dagli Stati interessati dall'operazione e che nascono dal differente trattamento della medesima fattispecie. La seconda ipotesi attiene, invece, al caso in cui il contribuente si sia limitato a fruire di regimi più favorevoli introdotti da un determinato Paese per attrarre investimenti esteri, nell'ambito della competizione fiscale tra Stati. Intendiamo riferirci ai

<sup>37</sup> In tema di dividendi, vedasi il nuovo testo dell'art. 27 *bis* comma 5 che, come già detto, richiama espressamente l'art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000.

<sup>38</sup> Nella versione definitiva della relazione illustrativa al decreto, peraltro, si legge che: *"in accoglimento dell'osservazione formulata dalla Commissione finanze e tesoro del Senato e dalla VI Commissione finanze della Camera dei deputati, nei pareri resi (osservazione di cui alla lettera a), si precisa che il richiamo all'ordinamento tributario deve intendersi come comprensivo sia delle norme interne che di quelle sovranazionali aventi efficacia nell'ordinamento interno"*.

Questo approccio va coordinato con le indicazioni OCSE contenute nel *Final report* sull'Action 6 del progetto BEPS in tema di abuso dei trattati, in cui da un lato si dà atto della prassi di alcuni Paesi di ritenere applicabili le norme antielusive interne, e dall'altro lato si suggerisce comunque l'adozione di ulteriori misure antielusive a livello convenzionale (cfr. la successiva nota 40).

Va aggiunto peraltro che, nella recente circolare 6/E del 2016 l'Agenzia delle entrate ha osservato che, al di là della clausola antiabuso del nuovo art. 10 *bis*, i benefici delle Convenzioni contro le doppie imposizioni potrebbero essere disconosciuti sia in base all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 (Legge di ratifica n. 112 del 1974) – secondo cui le convenzioni vanno interpretate secondo canoni di buona fede – che del Commentario al Modello OCSE di Convenzione del 2014 (Commento all'articolo 1 punti 7 e 9.3) secondo cui *"i benefici di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni non dovrebbero essere concessi nel caso in cui uno degli scopi principali di una operazione o di una struttura fosse quello di assicurare un regime fiscale più vantaggioso, e che l'ottenimento di tale regime fiscale di favore sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo delle disposizioni rilevanti"* (Commento all'articolo 1, punto 9.5).



regimi agevolativi, spesso di competizione cd. dannosa, che costituiscono un *vulnus* riconducibile all'iniziativa del singolo Stato più che a quella del contribuente. Sotto altro profilo, inoltre, anche laddove sia possibile qualificare come non volute le asimmetrie presenti nei regimi dei singoli ordinamenti, non è sempre chiaro quale sia l'ordinamento che debba adeguarsi alle qualificazioni dell'altro Stato per garantire una omogeneità di trattamento ed eliminare l'arbitraggio<sup>39</sup>.

In mancanza di regole certe su questi temi e di orientamenti unanimemente condivisi è del tutto comprensibile che la tematica dell'abuso nelle operazioni transazionali debba essere affrontata nelle competenti sedi internazionali (OCSE ed UE) per poi recepire nel nostro ordinamento le eventuali determinazioni che verranno assunte in tali sedi. D'altra parte il fenomeno dell'abuso dei trattati e delle asimmetrie tra ordinamenti è stato oggetto di approfondimento da parte dell'OCSE nell'ambito delle azioni intraprese a seguito del rapporto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). I risultati dei vari piani di azione avviati in base al progetto BEPS – che sono stati peraltro riassunti in vari

<sup>39</sup> Ad esempio, nella Direttiva UE n. 86 del 2014, che modifica la disciplina dei dividendi fra società madri-figlie, si stabilisce che debba essere lo Stato della società madre che riceve "dividendi" a non accordare il regime di detassazione quando la società figlia, in conformità alle regole del suo Stato di residenza, abbia dedotto tali erogazioni dal proprio reddito imponibile. Una regola simile è già presente da tempo nel nostro ordinamento (cfr. l'art. 44, comma 2 lett. a) ultimo periodo del TUIR), anche se la disciplina interna prevede, in termini generali, che il regime dei dividendi possa essere accordato solo in caso di indeducibilità totale da parte del soggetto erogante. Si segnala peraltro che la legge n. 122 del 2016, nel recepire la Direttiva UE n. 86 del 2014 ha introdotto nel corpo dell'art. 89 del TUIR due nuovi commi che derogano alla disciplina previgente per i percettori soggetti ad IRES, e che si applicano alle erogazioni effettuate a partire dal 1° gennaio 2016. Il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 89 TUIR accorda il regime dei dividendi alle remunerazioni su titoli, strumenti finanziari e contratti legate ai risultati economici della società emittente ex art. 109 ultimo comma lett. a) e b) del TUIR per la quota non deducibile dal soggetto erogante. Il fatto che vi sia una parziale deducibilità presso l'emittente, dunque, non impedisce *in toto* il riconoscimento del regime dei dividendi presso il percettore, ma lo limita *pro quota*. Il comma 3 *bis* riconosce il medesimo regime dei dividendi, per la quota indeducibile, alle remunerazioni degli strumenti emessi da soggetti residenti in altro Paese UE, a condizione che il percettore detenga una partecipazione nel capitale della società erogante non inferiore al 10 per cento per almeno un anno e che quest'ultima rivesta una delle forme individuate dalla Direttiva UE e sia soggetta alle imposte sulla società nel suo Paese. Al di là della disciplina relativa ai dividendi, vi sono tuttavia tante altre fattispecie nelle quali non è affatto chiaro come risolvere i problemi di arbitraggio nelle operazioni transazionali, e soprattutto individuare quale dei due Stati interessati da tali operazioni debba assumersi il compito di reagire.

documenti di recente pubblicazione – imporranno certamente successivi affinamenti ed adeguamenti della disciplina interna<sup>40 41</sup>.

**1.3.** Un'altra questione di particolare importanza è il rapporto della nuova disciplina con l'art. 53 della Cost. che la giurisprudenza della Cassazione – lo abbiamo già ricordato – aveva elevato a fondamento del divieto di abuso del diritto in materia tributaria.

Come osservato in dottrina, la tesi affermata in giurisprudenza poggiava implicitamente sull'assunto di attribuire all'art. 53 Cost. una valenza precettiva ed autosufficiente per il riscontro di eventuali condotte abusive che potevano desumersi

<sup>40</sup> Di particolare interesse sono le considerazioni svolte nel *Final report* sull'Action 6 del progetto BEPS (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*) pubblicato in data 5 ottobre 2015. Il documento distingue due fondamentali fattispecie: a) il caso in cui un soggetto cerchi direttamente di abusare delle norme di un trattato contro le doppie imposizioni; b) il caso in cui un soggetto si proponga di aggirare la disciplina interna avvalendosi in maniera indebita della disciplina di un trattato. Nel primo caso, osserva l'OCSE, occorre integrare le convenzioni con apposite clausole antiabuso in quanto è improbabile che il fenomeno possa essere affrontato unicamente mediante il ricorso a disposizioni antielusive interne; nel secondo caso, invece, gli eventuali interventi in chiave antielusiva di diritto internazionale non sono sufficienti e vanno coordinati con l'introduzione di apposite discipline antiabuso interne.

Il documento ricorda altresì che il fenomeno dell'abuso dei Trattati è stato fronteggiato fino ad oggi in modo non univoco. Alcuni Paesi hanno equiparato l'abuso della disciplina convenzionale all'abuso della disciplina interna ed hanno perciò ritenuto di applicare direttamente le norme antielusive domestiche. Ciò sul presupposto che le convenzioni si limiterebbero a circoscrivere l'esercizio della potestà impositiva e che il prelievo sarebbe pur sempre regolato dalla disciplina interna. Altri Paesi si sono basati invece sulla premessa secondo cui l'abuso delle convenzioni opererebbe su un piano diverso rispetto all'abuso delle norme interne e che, per contrastare il primo, pur non potendosi invocare la disciplina antielusiva nazionale, si potrebbe fare ricorso all'art 31 della Convenzione di Vienna che impone di interpretare i trattati secondo i canoni di buona fede (cfr. in proposito la circolare n. 6/E del 2016 dell'Agenzia delle entrate già citata nella precedente nota 38).

Quale che sia l'approccio seguito, il documento suggerisce di adottare una strategia di contrasto dell'abuso dei trattati basata su tre pilastri: 1) la specificazione da parte degli Stati contraenti che è loro intenzione prevenire l'utilizzo abusivo del trattato; 2) l'introduzione di una clausola LOB (*limitation on benefits*) di natura specifica in funzione della natura, della compagine societaria e dell'attività svolta dal soggetto che invoca i benefici del trattato; 3) l'introduzione di una norma antielusiva generale PPT volta a disconoscere i benefici del trattato in tutti i casi in cui lo scopo principale dell'operazione sia quello di ottenere benefici in contrasto con la finalità o l'oggetto del trattato. Le modifiche proposte, precisa il documento, non dovrebbero determinare alcun conflitto con la disciplina interna (generale o specifica) di ciascuno Stato, dal momento che nessuna disposizione interna di natura antielusiva dovrebbe essere idonea a consentire un abuso dei trattati. Resta fermo peraltro che, in caso di eventuale conflitto, dovrebbero prevalere le norme convenzionali in virtù del principio del *pacta sunt servanda* contenuto nell'art. 26 della Convenzione di Vienna (cfr. par 2.3. pag. 82 del *report*).

<sup>41</sup> Il 28 gennaio 2016, la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di misure che si coordina con i lavori dell'OCSE in tema di *Base Erosion and Profit Shifting*, e che si propone di avviare un'azione coordinata a livello europeo per il contrasto delle pratiche abusive transnazionali. Il pacchetto comprende due Comunicazioni ( *"Anti-Tax Avoidance Package: Next steps towards delivering effective taxation and*

dalla mera alterazione del principio di equa ripartizione del carico tributario in presenza di analoghe manifestazioni di capacità contributiva. Le critiche avanzate a questa tesi sono ben note e si basavano per lo più sulla considerazione che l'art 53 Cost. si rivolgerebbe al legislatore e non al contribuente, delineando i limiti di ordine costituzionale alla esplicazione del principio di riserva di legge in materia tributaria (art. 23 Cost.)<sup>42</sup>.

Al di là di questa diatriba, non si può negare che la scelta legislativa di fare ricorso ad una clausola antiabuso come quella dell'art. 10 *bis* si basa certamente sul riconoscimento della inidoneità dell'art. 53 Cost. ad identificare in modo autonomo (e non arbitrario) le condotte abusive. In particolare, l'introduzione della clausola in commento, costituendo anch'essa attuazione dei precetti costituzionali – al pari delle altre disposizioni dello Statuto del contribuente – dimostra che l'art. 53 Cost. non solo non enuclea le fattispecie impositive in senso proprio, ma non consente neanche di definire direttamente i connotati delle fattispecie di abuso, essendo necessaria – in entrambi i casi – l'intermediazione del legislatore.

---

*greater tax transparency in the UE*” e “*On external Strategy for Effective Taxation*”), due proposte di direttiva aventi ad oggetto misure contro le pratiche fiscali elusive che maggiormente distorcono il funzionamento del mercato interno (“*Laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*”) e l'adozione di obblighi annuali di presentazione e scambio automatico di informazioni del *Country by Country Reporting* dei grandi gruppi multinazionali (“*Amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic Exchange of information in the field of taxation*”), nonché una raccomandazione per evitare gli abusi dei trattati fiscali “*On the implementation of measures against tax treaty abuse*”.

Per quanto attiene alla materia che qui interessa, la Proposta di Direttiva, in particolare, recava, tra le altre cose, la previsione di introdurre una **general antiabuse rule** come *standard* minimo comune contro le costruzioni “*non-genuine*” (poste in essere, cioè, senza valide ragioni commerciali che riflettano la realtà economica) utilizzate con il fine essenziale di ottenere un vantaggio fiscale in contrasto con l'oggetto o il fine delle norme. Questa clausola, come già accennato, evoca la previsione già contenuta nella Direttiva UE 2015/121 per quanto attiene al concetto di genuinità delle operazioni, ma se ne allontana, in qualche modo, per quanto concerne le norme da assumere ai fini della verifica dell'abuso (cfr. la nota 101). La proposta è stata di recente recepita, come accennato, dalla **Direttiva CEE 12/07/2016 n. 2016/1164** (cfr. la precedente nota 25).

Per quanto concerne invece l'abuso dei tratti (**treaty abuse**), la Commissione ha raccomandato agli Stati membri di inserire nelle proprie Convenzioni una *General anti-avoidance rule based on a principal purpose test* (PPT) e di recepire le modifiche agli articoli 5 e 7, relativi alla stabile organizzazione, condivise in sede OCSE contro le pratiche che mirano ad eludere lo *status* di stabile organizzazione.

<sup>42</sup> Come già ricordato nella nota 17, secondo altri autori il fondamento costituzionale del divieto di abuso del diritto in materia tributaria sarebbe costituito dall'art. 41 Cost. ed in particolare al fatto che l'iniziativa economica è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Anche questa, tuttavia, è una tesi che incontra, a ben guardare, gli stessi rilievi critici di quella che fa leva sull'art. 53 Cost.

In quest'ottica, nel contesto normativo attuale non sembra più possibile affermare l'esistenza di un principio antiabuso, racchiuso nell'art. 53 Cost, suscettibile di operare al di là ed al di fuori dei presupposti applicativi dell'art. 10 *bis*<sup>43 44</sup>. In altri termini, l'art. 10 *bis* coniuga due aspetti che, a nostro avviso, configurano la disciplina da esso recata come una clausola precettiva ed esaustiva della materia, tale da escludere la possibilità di replicare ciò che è accaduto in vigenza dell'art. 37 *bis*. Ci riferiamo da un lato all'esplicita affermazione del carattere "universale" del principio antiabuso, valevole oltre che per i tributi armonizzati anche per quelli non armonizzati, e cioè proprio di quella caratteristica che – secondo la Cassazione – sarebbe desumibile, per l'appunto, dall'art. 53 della Costituzione, quale regola di equo riparto dell'imposizione, sicché non si potrebbero invocare benefici fiscali in assenza di valide ragioni economiche che li giustificano; dall'altro lato, all'imprescindibile necessità che tali vantaggi, per essere censurabili, si pongano altresì, in qualche modo, in contrasto con le fattispecie impositive fiscali, tenuto conto che il nostro sistema tributario individua tali fattispecie attraverso connotazioni giuridico – casistiche che non possono *sic et simpliciter* essere ignorate nel giudicare la legittimità o meno della condotta del contribuente.

**1.4.** Tornando, sempre ai fini di questa ricognizione di carattere generale, alla definizione di abuso, essa si caratterizza per essere una **nozione a fattispecie aperta** nel senso che la norma prescinde dall'identificazione delle singole operazioni potenzialmente abusive e dalle relative caratteristiche ed è invece diretta a coglierne i risultati e la loro coerenza con la *ratio* delle norme e i principi del sistema impositivo.

A differenza delle altre fattispecie regolate dal legislatore fiscale, cioè, non vengono forniti tutti i tratti salienti per l'identificazione delle ipotesi applicative. Ciò si deve al fatto che la disciplina antiabuso si configura come una clausola di chiusura che intende porre rimedio a tutte le possibili manchevolezze e lacune delle norme scritte che si basano, per l'appunto, sull'individuazione casistica delle fattispecie impositive. La soluzione di concentrarsi sugli effetti degli atti posti in essere dal contribuente piuttosto che sull'identificazione delle singole fattispecie elusive, peraltro, costituiva una scelta obbligata, tenuto conto che l'esigenza di concepire una clausola di carattere generale

<sup>43</sup> Resta naturalmente ferma la possibilità di far valere eventuali profili di illegittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* di fronte alla Corte Costituzionale.

<sup>44</sup> Analoghe considerazioni possono essere svolte qualora si intenda far discendere il divieto di abuso non già dall'art. 53 Cost. ma dall'art. 41 Cost. Anche in questo caso l'art. 10 *bis* denota certamente l'insufficienza dell'art. 41 Cost. ad individuare, in via autonoma, le singole fattispecie di abuso.

era evidentemente inconciliabile con un'elencazione tassativa delle fattispecie elusive riferita a ciascun tributo<sup>45</sup>.

E' indubbio, però, che questa caratteristica della nuova disciplina – peraltro conforme alle clausole generali antiabuso presenti in altri Stati, nonché a quelle formulate in sede OCSE e in ambito UE – implica la necessità di fare ricorso, ai fini della sua concreta applicazione, ad un'ampia attività interpretativa rimessa alla sensibilità degli operatori.

Proprio per questo, per delimitare cioè la discrezionalità e i possibili margini di incertezza connessi all'individuazione in via interpretativa delle fattispecie di abuso, il legislatore è intervenuto su diversi profili collaterali a questa attività interpretativa.

In primo luogo, per evitare un ricorso indiscriminato alla disciplina antiabuso sono state rafforzate ed estese le **garanzie procedurali**. In quest'ottica, come vedremo meglio nel successivo par. 4, l'atto di accertamento in cui si contesti l'abuso è concepito come un atto autonomo che deve essere emanato dopo aver esperito obbligatoriamente – e a pena di nullità dell'accertamento – un contraddittorio preventivo con il contribuente. Una delle innovazioni più importanti sul piano procedimentale è, poi, il fatto che le fattispecie di abuso non sono rilevabili d'ufficio in sede contenziosa. In tal modo è stata risolta in via legislativa la radicale contrapposizione che si era registrata tra gli orientamenti della giurisprudenza,

<sup>45</sup> Le fattispecie predeterminate in ogni campo del diritto (civile, amministrativo e tributario) sono caratterizzate dal fatto che la norma ne tratteggia gli elementi costitutivi essenziali. Così, ad esempio, nel diritto civile le figure contrattuali tipiche vengono delineate individuando i soggetti, l'oggetto del contratto, le obbligazioni che nascono dal contratto, ossia tutti gli elementi essenziali per poter riscontrare che siamo di fronte ad una vendita, ad una locazione ecc. Nel diritto tributario, tutte le fattispecie impositive sono individuate attraverso la definizione dei soggetti passivi del presupposto del tributo, della relazione che deve sussistere tra soggetto e presupposto del tributo, ecc. Nel caso della clausola antiabuso ciò non avviene in quanto questa clausola si propone di cogliere le ipotetiche lacune dell'ordinamento sul presupposto che si tratti di deficienze che il legislatore non conosce *ex ante* nel dettaglio, anche perché in caso contrario sarebbero state evitate o corrette. Proprio per questo motivo la disciplina generale antiabuso presenta un fattore ineliminabile di indeterminatezza, e questo aspetto caratteristico si rinviene – come sottolineato in prosieguo anche nel testo – sia nell'esperienza di altri ordinamenti che nella prassi internazionale.

favorevole alla rilevanza *ex officio*, e le contrarie opinioni espresse dalla più parte della dottrina<sup>46 47</sup>.

In secondo luogo, accanto alla nozione di abuso è stata inserita la previsione che ribadisce il diritto alla **libertà di scelta tra regimi diversi e alternativi** per perseguire risultati economici equivalenti, anche quando la scelta compiuta dal contribuente conduca ad un minor gravame impositivo<sup>48</sup>. Questa precisazione, per quanto possa apparire una petizione di principio, si propone di fissare un punto fermo che era stato messo in discussione dagli orientamenti giurisprudenziali di cui si è già riferito, secondo i quali la scelta del regime fiscale più favorevole poteva ritenersi legittima solo in

<sup>46</sup> Con riferimento, in particolare, alle fattispecie non ricomprese nel previgente art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, i giudici di legittimità avevano affermato in varie occasioni la tesi della rilevanza d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio – anche per la prima volta in Cassazione – della natura abusiva dei comportamenti del contribuente. L'applicabilità d'ufficio del principio generale del divieto di abuso del diritto è stata ritenuta compatibile con la natura impugnatoria del processo tributario sostenendo che questa sua natura reagirebbe unicamente sul fatto che il *petitum* e la *causa petendi* “non possono avere latitudine diversa da quanto dedotto nell'atto impositivo”, ferma restando la possibilità di estendere la cognizione del giudice tributario ai profili di validità e opponibilità dei negozi che il contribuente intende far valere per contrastare la pretesa tributaria (cfr. Cassazione, SS.UU. nn. 30055, 30056 e 30057 del 23.12.2008).

La dottrina prevalente (cfr., per tutti TESAURO, in *Dir. e prat. trib.* 2012, 683 e ss.), invece, ha osservato in senso critico che la natura impugnatoria del processo tributario implica che il sindacato del giudice sia delimitato non soltanto dall'oggetto della pretesa tributaria (e cioè, ad esempio, dai costi o dai ricavi oggetto della ripresa a tassazione), ma anche dalle motivazioni assunte dall'Amministrazione a fondamento dell'accertamento, sicché il giudice non può autonomamente qualificare come abusiva la fattispecie demandata alla sua cognizione a prescindere dalle allegazioni delle parti in causa, perché ciò si risolverebbe in pratica in una riformulazione della motivazione dell'accertamento. Anche nel giudizio tributario, cioè, il giudice deve attenersi alle regole che identificano i termini della domanda (art. 112 c.p.c.) e che sono circoscritti dalla motivazione dell'accertamento e dai motivi del ricorso (cfr. *ex multis* Cassazione n. 17119 del 2007; n. 6620 del 2009 e n. 21719 del 2011) e non può valutare la fondatezza del ricorso affermando di sua iniziativa che l'operazione è elusiva. Né si può a tal fine fare leva sul principio *iura novit curia*, dal momento che questo principio non deroga ai limiti dell'art. 112 c.p.c. ma vuol dire soltanto che le norme invocate dalle parti non sono un tema di prova perché il giudice le conosce. Vero è che, secondo un indirizzo minoritario (GIOVANNINI, *Corr. Trib.* 2015, 4506 e ss.), il principio dello *iura novit curia* consentirebbe di rilevare *ex officio* l'abuso del diritto in quanto il divieto di abuso costituirebbe una regola di giudizio sempre rilevante ai fini della decisione della controversia. A questa tesi, tuttavia, si è per lo più obiettato che nel processo tributario non si tratta di individuare le norme astrattamente rilevanti per ritenere fondata la pretesa tributaria, ma di valutare il fondamento giuridico di quelle fatte valere a sostegno della pretesa stessa.

Sulla questione si è registrato uno sviluppo significativo quando la stessa Corte di Cassazione si è posta il problema dell'eventuale disparità di trattamento tra abuso “innominato” – per il quale si riteneva valida la regola della rilevanza di ufficio – ed elusione codificata dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973, per la quale, essendovi apposite regole procedurali per l'emanazione dell'avviso di accertamento, a pena di nullità, non si riteneva possibile sollevare d'ufficio la questione nel corso del giudizio (cfr. Cassazione n. 7961 del 2014). In questo senso la Cassazione era giunta a sollevare la questione di legittimità costituzionale ritenendo ingiustamente discriminatorie le regole del contraddittorio preventivo contenute nell'art. 37 *bis* che impedivano la rilevanza di ufficio (cfr. Cassazione, ord. n. 24739 del 2013). Questa scelta della Corte



presenza di valide ragioni economiche (extrafiscali). Il legislatore puntualizza invece che questa scelta, di per sé, è sempre legittima salvo che, come si evince dalla relazione illustrativa, non ricorrano gli estremi della nuova e più rigorosa nozione di abuso. In particolare, la relazione illustrativa evidenzia in modo molto chiaro che l'art. 10 bis, comma 4, intende ribadire *“il principio generale secondo cui il contribuente può legittimamente perseguire un risparmio di imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo, tra gli atti i fatti e i contratti quelli meno onerosi sotto il profilo impositivo. La norma sottolinea, quindi, che l'unico limite alla suddetta libertà è costituito dal divieto di perseguire un vantaggio fiscale indebito. Di qui la già*

era stata giustamente criticata in dottrina (cfr. le lucide osservazioni di MANZITTI FANNI, in *Corr. Trib* 2014, 1140 e ss.),

La Corte Costituzionale, intervenendo sul tema con sent. n. 132 del 2015, ha dichiarato non fondata la questione sulla base della considerazione che l'obbligo di instaurare un contraddittorio preventivo con il contribuente ha valenza generale e riguarda, quindi, anche le fattispecie che non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 37 bis del d.p.r. n. 600 del 1973. In assenza di questo contraddittorio preventivo, alla luce di quanto statuito dalla Corte Costituzionale, la rilevabilità d'ufficio doveva ritenersi già preclusa non solo per le ipotesi ricomprese nell'art. 37 bis, ma anche per quelle di cd. abuso “innominato”. L'art. 10 bis non fa che confermare l'impostazione della Corte Costituzionale e della dottrina più avvertita.

<sup>47</sup> Naturalmente, anche quando, prima della ricordata sentenza della Corte Costituzionale e della novella legislativa in esame, la giurisprudenza riteneva rilevabile d'ufficio dal giudice tributario la questione relativa all'abuso, per opinione unanime tale questione avrebbe dovuto essere comunque sottoposta all'attenzione delle parti in modo da instaurare un contraddittorio ai sensi dell'art. 101, comma 2 del c.p.c. e, nel giudizio di Cassazione, dell'art. 384, comma 3, c.p.c.

Ciò premesso, in merito al nuovo art. 10 bis taluno ha osservato in senso critico che il divieto di rilevare d'ufficio l'abuso del diritto potrebbe, comunque, essere posto nel nulla in considerazione del fatto che il giudice nazionale, per quanto attiene ai tributi armonizzati, dovrebbe in ogni caso assicurare il predominio del diritto comunitario mentre, con riferimento ai tributi non armonizzati, dovrebbe attribuire una valenza preminente ai principi costituzionali, avuto riguardo al fatto che, secondo la Cassazione – come già accennato – il divieto di abuso del diritto costituirebbe un principio immanente dell'ordinamento racchiuso nell'art. 53 della Cost. (ne dà conto TRABUCCHI, *Riv. Gestione straord. delle imprese*, 2015, 30 e ss.; cfr., anche MUNARI, *Dir e prat.trib.* 2015, 533 e ss) Senonchè, il nuovo art. 10 bis della legge n. 212 del 2000 introduce certamente un vincolo normativo nei confronti dell'organo giudicante (e, cioè, quello di non sollevare autonomamente una contestazione di abuso). Ne consegue, in termini generali, che qualora questo vincolo fosse ritenuto non compatibile con i principi costituzionali, il rimedio dovrebbe consistere nel rinvio della questione di legittimità dell'art. 10 bis al giudice competente per materia, e, cioè, alla Corte Costituzionale, e non potrebbe comunque essere quello dell'automatica disapplicazione della norma da parte del destinatario del divieto.

Per quanto poi attiene più specificamente alle fattispecie da qualificare come elusive alla luce del diritto comunitario, va segnalato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, l'obbligo di garantire la preminenza del diritto comunitario su quello nazionale eventualmente difforme non sembra potersi estendere alla rilevabilità di ufficio di motivi non fatti valere dalle parti, a meno che la facoltà di rilevare d'ufficio tali motivi non sia già prevista da una norma nazionale. In particolare, la Corte di Giustizia, nel caso C-18/13 *Maks Pen*, ha statuito che i giudici nazionali hanno l'obbligo o la facoltà di sollevare d'ufficio una questione di incompatibilità con il diritto comunitario nell'ipotesi in cui *“in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante”*. Ciò lascia

*sottolineata delicatezza dell'individuazione delle rationes delle norme tributarie ai fini della configurazione dell'abuso*<sup>49</sup>.

Altro aspetto di fondamentale importanza è che, in base al nuovo art. 10 *bis*, il ricorso alla **disciplina antiabuso** viene considerato come una **extrema ratio**, ossia come una ipotesi residuale<sup>50</sup>. Occorre, cioè, prioritariamente verificare se siamo di fronte ad una fattispecie di occultamento di materia imponibile, da ricondurre alla simulazione o alla frode, e solo in ultima analisi valutare la sussistenza dei presupposti dell'abuso. Anche in questo caso si tratta di un elemento di discontinuità con il passato. Da una parte l'eventuale contestazione di un abuso esclude la possibilità di ricondurre la medesima fattispecie ad un'ipotesi di simulazione e frode. Dall'altra parte, proprio perché il ricorso alla clausola antiabuso è l'ultima opzione per l'accertamento (opzione che si basa su presupposti incompatibili con le fattispecie di evasione), occorre preliminarmente valutare se sia possibile o meno ravvisare gli estremi della simulazione o della frode, raccogliendo a tal fine i necessari elementi di prova. In tal modo si è inteso evidentemente stigmatizzare, in un certo senso, con una disposizione di principio, quella prassi sviluppatasi in passato di cui abbiamo fatto cenno; prassi che consisteva nel far spesso ricorso alla contestazione dell'abuso (elusione) anche per fattispecie che avevano tutte le caratteristiche dell'evasione (per frode, simulazione, non inerenza dei costi, ecc.) e ciò a motivo della duttilità che tale strumento di contestazione presentava secondo la precedente concezione dell'abuso (basato solo sulla esistenza o meno di valide ragioni economiche) rispetto alla più impegnativa verifica dell'esistenza di un'evasione.

---

intendere che quando viceversa la norma interna non consente la rilevabilità d'ufficio, il divieto debba valere anche per le disposizioni di natura comunitaria e non solo per quelle interne (in questo senso TRABUCCHI, *Riv. Gestione straord. delle imprese*, 2015, 30 e ss).

<sup>48</sup> Cfr. l'art. 10 *bis*, comma 4, secondo cui: *"resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale"*.

<sup>49</sup> La relazione aggiunge: *"ad esempio non è possibile configurare una condotta abusiva laddove il contribuente scelga, per dare luogo all'estinzione di una società, di procedere a una fusione anziché alla liquidazione. E' vero che la prima operazione è a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra 'preferenza' per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse. Affinchè si configuri un abuso andrà dimostrato il vantaggio fiscale indebito concretamente conseguito e, cioè, l'aggravamento della ratio legis o dei principi dell'ordinamento tributario"*

<sup>50</sup> Cfr. il comma 12 dell'art. 10 *bis* che recita così: *"In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie"*.



Tale affermazione del carattere residuale dell'abuso, ben si coordina con un ulteriore aspetto di grande rilievo e, cioè, con l'esplicita **esclusione**, sancita dall'art. 10 *bis*, della rilevanza dell'abuso agli effetti delle **sanzioni penali**.

Come è noto, il tema era stato oggetto in passato di un vivace dibattito. Dopo un iniziale indirizzo che tendeva ad escludere la rilevanza penale dell'elusione, la Cassazione era giunta ad affermare in più occasioni che: a) in presenza delle operazioni elencate nel comma 3 dello stesso art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973, le condotte elusive potevano essere sanzionate penalmente, integrando il reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del D.L.vo n. 74 del 2000<sup>51</sup>; b) le fattispecie non riconducibili al comma 3 citato (cd. elusione "non codificata") rimanevano invece irrilevanti ai fini penali. A sostegno di questa conclusione si prospettava che mentre nel caso delle operazioni di cui all'art. 37 *bis* era rispettata quella predeterminazione delle fattispecie incriminatrici che è richiesta dal principio di legalità-tassatività (art. 25 Cost.), per le fattispecie di abuso non menzionate dall'art. 37 *bis* non poteva dirsi altrettanto. La dottrina aveva criticato non a torto questa ricostruzione mettendo in evidenza come tanto nelle fattispecie elencate nell'art. 37 *bis*, quanto in quelle estranee all'elenco, la situazione era identica, nel senso che anche nell'art. 37 *bis* non era ravvisabile una predeterminazione di tutti gli elementi fattuali specifici della condotta abusiva, ma solo una norma di contrasto *sic et simpliciter* di un risultato: quello di conseguire un vantaggio non in linea con la *ratio* della norma in assenza di valide ragioni economiche. Sarebbe stato logico, quindi, prendere atto dell'impossibilità di sanzionare penalmente sia le fattispecie di abuso che quelle di elusione cd. codificata<sup>52</sup>.

Va però sottolineato che, nel complessivo disegno della riforma fiscale della legge n.23 del 2014, il motivo principale dell'irrelevanza penale dell'abuso è di natura più sistematica e va anche oltre le considerazioni critiche fin qui ricordate. Se fossero state accolte fino in fondo le obiezioni della dottrina, infatti, sarebbe stato logico escludere la rilevanza dell'abuso non soltanto ai fini della punibilità sul piano penale ma anche agli effetti delle sanzioni amministrative. Ciò in quanto anche le sanzioni amministrative, come è noto, richiedono una predeterminazione della fattispecie come condizione *sine*

<sup>51</sup> Cfr. Cassazione n. 19100 del 2013; Cassazione n. 33187 del 2013; Cassazione n. 15186 del 2014.

<sup>52</sup> Cfr. in proposito Di SIENA, *Riv. Dir. Trib.*, 10/2013, 194 e ss. Del resto, se l'"elusione codificata" dell'art. 37 *bis*, come affermato in più occasioni dalla stessa Cassazione, altro non è che una esplicitazione del principio generale antiabuso, e, dunque una disposizione più procedimentale che precettiva, sarebbe stato senz'altro più coerente escludere *tout court* la rilevanza penale dell'elusione/abuso, nel rispetto del principio di legalità-tassatività, piuttosto che mantenerla per talune tipologie di operazioni, solo perché "nominate" nell'art. 37 *bis*.

*qua non* per la loro applicazione e anch'esse riprendono dunque per molti aspetti, e sia pure con qualche importante eccezione, il modello delle sanzioni penali.

Viceversa, la scelta del legislatore del D.L.vo n. 128 del 2015, come vedremo meglio nel successivo par. 5, è stata quella di escludere le sanzioni penali, ma di mantenere ferma l'applicazione delle **sanzioni amministrative** nelle fattispecie di abuso<sup>53</sup>.

Sembra quindi logico ritenere che si sia giunti all'assetto attuale, che sancisce l'irrelevanza dell'abuso ai soli fini penali, soprattutto in considerazione del nuovo disegno di riforma del sistema penale-tributario che ha trovato attuazione con il D.L.vo n. 158 del 2015. Con la revisione dei reati del D.L.vo n. 74 del 2000 è stata esclusa la punibilità delle eventuali infedeltà derivanti da questioni interpretative delle norme impositive. Il D.L.vo n. 158, più precisamente, ha stabilito che, ai fini della configurabilità del reato di dichiarazione infedele, non si debba tener conto della non corretta classificazione e/o valutazione di elementi oggettivamente esistenti, della violazione dei criteri di competenza o di inerenza<sup>54</sup> e, cioè, di tutti i casi di cd. "evasione interpretativa". Era quindi del tutto coerente fare altrettanto per le ipotesi di abuso, dal momento che la sussistenza o meno di una condotta abusiva discende dall'analisi dei profili economici e giuridici della fattispecie nonché dalla verifica della compatibilità del risultato conseguito rispetto alla *ratio* della disciplina applicata. Siamo pertanto di fronte, in questa prospettiva, ad una questione anch'essa di natura interpretativa<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Ai sensi dell'art. 10 bis, comma 13, infatti, *"le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie"*.

<sup>54</sup> L'art. 4 del D.L.vo n. 158 del 2015 ha infatti inserito nel corpo dell'art. 4 del D.L.vo n. 74 del 2000 (dichiarazione infedele) la seguente disposizione *"1-bis. Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali"*.

<sup>55</sup> Peraltro, proprio per rafforzare l'obiettività dell'analisi di natura interpretativa, che è propedeutica all'accertamento dell'abuso, lo schema di decreto correttamente conteneva l'inciso *"indipendentemente dalle intenzioni del contribuente"*, inciso che poi è stato eliminato della versione finale del D.L.vo n. 128 del 2015. Questa precisazione, nel ribadire che l'abuso è legato alle caratteristiche della condotta e non all'analisi del cd. "foro interno" del contribuente, aveva la finalità specifica di sgombrare il campo dalla tesi secondo cui l'abuso, proprio perché intenzionale, costituirebbe una forma di evasione addirittura più sofisticata rispetto alla frode, perché basata sulla strumentalizzazione delle norme, anziché sull'utilizzo di documentazione non rispondente al vero. Va aggiunto che la necessità di prescindere dalle intenzioni del contribuente è rimarcata dalla stessa Raccomandazione UE 6.12.2012 più volte citata secondo cui (par. 4.5.) *"...la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili"*. Su questo

Queste motivazioni lasciano impregiudicata la valutazione della coerenza della scelta di continuare a sanzionare le condotte abusive sul piano amministrativo, tema sul quale ritorneremo in seguito (cfr. par. 5).

## **2. Analisi tecnica della disciplina antiabuso**

### **2.1. La nuova definizione normativa di abuso**

Entrando nel merito dell'analisi tecnica del nuovo art. 10 *bis* occorre soffermarsi in modo più puntuale sugli elementi costitutivi dell'abuso.

L'art. 10 *bis* stabilisce – giova ripeterlo – che *“configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”*.

Il successivo comma 2 precisa che *“ai fini del comma 1, si considerano:*

- a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;*
- b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario”*.

punto torneremo in seguito nel par. 2.1. Va peraltro segnalato che gli elementi desumibili dalla successiva evoluzione normativa che si è registrata sul piano comunitario sono meno espliciti, ma inducono pur sempre a prediligere una ricostruzione della fattispecie su basi obiettivi e verificabili. Nella Direttiva n. 121/2015, al considerando n. 7, si legge che *“nel valutare se una costruzione o una serie di costruzioni sia abusiva, è opportuno che le amministrazioni fiscali degli Stati membri intraprendano un'analisi obiettiva di tutti i fatti e le circostanze pertinenti”*. La clausola antiabuso contenuta nell'art. 6 della Direttiva UE 2016/1164, fa anch'essa riferimento alla necessità accertare se l'operazione – per essere condizionata dallo scopo essenziale di conseguire un vantaggio in contrasto con l'oggetto o la finalità della disciplina fiscale applicabile – non è genuina, *“avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti”*.

Ed infine, il comma 3 del nuovo art. 10 *bis* aggiunge che, *“non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente”*.

I requisiti che definiscono le fattispecie di abuso – e, cioè, i profili dell'assenza di sostanza economica, del conseguimento di un vantaggio tributario indebito e la circostanza che questo vantaggio risulti essenziale – devono essere analizzati alla luce delle specificazioni che il legislatore ha inserito nella medesima disposizione per delineare il quadro concettuale di riferimento. Preliminarmente, tuttavia, è il caso di mettere in luce alcuni aspetti che hanno una valenza trasversale rispetto ai vari elementi definitori dell'abuso.

Un primo tema sul quale occorre soffermarsi è quello del rapporto tra nuova definizione di abuso dell'art. 10 *bis* e le indicazioni contenute sia nella legge delega (art. 5 della legge n. 23 del 2014), sia nella Raccomandazione 2012/772/UE del 6.12.2012, di cui la stessa legge delega imponeva di tener conto.

La legge delega richiedeva di *“definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio di imposta, ancorchè tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione”*<sup>56</sup> mentre la Raccomandazione, per converso, forniva una definizione più incentrata sul contenuto economico dell'operazione, stabilendo che *“una costruzione di puro artificio ... che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata”* con la precisazione che *“una costruzione o serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale”*.

L'art. 10 *bis* ha sintetizzato queste indicazioni delineando una definizione di abuso che fa perno sulla realizzazione di vantaggi tributari indebiti mediante operazioni prive di sostanza economica, intendendo per tali le operazioni che sono inidonee a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali.

Ciò posto, è stato osservato in senso critico<sup>57</sup> che la soluzione prescelta in sede di attuazione della delega farebbe ricorso ad un presupposto – quello della mancanza di sostanza economica – nuovo e del tutto diverso rispetto al requisito dell'uso distorto di strumenti giuridici, relegando questa circostanza da elemento dirimente a un mero

<sup>56</sup> Secondo qualche commentatore questa definizione appariva squilibrata in quanto poneva l'accento sul percorso seguito dal contribuente piuttosto che sul risultato effettivamente conseguito da quest'ultimo.

<sup>57</sup> Cfr. SALVATORE, *Boll. Trib.* 2016 (in corso di pubblicazione).

indice della sussistenza di tale nuovo presupposto<sup>58</sup>. Né, si sostiene, sarebbe possibile ricondurre il tenore della nuova disciplina alla Raccomandazione UE più volte citata, dal momento che la definizione di abuso ivi contenuta si basava sulla nozione di costruzione di puro artificio.

In proposito, va tuttavia tenuto conto che è senz'altro vero che l'art. 10 *bis* non riprende pedissequamente né la definizione della Raccomandazione (che parla di costruzioni di puro artificio in luogo delle operazioni prive di sostanza economica), né le relative esemplificazioni, nel senso che – come vedremo meglio in seguito – la casistica degli elementi sintomatici di questo requisito della Raccomandazione è senz'altro più ampia di quella trasposta nell'art. 10 *bis*. Rimane tuttavia fermo che il requisito della mancanza di sostanza economica assolve alla stessa funzione dell'omologo concetto di costruzione di puro artificio della Raccomandazione e ne coglie quindi il suo nucleo essenziale<sup>59</sup>. La funzione, come sarà più chiaro in appresso, è, cioè, quella di attestare che la motivazione sottostante all'operazione o alla sequenza negoziale – così come ricostruita sulla base di elementi obiettivi a prescindere dal grado di consapevolezza di compiere un abuso – è prettamente di natura fiscale.

Quanto poi al concetto di uso distorto degli strumenti giuridici risultante dalla legge delega, tale concetto non può essere certamente inteso come elemento autosufficiente e fine a sè stesso. Appare evidente, cioè, che la linearità o meno del percorso negoziale, anche nell'ambito della legge delega, non costituisce un'automatica espressione dell'abuso delle norme tributarie o dei principi dell'ordinamento, ma è solo una circostanza utile a riscontrare – come recita la stessa legge n. 23 del 2014 – la sussistenza dello “scopo di ottenere indebiti vantaggi tributari come causa prevalente dell'operazione abusiva”. Ne consegue che la definizione dell'art. 10 *bis*, oltre a risultare congruente con le indicazioni della Raccomandazione UE, appare anche in linea con la legge delega, ove si tenga conto che il requisito della mancanza di sostanza economica – inteso quale assenza di effetti extrafiscali significativi – è un

<sup>58</sup> Così, si è messo in rilievo che la scelta di effettuare una vendita frazionata dei beni in luogo di una cessione di azienda sarebbe risultata abusiva in base alla legge delega, qualificandosi come uso distorto di strumenti giuridici, mentre risulterebbe – asseritamente – non abusiva in base all'art. 10 *bis* in quanto i singoli atti non potrebbero considerarsi privi di sostanza economica. Sul punto vedasi la nota n. 206.

<sup>59</sup> Non a caso la Raccomandazione, come già detto, identifica le costruzioni artificiose nelle costruzioni prive di sostanza commerciale. La stessa Direttiva UE 121/2015, peraltro, ha poi adottato una diversa terminologia, facendo ricorso alla nozione più generica di costruzione “non genuina” e non più al concetto di costruzione di natura artificiosa. In questa direzione si è mossa anche la recente Direttiva CEE 2016/1164 del 12.7.2016 (cfr. le note 25 e 41). Può concludersi, dunque, che sotto questo profilo – lo abbiamo già rilevato (cfr. la nota 25) – l'art. 10 *bis* sembra in grado di cogliere anche l'evoluzione definitoria che si è nel frattempo manifestata a livello comunitario.

requisito ancor più diretto, rispetto al mero riferimento all'alterazione degli strumenti giuridici utilizzati, per accertare la finalità obiettiva dell'operazione<sup>60</sup>.

Sotto altro profilo, l'art. 10 *bis*, nell'identificare le operazioni abusive, non recepisce testualmente l'impostazione adottata dalla Raccomandazione UE 6.12.2012, che descrive in modo assai ampio le possibili ipotesi di costruzione "*artificiosa*"<sup>61</sup>, ma fa riferimento ai "*fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati*" che siano privi di sostanza economica. In tal modo, l'art. 10 *bis* evoca, in un certo qual modo, l'analoga indicazione contenuta nel previgente art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, sia pure collocandola nel nuovo contesto di una clausola di più ampia applicazione.

Per quanto attiene al significato da attribuire agli atti, fatti e contratti "*anche tra loro collegati*", sembra logico che il legislatore delegato abbia inteso fare proprie le ricostruzioni elaborate nel contesto del previgente art. 37 *bis*<sup>62</sup>. In quest'ottica l'art. 10 *bis* tiene conto del fatto che la clausola antiabuso può operare in due situazioni tipiche. Da un lato, in presenza di singoli atti che possono essere caratterizzati dalla capacità di violare (implicitamente) regole e principi fiscali. In particolare, ci riferiamo non soltanto ai casi alquanto circoscritti di atti tipici che, pur non presentando clausole particolari, possono risultare un mezzo per eludere regole fiscali<sup>63</sup>, ma anche alle ipotesi in cui un medesimo atto, attraverso l'inserimento di apposite clausole, sia la sede in cui si realizzi un collegamento negoziale tra contratti astrattamente autonomi<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Per una analisi più puntuale del contenuto specifico del requisito della mancanza di sostanza economica si fa rinvio al successivo par. 2.5.

<sup>61</sup> La Raccomandazione al punto 4.4. precisa che "*per 'costruzione' si intende una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento. Una costruzione può comprendere più di una misura o di una parte*".

<sup>62</sup> L'aspetto differenziale è che l'art.37 *bis* faceva riferimento agli "*atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro*" mentre l'art.10 *bis* ha sostituito il termine "negozi" con "contratti". Ciò è avvenuto presumibilmente muovendo dal presupposto interpretativo che i negozi siano già ricompresi, in senso lato, nella nozione generica – e di comune accettazione – di atti giuridici, intendendo per tali quelli comunque posti in essere volontariamente da soggetti giuridici a prescindere dal fatto che tali soggetti volessero o meno gli effetti della condotta. Anche ponendosi in quest'ottica, tuttavia, questa ulteriore specificazione relativa ai contratti appare sovrabbondante e in un certo qual modo tuzioristica, dal momento che anche i contratti dovrebbero comunque essere annoverati tra gli atti giuridici nel senso anzidetto.

<sup>63</sup> Si pensi alle possibili conseguenze del ricorso ai titoli cd. "ibridi", operazione perfettamente legittima sotto il profilo civilistico, che, soprattutto in ambito transnazionale, potrebbe porsi come strumento per aggirare discipline fiscali.

<sup>64</sup> Si pensi allo schema noto come *stock lending* in cui un prestito titoli avente ad oggetto una partecipazione in una società *target* è accompagnato dalla pattuizione di una commissione da riconoscersi in favore del prestatore – normalmente società estera – in funzione della entità dei dividendi distribuiti dalla stessa società *target*. A seguito di questa pattuizione il socio italiano incassa i dividendi esenti e riconosce alla controparte la commissione dovuta in base a questa "scommessa" sulla entità dei dividendi facendo



Dall'altro lato la clausola antiabuso trova applicazione anche quando il collegamento negoziale si realizzi attraverso atti che risultino formalmente separati. La locuzione “*anche*”, in particolare, non va letta nel senso che sia possibile attivare la clausola anche a prescindere da qualsiasi nesso di collegamento tra negozi, ma sembra solo volta a puntualizzare che la fattispecie di una pluralità di atti si aggiunge all'ipotesi in cui la condotta si esaurisca, eventualmente, in un atto singolo. Anzi, quella degli atti anche formalmente separati è probabilmente l'ipotesi in cui più frequentemente si possono conseguire effetti elusivi. Naturalmente, resta da chiedersi come debba intendersi la nozione di collegamento. Su questo tema torneremo in seguito (cfr. il par. 2.3). Si può subito anticipare, tuttavia, che, per esigenze di coerenza con il modello di riferimento – che in sostanza è quello della disciplina antielusiva pregressa – questa nozione dovrebbe essere interpretata in modo conforme con quanto a suo tempo ritenuto in vigore dell'art. 37 *bis* <sup>65</sup>.

Infine, altro tratto saliente e trasversale della nuova disciplina è che essa si propone di ricostruire i requisiti costitutivi dell'abuso in modo obiettivo e verificabile, senza attribuire rilevanza all'atteggiamento psicologico del contribuente. Al riguardo, come già evidenziato<sup>66</sup>, lo schema del decreto delegato era certamente più esplicito in quanto nella formulazione originaria si prevedeva di configurare l'abuso quando fosse stato accertato il conseguimento di vantaggi tributari indebiti, attraverso operazioni prive di sostanza economica, “*indipendentemente dalle intenzioni del contribuente*”. Questo inciso, stando alla relazione illustrativa allo schema di decreto, intendeva proprio

emergere, ai fini fiscali, una perdita netta deducibile. Cfr. su questa fattispecie la sentenza della Cassazione n. 40272 del 2015 e la disciplina antielusiva *ad hoc* introdotta dal legislatore, a decorrere dal 2006, nell'art. 2, comma 3 del D.L.vo n. 461 del 1997, secondo cui: “*nel caso dei rapporti di cui alle lettere g-bis) e g-ter) del comma 1 dell'articolo 44 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, e delle operazioni che producono analoghi effetti economici, al soggetto cui si imputano i dividendi, gli interessi e gli altri proventi, si applica il regime previsto dall'articolo 89, comma 2, del medesimo testo unico, e successive modificazioni, ovvero spettano l'attribuzione di ritenute o il credito per imposte pagate all'estero, soltanto se tale regime, ovvero l'attribuzione delle ritenute o il credito per imposte pagate all'estero, sarebbe spettato al beneficiario effettivo dei dividendi, degli interessi e degli altri proventi*”.

<sup>65</sup> Nella relazione al D.L.vo n. 358 del 1997, istitutivo dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, si legge “*è poi particolarmente importante, visto che l'articolo 10*” (della legge n. 408 del 1990) “*nacque e resta tuttora riferito all'utilizzazione di istituti giuridici particolari (trasformazioni, cessioni d'azienda, di partecipazioni sociali, etc..) rendere la normativa più rispondente alla caratteristica tipica dell'elusione, 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 o consequenziali, come l'acquisto o la cessione di partecipazioni sociali; è per questo che la norma pone l'accento sul disegno elusivo complessivamente architettato dal contribuente*”.

<sup>66</sup> Cfr. la nota n. 55 a margine del precedente paragrafo 1.3.

“sganciare” l’abuso dall’esistenza o meno di vizi o errori di valutazione di chi avesse posto in essere la condotta in modo da renderlo oggettivo e aderente agli effetti realmente prodotti nella singola fattispecie. Nella versione finale del D.L.vo n. 128 il concetto della irrilevanza delle intenzioni del contribuente, per quanto significativo, non viene più affermato in modo esplicito. Ciononostante, la relazione illustrativa di accompagnamento al decreto, nella sua formulazione definitiva, continua ad evidenziare che il comma 2, dell’art. 10 *bis* è coerente con la Raccomandazione 2012/772/UE del 6.12.2012 secondo cui *“la finalità di una costruzione o serie di costruzioni consiste nell’eludere l’imposizione quando a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente contrasta con l’obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni che sarebbero altrimenti applicabili”*. Resta fermo, perciò, che un conto è valutare la situazione specifica e le circostanze che, nel caso concreto, abbiano potuto influire sulla scelta compiuta dal contribuente; cosa che, come vedremo, resta in un certo qual modo possibile, sia pure sulla base di elementi riscontrabili *in rerum natura*. Un altro conto è ipotizzare che la dimostrazione dell’abuso possa richiedere la ricerca e la dimostrazione di un determinato atteggiamento psicologico del contribuente e che quest’ultimo possa sottrarsi all’applicazione della clausola antiabuso invocando errori di volontà o rappresentazione, cosa che si deve continuare ad escludere nonostante le modifiche intervenute nel corso dell’*iter* di approvazione del decreto attuativo. In definitiva, stabilire se un comportamento ha carattere abusivo comporta un’attività interpretativa delle norme e delle operazioni realizzate sul presupposto che le scelte compiute dal contribuente siano di per sé sorrette da una volontà perfetta ed esente da errori, a nulla rilevando il grado di consapevolezza di compiere o meno un’operazione abusiva <sup>67</sup>.

<sup>67</sup> In proposito, è stato rilevato in dottrina che il profilo della volontarietà o meno del comportamento abusivo (cd. elemento soggettivo dell’abuso) non poteva essere del tutto obliterato. Più precisamente si è sostenuto che l’idea di prescindere dalle intenzioni del contribuente non era coerente con la possibilità di far valere come esimente ragioni extrafiscali di natura soggettiva nonché con la previsione contenuta nella legge delega secondo cui *“lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali”* avrebbe dovuto essere considerato come *“causa prevalente dell’operazione abusiva”* (cfr. TRABUCCHI, *Riv. gest. straord. imprese*, 2015, 44 e ss.). Ben si comprendono le preoccupazioni che sono alla base di questa ricostruzione. Tuttavia, la rilevanza delle ragioni extrafiscali sottostanti alla scelta del contribuente non sembra potersi estendere agli eventuali vizi di volontà o di rappresentazione del contribuente, nel momento in cui quest’ultimo abbia posto in essere l’operazione. Non sembra ragionevole cioè che possa ammettersi l’ipotesi di una condotta abusiva da giustificare perché “inconsapevole” e non volontaria. Viceversa, rimane sempre vero, come vedremo in appresso, che il cd. elemento soggettivo dell’abuso è ancora presente nella struttura dell’art. 10 *bis* e si desume dall’idoneità o meno dell’operazione a produrre effetti extrafiscali non marginali, anche se tale elemento va pur sempre ricostruito sulla base di circostanze di fatto obiettivamente riscontrabili.



## **2.2. La distinzione tra abuso (*alias* elusione), legittimo risparmio di imposta ed evasione**

Sempre in via preliminare, per una migliore comprensione delle notazioni tecniche successive, è opportuno fermare l'attenzione sulle caratteristiche distintive della nozione di abuso del diritto in materia tributaria, così come codificato dal nuovo art. 10 *bis*, per delimitarla rispetto ad altri concetti "contigui" che sono stati spesso sovrapposti all'abuso. Occorre in particolare definire alcuni capisaldi di carattere generale per evitare che l'abuso venga confuso con altre forme di contrasto della condotta del contribuente riconducibili ai fenomeni di evasione. Il tema è una chiave di volta nel nuovo assetto normativo, in quanto, ripetiamo ancora, mentre le fattispecie di natura abusiva non sono sanzionate penalmente, quelle evasive potrebbero continuare – in determinate ipotesi – ad integrare ipotesi di reato.

**2.2.1.** Dalle considerazioni che abbiamo fin qui svolto dovrebbe emergere chiaramente che l'abuso (*alias* elusione), al di là dell'ampiezza e della dilatazione che ha avuto in passato, si colloca concettualmente in uno spazio ristretto tra le ipotesi di violazione del precetto della norma fiscale – censurabile con gli ordinari strumenti di reazione dell'ordinamento – e il libero perseguimento del legittimo risparmio di imposta. In termini più chiari, l'abuso del diritto è una situazione particolare e di confine rispetto al diritto scritto. Da un lato, infatti, le norme fiscali fissano come tali obblighi impositivi predeterminati che possono risultare direttamente disattesi in vario modo dal contribuente: si pensi al caso dell'occultamento della fattispecie impositiva con atti simulati o altri mezzi fraudolenti, ovvero all'ipotesi in cui la fattispecie impositiva non sia stata occultata nelle sue caratteristiche materiali, ma sia stata erroneamente qualificata sul piano giuridico. Queste casistiche sono quelle più frequenti e riguardano la più parte delle irregolarità fiscali. Esse realizzano ipotesi che dovremmo senz'altro collocare nell'ambito concettuale dell'evasione, sia pure con quella gradualità con cui occorre distinguere – soprattutto ai fini dell'applicazione delle sanzioni penali – l'evasione in senso stretto, con cui si nasconde la materia imponibile (con o senza mezzi fraudolenti) e la cd. evasione interpretativa, riconducibile ad errori di valutazione della fattispecie legale. Dall'altro lato, la disciplina fiscale pone a disposizione del contribuente, non obblighi, ma facoltà di scelta tra regimi alternativi che consentono di minimizzare il proprio carico tributario in modo legittimo. Qui siamo nell'ambito dei vantaggi fiscali che risultano del tutto aderenti al precetto normativo e, quindi, nell'area della piena regolarità fiscale. L'abuso del diritto si inserisce nello spazio residuale fra

queste due grandi aree: la sua operatività in concreto dipende, quindi, dalla corretta individuazione delle linee di confine rispetto a ciascuna di esse.

In linea generale, come è stato correttamente osservato in dottrina<sup>68</sup>, l'abuso del diritto si caratterizza per un tratto saliente che è comune anche alle scelte che si possono qualificare in termini di legittimo risparmio fiscale. La caratteristica di fondo di entrambe le condotte è – se così si può dire – la creazione di una fattispecie, nuova e diversa rispetto a quella preesistente (che si presentava cioè prima del compimento dell'operazione), in funzione dell'applicazione di una determinata disciplina fiscale, collegata a tale nuova fattispecie. Il contribuente compie, in altri termini, una scelta tra le varie alternative possibili in modo da integrare i presupposti di una disciplina tributaria già nota *ex ante*. In tal modo si dà vita ad una situazione giuridica nuova per poter rendere operante il regime prescelto<sup>69</sup>.

L'abuso presenta, tuttavia, due requisiti che lo differenziano rispetto al legittimo risparmio di imposta. In primo luogo, nel caso dell'abuso, la costruzione della fattispecie che ha determinato l'applicazione del regime fiscale prescelto risulta in contrasto con le finalità della relativa disciplina, sicché l'accesso a tale regime può ritenersi implicitamente disapprovato, e quindi vietato, dall'ordinamento. Questo presupposto identifica la natura indebita del vantaggio tributario conseguito. In secondo luogo, per poter riscontrare una condotta abusiva la costruzione della fattispecie, oltre a ledere un divieto, per così dire, implicito o inespresso di accesso ad un determinato regime deve risultare – per usare una terminologia di derivazione comunitaria – artificiosa, o, meglio, non genuina. In altri termini per configurare l'abuso, la contraddizione del risultato conseguito dal contribuente rispetto alla *ratio* istitutiva di una disciplina deve combinarsi con la mancanza di ragioni extrafiscali significative. Questo secondo profilo si giustifica ove si rifletta sul fatto che il divieto di avvalersi del regime invocato dal contribuente è comunque inespresso (o meglio non ricavabile dalle norme secondo le ordinarie regole ermeneutiche di cui fra poco diremo), ancorché non estraneo alla *ratio* delle norme stesse o ai principi dell'ordinamento, e per questo motivo – come già sottolineato nei paragrafi precedenti – non ha una dimensione né predeterminata, né univoca. Conseguentemente, la mediazione tra le esigenze di certezza del diritto e quelle di coerenza ed integrità del sistema impositivo avviene

<sup>68</sup> Cfr. per tutti STEVANATO, *Dir e prat. trib.*, 2015, 10695 e ss. e, con riferimento all'omologo concetto di elusione, LUPU, *ex multis* in *Manuale professionale di diritto tributario* IPSOA 2001, 73 e ss. e in *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, a cura di DI PIETRO, Milano, 1999, 262 e ss.

<sup>69</sup> Questa possibilità di scelta è il fulcro dell'autonomia negoziale che si esplica anche al di là ed al di fuori del diritto tributario. Si pensi alle scelte tra vendita e donazione, acquisto diretto o *leasing*, ecc.

facendo prevalere le prime – cioè le esigenze di certezza del diritto – quando la creazione del presupposto impositivo sia fondata su ragioni extrafiscali prevalenti. In altri termini, anche in queste fattispecie suscettibili solo potenzialmente di configurare abuso, il risultato conseguito dal contribuente è comunque il frutto della corretta applicazione di una norma scritta, mentre l'eventuale incongruenza di tale risultato con la *ratio* della disciplina invocata, o con i principi dell'ordinamento fiscale dipende da lacune o carenze delle norme fiscali che non possono ascriversi al contribuente, ma piuttosto al legislatore, e che, per di più, in molti casi non hanno una natura o connotazione obiettiva<sup>70</sup>. Per questo motivo, per configurare l'abuso si chiede qualcosa in più, e cioè, anche l'assenza di ragioni extrafiscali significative.

Quella appena descritta è la piattaforma concettuale comune dell'elaborazione normativa in materia di abuso che è stata adottata sia a livello comunitario – tanto nell'ambito della Raccomandazione UE 6.12.2012<sup>71</sup> che, in modo ancor più chiaro, nella Direttiva UE 121/2015 nonché nella Direttiva UE 2016/1164 – sia nella definizione della clausola antiabuso dell'art. 10 *bis*. L'incongruenza tra il risultato ottenuto e la *ratio* del regime invocato è un primo elemento qualificante della natura abusiva delle operazioni poste in essere per soddisfare i presupposti applicativi di tale regime. La mancanza, poi, di sostanza economica di tali operazioni – così come in via sintomatica testimoniata dalla loro anomalia sotto il profilo giuridico o sotto il profilo delle logiche di mercato – denota, per usare una terminologia di stampo comunitario, la loro natura artificiosa, o meglio la loro non genuinità, e, dunque, l'impossibilità di giustificare la conservazione di un beneficio che risulta già incompatibile con la *ratio* delle norme o i principi dell'ordinamento. In altri termini, l'ordinamento si fa carico delle conseguenze delle lacune e delle imperfezioni normative che hanno consentito di conseguire un vantaggio non voluto dal legislatore fin tanto che la condotta del contribuente non sia preordinata alla strumentalizzazione di tali lacune, e, quindi, quando la finalità essenziale della condotta non sia quella fiscale. Per converso, quando l'operazione è priva di sostanza economica perché non produce effetti extrafiscali significativi, ciò denota che la finalità obiettiva della costruzione posta in

<sup>70</sup> Intendiamo dire che non sempre è possibile distinguere obiettivamente le lacune delle norme dalle scelte compiute consapevolmente dal legislatore. Cfr. sul tema della mediazione tra equità impositiva e certezza del diritto CONTRINO-MARCHESELLI, in *Corr trib.* 37/2015, 3787 e ss.

<sup>71</sup> La Raccomandazione suggeriva agli Stati Membri di introdurre una clausola del seguente tenore: *“una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro 'sostanza economica'”*.

essere dal contribuente era, per l'appunto, quella di ottenere il risultato fiscale indebito, cosa che l'ordinamento non può tollerare<sup>72</sup>.

Una volta, dunque, preso atto che l'abuso risponde allo schema della creazione di una fattispecie in funzione dell'applicazione di un regime fiscale prescelto, va chiarita un'altra più delicata questione: la distinzione delle operazioni abusive da quelle che costituiscono vera e propria evasione in quanto realizzative di una violazione diretta dei precetti fiscali. E' questo un punto spesso trascurato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono occupate dell'abuso, ma è proprio esaminando questo tema che si colgono meglio, a nostro avviso, i limiti applicativi dell'abuso del diritto che, come abbiamo già sottolineato, in un sistema normativo di *civil law* quale il nostro, non può che restare un istituto di applicazione residuale alla stessa stregua, del resto, del negozio in frode alla legge di cui all'art. 1344 del c.c. in ambito civilistico.

**2.2.2.** Per distinguere i comportamenti abusivi da quelli evasivi, un primo passaggio fondamentale è costituito dall'analisi del rapporto tra abuso e corretta **interpretazione della fattispecie**.

E' intuitivo, infatti, che ancor prima di porsi il problema se ricorra o meno una condotta abusiva occorre accertare se il contribuente abbia correttamente ricostruito la disciplina applicabile in funzione degli atti e dei negozi che ha realizzato, dal momento che in caso contrario, siamo al cospetto, come accennato, di fenomeni di natura evasiva. E'

<sup>72</sup> Questi due elementi sono anche talora definiti, rispettivamente, come l'elemento "oggettivo" – per quanto attiene ai vantaggi indebiti – e come elemento "soggettivo" dell'abuso – per quanto attiene alla motivazione solo fiscale così come risultante dall'assenza di sostanza economica e, cioè, da elementi comunque riscontrabili *in rerum natura*. La stessa Corte di Giustizia UE, nella causa C-155/13 *Sices*, si è espressa in questo senso con parole molto chiare:

"31. L'accertamento dell'esistenza di una pratica abusiva richiede che ricorrano un elemento oggettivo e un elemento soggettivo.

32. Per quanto riguarda l'elemento oggettivo, deve risultare da un insieme di circostanze oggettive che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito da tale normativa non è stato raggiunto (v., in particolare, sentenze del 14 dicembre 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Racc. pag. I-11569, punto 52, e del 21 luglio 2005, *Eichsfelder Schlachtbetrieb*, C-515/03, Racc. pag. I-7355, punto 39).

33. Un siffatto accertamento richiede altresì un elemento soggettivo, nel senso che deve risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo essenziale delle operazioni controverse è il conseguimento di un vantaggio indebito. Infatti, il divieto di pratiche abusive non è pertinente allorché le operazioni di cui trattasi possono spiegarsi in modo diverso dal mero conseguimento di vantaggi (sentenza *Halifax* e a., cit., punto 75). La sussistenza di un tale elemento connesso all'intenzione degli operatori può essere dimostrata, in particolare, mediante la prova del carattere puramente artificioso delle operazioni (v., in tal senso, sentenze *Emsland-Stärke*, cit., punto 53, e del 21 febbraio 2008, *Part Service*, C-425/06, Racc. pag. I-897, punto 62)".

quindi indispensabile partire da questo profilo di indagine, oltre che sul piano teorico, anche in sede applicativa.

Come è noto, secondo l'insegnamento tradizionale<sup>73</sup>, l'attività dell'interprete si può scomporre nell'interpretazione della norma – con la quale si identificano gli elementi costitutivi della fattispecie astratta cui è collegato un determinato precetto normativo – e nell'interpretazione del fatto, in cui si verifica la sussistenza in concreto dei medesimi elementi e, dunque, la possibilità di ricondurre la fattispecie realizzata a quella prevista dal legislatore, secondo la tecnica della cd. sussunzione del caso specifico nell'archetipo giuridico corrispondente. Nella dinamica applicativa delle norme, questi due aspetti dell'interpretazione sono strettamente interconnessi tra di loro, tenuto conto che anche l'analisi della fattispecie astratta deve pur sempre essere orientata ad enucleare lo spettro delle possibili fattispecie concrete prese in considerazione dal legislatore. Ai fini espositivi e per svolgere qualche ulteriore notazione, è comunque opportuno prendere in esame i due profili separatamente.

Quanto all'interpretazione della norma, va innanzitutto preso atto che l'assetto normativo attuale è chiaramente incompatibile con la risalente teoria della cd. interpretazione funzionale in materia tributaria, secondo cui l'esegesi della norma dovrebbe essere finalizzata ad individuare il fatto economico che il legislatore intendeva colpire per poi applicare il tributo a tutti i fatti equivalenti, anche se non ricompresi nella fattispecie legale. Se fosse stata ritenuta valida questa teoria, come è logico, sarebbe stata del tutto superflua l'introduzione non solo delle previgenti disposizioni antielusive ma anche dell'attuale clausola generale antiabuso, in quanto l'interprete sarebbe stato autorizzato a colmare in via interpretativa ogni lacuna o manchevolezza dell'ordinamento scritto. Da ciò consegue che l'interpretazione della disciplina tributaria non può che avvenire sulla base degli ordinari canoni ermeneutici delle norme giuridiche. In particolare, come abbiamo già avuto modo di sottolineare (a margine del par. 1.3) le fattispecie impositive sono individuate dal nostro sistema tributario attraverso riferimenti precisi a presupposti e a posizioni giuridico soggettive. Ad esempio, nell'ambito delle imposte sul reddito la titolarità del reddito è intesa in senso giuridico, è individuata, cioè, attraverso fattispecie casistico-legali mentre non è contemplata una disposizione di chiusura che fissi una nozione generale di reddito "entrata" o di reddito "prodotto" sulla base di requisiti di natura economica. Sicchè non vi è motivo per non applicare anche in sede tributaria i criteri di interpretazione ordinari previsti per le norme giuridiche.

<sup>73</sup> Per approfondimenti si rinvia a MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 2003.

In termini più chiari, giova ricordare che le regole fondamentali per l'interpretazione delle norme sono racchiuse nell'art. 12 delle preleggi e che queste regole, per comune opinione – in assenza di diverse indicazioni<sup>74</sup> – sono valide anche per le norme tributarie e devono essere osservate da tutti i soggetti interessati alla loro applicazione (contribuente, Amministrazione finanziaria e giudice tributario). La prima regola è quella dell'**interpretazione letterale** in base alla quale il senso della norma deve essere ricostruito avendo riguardo al significato proprio delle parole utilizzate per individuare la fattispecie secondo la connessione di esse. La particolarità delle norme tributarie è che sovente viene fatto rinvio a termini mutuati da altre branche del diritto, nel qual caso i termini in questione devono intendersi utilizzati dal legislatore fiscale nella medesima accezione che essi assumono nella branca del diritto di provenienza<sup>75</sup>, a meno che lo stesso legislatore non abbia inteso introdurre deroghe espresse o definizioni *ad hoc*. Ad esempio, nel caso di fusione transnazionale con incorporazione da parte di società non residente la fuoriuscita dalla potestà impositiva dello Stato dei beni dell'incorporata che non confluiscono in una stabile organizzazione italiana viene considerata alla stregua di un realizzo (cfr. l'art. 179, comma 6, del TUIR): vi è quindi una deroga al regime civilistico di neutralità della fusione, almeno per quanto attiene alla disciplina interna dell'operazione. Altra deroga, sempre a titolo di esempio, si rinviene per gli atti o negozi a causa illecita che sono inefficaci sul piano civilistico, mentre rimangono idonei a generare proventi imponibili ai fini fiscali per previsione espressa (cfr. l'articolo 14, comma 4, della legge n. 537 del 1993)<sup>76</sup>.

La seconda regola che si desume dall'art. 12 è quella che impone di ricercare il significato della norma in base all'*intenzione del legislatore*. Questo è il canone dell'**interpretazione logico-sistematica** o secondo *ratio legis*. Nel caso delle norme tributarie la *ratio* si coglie normalmente mettendo a fuoco la finalità della norma nel

<sup>74</sup> Particolari indicazioni, ad esempio, si rinvencono nel Commentario OCSE alle convenzioni contro le doppie imposizioni, ove viene specificato che se i termini utilizzati nella convenzione non sono definiti o desumibili dalla convenzione stessa vanno interpretati secondo la legge interna dello Stato in cui la convenzione trova applicazione.

<sup>75</sup> Così, ad esempio, l'operazione di fusione cui fa cenno il legislatore fiscale deve intendersi nella stessa accezione in cui è configurata nel diritto societario, la vendita nello stesso significato del diritto civile, ecc.

<sup>76</sup> La norma in questione recita *"4. Nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale"*.



contesto del tributo, o del sottosistema di regole di funzionamento di un tributo, in cui la norma stessa è collocata<sup>77</sup>.

E' anche utile rammentare che, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, il ricorso alla *ratio* sarebbe possibile solo per dissipare eventuali dubbi sul significato delle parole, e quindi, nell'ipotesi di scarsa chiarezza o di polisemia del dato letterale. In particolare, fino al termine degli anni '60 si riteneva che l'interpretazione letterale fosse in grado di esaurire l'attività dell'interprete ove il dato testuale fosse chiaro, in applicazione del noto brocardo "*in claris non fit interpretatio*". L'indirizzo più recente, viceversa, è quello di considerare anche l'interpretazione logico sistematica come un passaggio necessario per la corretta ricostruzione del significato della norma anche di fronte ad un testo apparentemente chiaro<sup>78</sup>. In quest'ottica, il criterio ermeneutico letterale e quello logico-sistematico vengono posti sul medesimo piano e concepiti entrambi alla stregua di strumenti complementari per l'esegesi del dettato normativo, nel senso che l'interpretazione letterale è solo il primo momento dell'atto interpretativo che si completa con l'inquadramento della *ratio* della norma. Quale che sia la tesi

<sup>77</sup> L'interpretazione logico sistematica, secondo la dottrina più avvertita (BIANCA in *Diritto Civile*, Milano Giuffrè, 1978, 99 e ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2001, 39 e ss.; TORRENTE SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2011, 53 e ss.) si fonda su due elementi fondamentali. Il primo elemento è costituito dall'interesse specifico che il legislatore intendeva tutelare con l'emanazione della norma. L'interesse in questione, naturalmente non coincide con le intenzioni soggettive di chi ha concorso all'emanazione della legge ma con l'intento obiettivo della legge che, per definizione, interviene per la tutela di interessi che si ritengono socialmente rilevanti. Per stabilire quale sia l'interesse tutelato costituiscono riferimento utile non solo e non tanto i lavori preparatori – che spesso riflettono la volontà soggettiva degli estensori della norma – quanto il contesto storico in cui è maturato l'intervento legislativo, nonché le soluzioni normative eventualmente adottate in precedenza per regolare il medesimo fenomeno. Il secondo parametro di riferimento dell'interpretazione logico sistematica è costituito dal contesto delle altre norme che concorrono a tutelare il medesimo interesse specifico e che interferiscono con l'applicazione della norma in esame. Il significato della norma, cioè, può essere ricostruito attuando il necessario coordinamento con le altre disposizioni che regolano la medesima fattispecie in modo da garantire una loro coerente applicazione.

Il risultato dell'interpretazione logico sistematica in base ai suddetti parametri può essere quello di attribuire un significato meno ampio rispetto a quello desumibile dalla lettera della norma (cd. interpretazione restrittiva) ovvero un significato più ampio rispetto a quello risultante dalla mera interpretazione letterale (cd. interpretazione estensiva).

Va peraltro segnalato che entrambi i parametri appena ricordati sono soggetti a mutamenti evolutivi, nel senso che nel corso del tempo possono venirsi a modificare non solo i rapporti e le gerarchie tra i vari interessi tutelati dall'ordinamento, ma anche il contenuto del contesto normativo di riferimento in cui la disposizione è inserita e che aveva concorso ad una determinata ricostruzione del suo significato. L'interpretazione logico - sistematica può quindi subire variazioni nel corso del tempo.

<sup>78</sup> Per seguire le tappe di questa evoluzione può essere utile consultare il *Trattato di diritto privato* a cura di RESCIGNO, Utet, 1996, 423 e ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980; FROSINI, *Lezioni di teoria generale dell'interpretazione giuridica*, Bulzoni, 1993; GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993.

ritenuta preferibile, va comunque sottolineato che la *ratio* della norma, mentre può migliorare o meglio calibrare il significato del dato letterale della norma, non è stata mai ritenuta idonea a travolgerne la portata, nel senso che la fattispecie astratta così come desumibile dal testo di una norma non può essere cancellata invocando ragioni superiori di coerenza con altre norme tributarie o con l'ordinamento. Il motivo di questa impossibilità è evidente e risiede nel fatto che la norma si compone di un enunciato e l'enunciato è lo strumento con il quale la norma viene portata a conoscenza dei suoi destinatari. Se l'interpretazione logico-sistematica potesse prescindere dal contenuto dell'enunciato, si perderebbe una caratteristica fondamentale dell'ordinamento scritto e, cioè, quello della predeterminazione e prevedibilità della disciplina normativa<sup>79</sup>.

Ciò che preme subito sottolineare, prima di procedere oltre in questa analisi, è che i canoni ermeneutici utilizzati ai fini dell'interpretazione della norma e fin qui descritti – canoni che attribuiscono un ruolo centrale al dato letterale da coniugare con la *ratio* della norma stessa – finiscono comunque per convergere sulla definizione di una fattispecie astratta tipica cui la norma è sicuramente applicabile. Ed è proprio su questa fattispecie astratta tipica che si innesta la condotta abusiva la quale, come già accennato, si propone, per l'appunto, di realizzare i presupposti applicativi tipici di un determinato regime fiscale con la particolarità tuttavia di pervenire ad un risultato di per sé disapprovato dall'ordinamento in quanto non voluto dal legislatore<sup>80</sup>. Nella selezione di questi presupposti, cioè, il contribuente prende in considerazione proprio quegli elementi costitutivi della fattispecie legale che corrispondono, in sé considerati, tanto all'interpretazione letterale quanto all'interpretazione logica della norma, nei limiti in cui tale interpretazione logica può essere applicata, ossia senza travolgere – come detto – il dato letterale. Si comprende allora che l'abuso si colloca al di là dei confini dell'interpretazione delle norme giuridiche secondo gli ordinari canoni ermeneutici di ordine letterale e logico sistematico<sup>81</sup>. Del resto, come vedremo meglio nel successivo

<sup>79</sup> Del resto non sembra neanche possibile ammettere che l'interpretazione in chiave evolutiva delle norme possa giungere a prevalere sull'enunciato letterale delle norme stesse. Al riguardo la dottrina ha rilevato che, pur dando atto dei possibili cambiamenti nella scala dei valori sociali, il nostro ordinamento rimane pur sempre basato sul criterio di predeterminazione normativa delle fattispecie e non sull'equità. Sicché le norme contrastanti con i nuovi valori sociali, se già non illegittime sul piano costituzionale, vanno riscritte dal legislatore e non possono essere disapplicate in via interpretativa.

<sup>80</sup> La disapprovazione implicita si desume, come vedremo meglio in seguito, dalla contraddizione tra il risultato conseguito e la *ratio* della norma stessa o con i principi dell'ordinamento. Si tratta, cioè, di verificare se la creazione dei presupposti per avvalersi di una determinata disciplina fiscale risulti compatibile o meno con le finalità sottostanti a quella medesima disciplina ancorché non compiutamente espresse dal suo tenore letterale.

<sup>81</sup> Ad esempio, nell'ipotesi del cd. *leveraged cash out* – sulla quale torneremo in seguito – se si assume che la *ratio* della disciplina di rivalutazione delle partecipazioni sia effettivamente quella di riconoscere gli effetti

par. 2.3, la verifica della sussistenza di una condotta abusiva va ben oltre la lettera della norma e parte dall'individuazione della sua *ratio* per poi porla a raffronto con il risultato ottenuto. In termini più chiari, poiché l'abuso si esplica quando la *ratio* della norma è vincolata da un dato testuale imperfetto (perché non contempla divieti di accesso ad un regime fiscale), il contrasto dell'abuso presuppone logicamente un utilizzo della *ratio* della norma che va al di là dei limiti imposti dai canoni ermeneutici dell'art. 12 delle preleggi, in modo da colmare le lacune della lettera della norma.

Sotto altro profilo va ricordato per completezza, che lo stesso art. 12, comma 2, delle preleggi oltre alle regole di interpretazione delle norme prevede anche, in termini generali, la possibilità per l'interprete di fare ricorso all'**analogia**. In particolare, la cd. analogia *legis*, è quel criterio che, in presenza di una fattispecie non prevista dalla legge fa applicazione di una norma che disciplina una fattispecie simile – ossia che presenta i medesimi elementi sostanziali – o una materia analoga. In mancanza di una norma che regoli casi simili, l'art. 12 ammette inoltre l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, ossia la cd. analogia *iuris*. Ciò posto, va anche sottolineato che, per quanto riguarda le norme tributarie che delineano la fattispecie impositiva, il ricorso all'analogia (sia *legis* che *iuris*) viene da sempre escluso dalla dottrina in modo pressochè unanime. Alcuni autori giungono a questa conclusione perché in mancanza di una norma impositiva si dovrebbe riconoscere la piena esplicazione della libertà patrimoniale dell'individuo costituzionalmente garantita, con la conseguenza che non potrebbe riscontrarsi quella lacuna normativa che è il presupposto stesso

della rivalutazione nelle sole fattispecie suscettibili di dar luogo a redditi diversi (cd. *capital gain*) e non nelle fattispecie di recesso (nelle quali si conseguono dividendi), così come più volte sostenuto dall'Amministrazione finanziaria, l'operazione di cessione della partecipazione rivalutata ad una *holding* intermedia posseduta dallo stesso socio cedente – che poi paghi il corrispettivo con i dividendi provenienti dalla società ceduta – è pienamente conforme sia alla lettera che alla *ratio* di questa disciplina così come recepita dal testo della norma, sicchè l'interpretazione logico-sistematica della norma non denota la natura indebita del risultato conseguito (ossia della monetizzazione del costo rivalutato della partecipazione tramite un suo realizzo). Se tuttavia si confronta la *ratio* della norma non con le singole operazioni ma con il risultato complessivo conseguito dal contribuente, si comprende che il rispetto della *ratio* è solo formale e non sostanziale in quanto la monetizzazione del costo rivalutato, nel caso ipotizzato, avviene – in ultima analisi – con risorse proprie della partecipata e dunque con effetti analoghi a quelli di un recesso tipico che avrebbe dato luogo, per il socio, ad un reddito di capitale e non ad un reddito diverso (*capital gain*). Vedremo, peraltro, in seguito che secondo altra tesi la *ratio* della disciplina di rivalutazione sarebbe quella di consentire l'utilizzo del maggior valore fiscalmente riconosciuto in ogni ipotesi di disinvestimento e, quindi, anche nel caso di recesso. Pur muovendosi in quest'ottica, il risultato sarebbe comunque in contrasto con la *ratio* così ricostruita in quanto nella fattispecie ipotizzata non si realizza un disinvestimento effettivo da parte del socio ma solo un incasso "indiretto" dei dividendi della società partecipata le cui partecipazioni rimangono nella disponibilità del socio attraverso un possesso indiretto (tramite, cioè, la *holding*).

dell'analogia<sup>82</sup>. Altri sostengono che il divieto di analogia risiederebbe nella riserva di legge in materia tributaria (art. 23 Cost.) nonché nel fatto che le norme impositive sono norme a fattispecie esclusiva che in quanto tali possono operare solo nelle ipotesi che intendono disciplinare<sup>83</sup>. Tutto ciò induce ad escludere che l'interpretazione (*rectius* integrazione) analogica possa essere utilizzata come strumento di contrasto delle condotte abusive. Per di più va aggiunto che lo strumento dell'integrazione della disciplina tributaria tramite il ricorso all'analogia – anche laddove in ipotesi ritenuto ammissibile – risulterebbe comunque inappropriato nel caso dell'abuso. Ciò in quanto – ripetiamo ancora – la condotta abusiva non si esaurisce nella realizzazione di una fattispecie rimasta priva di regolamentazione, ma si basa invece sulla creazione dei presupposti per l'applicazione di una disciplina esistente e più favorevole: la lacuna dell'ordinamento, semmai, riguarda l'assenza di un divieto esplicito ad avvalersene in determinate circostanze.

L'altra fase fondamentale dell'interpretazione, come già detto, è la ricostruzione della fattispecie concreta, al fine di poter operare un raffronto con la fattispecie astratta. Anche in questo caso soccorrono le ordinarie regole interpretative dei negozi e dei contratti (art. 1362 e ss. c.c). In base a queste regole non si può escludere che un negozio, ancorchè identificato dal contribuente con un determinato *nomen iuris*, possa essere oggetto di **riqualificazione** e ricondotto quindi ad una fattispecie legale diversa rispetto a quella invocata dal contribuente, quando non presenti gli elementi costitutivi dell'atto menzionato ma di altro negozio tipico. Anche ai fini fiscali il riferimento formale ad un negozio tipizzato non è sufficiente quando, nell'ambito del medesimo negozio, siano presenti clausole che ne alterino il contenuto facendone venir meno i requisiti essenziali. Si pensi, ad esempio, ad un contratto che venga denominato dalle parti come vendita di un bene, ma che presenti invece i requisiti tipici dell'appalto<sup>84</sup>.

Meno immediato è stabilire se – e fino a che punto – la riqualificazione possa trovare spazio nelle ipotesi in cui, in luogo di un atto isolato corredato da clausole atipiche che

<sup>82</sup> In terminis RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Giuffrè 1996, 97 e ss.

<sup>83</sup> Cfr. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, UTET 2000, 53 e ss. Si segnala, sul punto, che anche il legislatore, nella legge delega n. 80 del 2003 con cui aveva demandato al governo di introdurre un apposito codice delle norme tributarie, aveva espressamente fissato il principio secondo cui "è vietata l'applicazione analogica delle norme fiscali che stabiliscono il presupposto e il soggetto passivo dell'imposta, le esenzioni e le agevolazioni" (art. 2, comma 1 lett. e).

<sup>84</sup> In questi casi l'inconciliabilità delle pattuizioni convenute con lo schema legale invocato legittima senz'altro una diversa qualificazione della fattispecie, fermo restando che la ricognizione delle effettive caratteristiche dell'operazione non può che avvenire sulla base delle ordinarie regole civilistiche di interpretazione dei contratti.

ne smentiscano la natura, vi sia una sequenza di atti di diverso contenuto collegati tra di loro. Il tema è se nell'ipotesi di collegamento – che è quella più frequente nelle condotte abusive – sia possibile o meno considerare la sequenza di atti in modo unitario, ossia alla stregua di un unico negozio, in modo da ricondurla ad una tipologia diversa rispetto a quella delle singole operazioni che la compongono<sup>85</sup>. In proposito, se si condivide la premessa secondo cui la riqualificazione debba attenersi alle ordinarie regole di interpretazione dei contratti, la questione dovrebbe essere risolta in senso negativo, nel senso che il collegamento negoziale tra atti astrattamente autonomi non consente di considerare la sequenza alla stregua di un unico negozio cui attribuire un determinato *nomen iuris*. Come riconosciuto dalla giurisprudenza, infatti, gli atti legati da un nesso di collegamento si contraddistinguono per un elemento di comunanza del risultato pratico perseguito<sup>86</sup> che non annulla l'autonomia dei singoli negozi, nè l'applicazione delle rispettive regole di validità ed efficacia, e che comporta viceversa l'aggiunta di ulteriori regole specifiche dovute al nesso di interdipendenza tra negozi<sup>87</sup>.

<sup>88</sup>. Ne consegue che finchè ogni atto della sequenza negoziale corrisponde al suo

<sup>85</sup> Ad esempio, nell'ipotesi di un conferimento in denaro in favore di una controllata che venga restituito al socio persona fisica a titolo di corrispettivo per l'acquisto di una partecipazione di proprietà dello stesso socio si può porre il problema di stabilire se il vantaggio in termini di ACE derivante dall'apporto iniziale (ammesso che si tratti di un vantaggio indebito) debba essere disconosciuto non mediante il ricorso alla clausola antiabuso, ma in quanto l'operazione sia già da riqualificare, nel suo complesso, alla stregua di un conferimento in natura (*rectius* di un conferimento della partecipazione formalmente ceduta) e non di un conferimento in denaro in favore della controllata (cfr. la nota 88).

<sup>86</sup> Peraltro, come già evidenziato, il fatto che il fine pratico sia di natura fiscale non determina di per sé un difetto genetico della causa del contratto.

<sup>87</sup> Anche in presenza di collegamento negoziale, cioè, continuano a valere le regole dell'invalidità, dell'inefficacia, della risoluzione per inadempimento, del recesso ed in generale l'intera disciplina delle singole figure contrattuali collegate, sicchè non sembra possibile ammettere una riqualificazione della sequenza sotto la prospettiva unificatrice del fine pratico comune. Naturalmente qui ci riferiamo ai casi diversi rispetto a quelli di un frazionamento di un contratto tipico in singoli atti negoziali che, secondo parte della dottrina civilistica, sarebbero riconducibili ad unità in via interpretativa (cfr. GABRIELLI, *Contatto e operazione economica* in Digesto, Utet, 2011, 243 e ss.). Sempre in merito al frazionamento di un contratto tipico, ricordiamo per completezza che altri autori si interrogano, invece, sulla possibilità di ricondurre il fenomeno alla frode alla legge (cfr. CRICENTI, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, 385 e ss.). In dottrina, vi è poi anche chi ritiene che la prospettiva unificatrice dell'interesse concreto perseguito dalle parti (cd. causa in concreto) sia tale da travolgere l'autonomia dei singoli negozi e da consentire sempre una loro automatica riqualificazione (cfr. NUZZO, *La causa* in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Giuffrè, 2006, 199). Questa tesi che però si scontra con la stessa possibilità di configurare la frode alla legge in materia civilistica e l'abuso in ambito fiscale negando a questi istituti ogni spazio di applicazione (cfr. le condivisibili considerazioni di PROSPERI, in *Dir. e prat. trib.* 2012, I, 717 e ss.).

<sup>88</sup> Viceversa, l'eventualità di una riqualificazione potrebbe riproporsi quando la fattispecie concreta risponda allo schema del negozio unitario di natura complessa, con pattuizioni che devono essere considerate a tutti gli effetti come parte integrante di un unico contratto, e non all'ipotesi di un

contenuto tipico, la circostanza che la loro combinazione sia finalizzata a realizzare uno scopo pratico ulteriore – anche se di natura fiscale – non autorizza l'interprete ad inquadrare la fattispecie concreta in modo diverso rispetto a quanto è desumibile dai singoli negozi realizzati<sup>89</sup>.

Va rimarcato, a questo punto, che anche per quanto attiene alla ricostruzione del fatto, l'abuso si colloca al di fuori della sfera di un possibile intervento volto alla sua riqualificazione del fatto in via interpretativa, seguendo cioè i canoni interpretativi dell'art 1362 e ss. del c.c. in tema di interpretazione dei contratti. Poichè l'obiettivo è quello di soddisfare i presupposti applicativi di un regime specifico, è chiaro che la

collegamento di negozi autonomi. La Cassazione, al riguardo, ha osservato che *"il negozio complesso è contrassegnato da una causa unica, là dove, nel collegamento negoziale, distinti ed autonomi negozi si riannodano ad una fattispecie complessa pluricausale, della quale ciascuno realizza una parte, ma pur sempre in base ad interessi immediati ed autonomamente identificabili"* (Cfr. sentenze 11 settembre 2014, nn. 19645/19246).

Comprendere quando ricorra il negozio complesso e/o il collegamento negoziale non è sempre agevole anche se qualche utile indicazione può forse ricavarsi dai principi che la Cassazione ha elaborato in materia di tributo di registro, trovandosi a dover distinguere a tali fini tra negozio complesso, che è assoggettato ad un'unica imposta, e negozi collegati che sono assoggettati ad imposta distintamente ed autonomamente (cfr. art. 21 commi 1 e 2 del d.p.r. n. 131 del 1986). La Suprema Corte ha chiarito che *"le disposizioni soggette a tassazione unica"* riconducibili cioè alla nozione di negozio complesso *"sono soltanto quelle fra le quali intercorre, in virtù della legge o per esigenza obiettiva del negozio giuridico, e non per volontà delle parti, un vincolo di connessione, o compenetrazione, immediata e necessaria: occorre, cioè, che sussista tra le convenzioni, ai fini della tassazione unica, un collegamento che non dipenda dalla volontà delle parti, ma sia, con carattere di oggettiva causalità, connaturato, come necessario giuridicamente e concettualmente, alle convenzioni stesse"* (cfr. in terminis anche la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 35/E del 2015). Sulla base di questa premessa la Corte, come ricorda l'Agenzia nella risoluzione 35/E del 2015, *"ha ritenuto che nelle seguenti fattispecie ricorre un collegamento negoziale tra distinte pattuizioni – ciascuna adeguatamente giustificata sotto il profilo causale – e non già un negozio complesso: - atto contenente la cessione di più quote sociali da parte di più cedenti a più cessionari (Cass. ordinanza 11 settembre 2014, n. 19245); - atto contenente la cessione di più quote sociali da parte di più cedenti ad un unico cessionario (Cass. ordinanze 5 novembre 2014, n. 23518 e 11 settembre 2014, n. 19246); - atto contenente la cessione di una quota sociale da parte dell'unico titolare a più cessionari (Cass. ordinanza 19 febbraio 2015, n. 3300; ordinanza 29 ottobre 2014, n. 22899)"*.

Applicando questi criteri al nostro tema di indagine sembrerebbe logico assumere che l'eventuale riqualificazione possa operare solo quando vi sia un vincolo "necessitato" tra gli atti della sequenza negoziale e che, viceversa, la riqualificazione sia preclusa quando le singole pattuizioni sono astrattamente separabili e risultino connesse per volontà delle parti.

Così, nell'esempio cui si è già fatto cenno nella precedente nota 85, in cui il conferimento in denaro veniva accompagnato da una successiva cessione della partecipazione alla medesima società che aveva ricevuto l'apporto, non sembra possibile ricostruire la fattispecie come un negozio unitario e complesso di conferimento della partecipazione. Ciò in quanto l'apporto in denaro non è necessariamente collegato al trasferimento della partecipazione e il vincolo di connessione tra i due negozi è chiaramente il frutto di un atto di volontà delle parti. Siamo quindi in presenza di un collegamento negoziale che, per quanto già evidenziato nel testo, non consente di per sé di travolgere in via interpretativa i singoli contratti della



condotta abusiva si propone non soltanto di identificare la fattispecie legale tipica corrispondente a tale regime, ma anche di realizzarne gli elementi costitutivi in modo del tutto conforme dal punto di vista giuridico, senza esporsi ad eventuali fraintendimenti sul contenuto degli atti compiuti. Ciò anche quando si tratti di atti collegati tra loro per ottenere quell'ulteriore effetto pratico in cui si incentra, per l'appunto, il fenomeno abusivo.

In conclusione, da queste considerazioni si trae conferma, a nostro avviso, che l'abuso opera "a valle" rispetto all'interpretazione della fattispecie sia per quanto attiene all'esatta ricostruzione della fattispecie legale, sia per quanto attiene al rispetto dei relativi presupposti.

**2.2.3.** Nella delimitazione del concetto di abuso rispetto agli altri concetti contigui e, in particolare, ai fenomeni di natura evasiva – al di là della fase preliminare dell'interpretazione della fattispecie di cui ci siamo appena occupati – il tema forse più

---

sequenza negoziale.

<sup>89</sup> Ci riferiamo al caso in cui l'applicazione dell'imposta di registro dipenda – come avviene nella generalità dei casi – dalla natura giuridica dell'atto e si sia in presenza di una sequenza di negozi collegati che mantengano la loro causa tipica, cui si aggiunga la finalità ulteriore di soddisfare un interesse pratico delle parti. In casi del genere non è consentito riqualificare la sequenza negoziale come se si trattasse di un unico atto poichè, anche ai fini del tributo di registro, la natura degli atti va accertata in base alle ordinarie regole di interpretazione dei contratti. Ad esempio, tornando ancora una volta all'ipotesi di un conferimento di azienda cui faccia seguito una cessione della partecipazione nella società conferitaria – ipotesi ricordata nella nota 36 a commento della recente sentenza n. 9582 del 2016 – non appare sostenibile, a nostro avviso, che il collegamento negoziale legittimi un inquadramento complessivo dell'operazione alla stregua di una cessione di azienda, *rectius* di una compravendita di cose dietro pagamento di un prezzo. Una conclusione del genere, per quanto accreditata dalla Cassazione (cfr. oltre alla citata e più recente sentenza n. 9582 del 2016; Cassazione n. 8655 del 2015; n. 3482 del 2014; n. 16345 del 2013), è, a nostro avviso, in palese contrasto con le ordinarie regole di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta e non appare pertanto condivisibile. In altri termini, ci possiamo porre il problema, in questi casi, se sia o meno applicabile la clausola antiabuso dell'art. 10 *bis* – cosa di cui ci occuperemo in seguito (cfr. il par. 3.7) – ma non possiamo giungere alla conclusione che, in base alle regole ermeneutiche ordinarie, tali distinti atti negoziali siano riqualificabili *tout court* in un unico contratto di compravendita del bene.

Più delicato, viceversa, è il problema che si può porre quando, ai fini del tributo di registro, si debba attribuire una rilevanza ad un accordo verbale, nel qual caso gli atti posti in essere possono essere assunti nella loro connessione come un argomento di prova della eventuale sussistenza di tale accordo. Si pensi all'ipotesi in cui le parti realizzino una serie di cessioni di singoli beni che, pur se formalmente separate, siano tali da ricomporre l'unità funzionale dell'azienda presso l'acquirente. In una fattispecie del genere, pur rimanendo ferma l'autonomia e la validità delle singole cessioni, il contesto ed il risultato finale conseguito lasciano ipotizzare che tali vendite costituiscano attuazione di un accordo verbale a monte riguardante la cessione dell'intero ramo di azienda.

delicato e di maggior rilievo pratico attiene senz'altro al rapporto tra l'abuso del diritto e la **simulazione**.

Come abbiamo già accennato e come approfondiremo ancora in seguito, la condotta abusiva delineata dall'art. 10 *bis* si fonda anche sul requisito della mancanza di sostanza economica che viene definita attraverso il ricorso a vari indici rivelatori, quali la circolarità delle operazioni, la diversità tra forma giuridica del negozio e sua funzione specifica e la non corrispondenza delle scelte negoziali alla normale logica di mercato.

Ciò posto, secondo alcuni commentatori, il presupposto della mancanza di sostanza economica non sarebbe facilmente distinguibile dall'ipotesi di costruzione di una fattispecie artificiosa, ossia di una fattispecie che non trova corrispondenza nella realtà effettuale e che contribuisce all'occultamento di tale realtà. In particolare, la mancanza di sostanza economica evocherebbe il fatto che gli atti elusivi sono solo apparenti e che, in virtù di questa apparenza, risponderebbero *in toto* all'archetipo della simulazione, in cui, per coprire una realtà negoziale diversa, la forma diverge dalla sostanza e la struttura dell'atto non corrisponde alla sua funzione. In quest'ottica, in definitiva, la totalità delle condotte di natura abusiva, dovendo incardinarsi sulla mancanza di sostanza economica, potrebbe in realtà ricondursi allo schema della simulazione e, quindi, essere sempre oggetto di contestazione quale comportamento di natura evasiva<sup>90</sup>.

Le ricadute di questa tesi sarebbero molto gravi non solo dal punto di vista sistematico, dal momento che azzererebbero di fatto ogni rilevanza della codificazione dell'abuso, ma anche sul piano pratico applicativo, specie se si tiene conto delle eventuali conseguenze penali connesse alla simulazione e alla frode. A questo ultimo riguardo va ricordato che il legislatore del D.L.vo n. 158 del 2015 ha compiuto la scelta di depenalizzare l'abuso del diritto ed ha provveduto, al contempo, ad inasprire e ad ampliare la fattispecie di reato di cui all'art. 3 del D.L.vo n. 74 del 2000 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici) che, nel nuovo assetto normativo, vede come elementi rilevanti della condotta anche le operazioni simulate e non è più legato al presupposto della dimostrazione del cd. falso contabile, ossia della falsa rappresentazione nelle scritture contabili obbligatorie.

In pratica, se la simulazione fosse preminente rispetto all'abuso fino al punto di assorbirlo, si finirebbe per espandere in maniera incontrollata le fattispecie penalmente rilevanti. A questa espansione, peraltro, contribuirebbe in modo decisivo non soltanto

<sup>90</sup> Così, già prima della codificazione della clausola antiabuso, GENTILI, *Ianus* 1/2009, 2 e ss.

la semplificazione della struttura del reato cui si è detto, ma anche la tendenza della giurisprudenza penale tributaria a valutare autonomamente le fattispecie di reato a prescindere dalla sussistenza o meno dei presupposti della pretesa tributaria così come accertati dalla Amministrazione finanziaria o dal giudice tributario. La simulazione (al pari della frode) potrebbe perciò ravvisarsi in ogni condotta che abbia una potenziale valenza ingannevole, ossia di occultamento della realtà sostanziale attraverso l'utilizzo di una forma apparente, indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti tipici della simulazione ai fini civilistici e, cioè, dall'esistenza di un negozio dissimulato (nel caso di simulazione relativa) o dalla volontà di non compiere alcun atto negoziale (nel caso di simulazione assoluta).

A nostro avviso, questo pericolo dovrebbe poter essere scongiurato tenendo presente che il rapporto tra simulazione e abuso, nel nuovo assetto normativo, non può che essere ricostruito partendo dalle indicazioni fornite dallo stesso d.l.vo n. 158 del 2015 di revisione del sistema sanzionatorio penale tributario. Il decreto n. 158, oltre ad inserire anche le operazioni simulate tra i presupposti del reato di cd. dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 3 del D.L.vo n. 74 del 2000, ha anche introdotto un'apposita definizione nell'ambito dell'art. 1 lett. g *bis* del D.L.vo n. 74 del 2000 in base alla quale *“per operazioni simulate oggettivamente e soggettivamente si intendono le operazioni apparenti diverse da quelle disciplinate dall'art. 10 bis della legge 27 luglio 2000 n. 212”,* ossia diverse dalle operazioni abusive, *“poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti”*. Il legislatore in tal modo si è fatto carico di precisare che le operazioni abusive vanno tenute distinte dalle operazioni simulate e che non è possibile invocare l'autonoma rilevanza penale delle operazioni abusive in funzione della loro ipotetica decettività<sup>91</sup>. In altri termini, la definizione della ricordata lett. g *bis* dell'art. 1 lascia intendere che le operazioni “volute” dal contribuente che le pone in essere (*rectius* i cui effetti sono voluti), anche se prive di sostanza economica e poste in essere per motivi fiscali non sono operazioni simulate, ma al limite possono essere disconosciute tramite la clausola antiabuso, mentre quelle non volute (*rectius* i cui effetti non sono voluti) sono qualificabili come simulate e integrano il reato di dichiarazione fraudolenta mediante artifici, ove utilizzate per evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto.

<sup>91</sup> Basti pensare che il legislatore del D.L.vo n. 158 del 2015, come si evince dalla relazione illustrativa, ha sostituito la locuzione di operazioni *“non integranti abuso del diritto”* con quella di operazioni *“diverse rispetto a quelle soggette alla clausola antiabuso”*. In tal modo è stata recepita una osservazione delle competenti commissioni parlamentari che era finalizzata a meglio *“distinguere la fattispecie della simulazione da quella dell'abuso del diritto”*.

La distinzione tra abuso e simulazione, dunque, risiede proprio nel requisito individuato dall'art. 1 lett. g *bis* e cioè nel fatto che le operazioni simulate sono caratterizzate dalla volontà del contribuente di non sottoporsi agli effetti che promanano dalle operazioni compiute e di conformarsi invece agli effetti di altri atti o operazioni ovvero a nessun effetto rispetto a quelli manifestati all'esterno<sup>92</sup>. Viceversa, nel caso dell'abuso, poiché il contribuente pone in essere l'operazione per costruire la fattispecie applicativa del regime fiscale prescelto, gli effetti delle operazioni compiute sono accettati e voluti (anzi selezionati *ad hoc* in funzione della disciplina fiscale che si vuole sia applicata). In questo senso, come già accennato, nell'ambito dell'abuso il requisito della mancanza di sostanza economica non ha il ruolo di certificare la presenza di operazioni o negozi dissimulati, ma ha una funzione diversa e specifica: quella di rivelare che la costruzione della fattispecie impositiva più favorevole è avvenuta per motivi eminentemente fiscali. Con l'ulteriore conseguenza che se questo elemento si combina con il conseguimento di un vantaggio indebito (*rectius*: con la violazione della *ratio* delle norme o dei principi dell'ordinamento) può attivarsi la clausola antiabuso.

Naturalmente, in casi specifici, le circostanze evidenziate dall'art. 10 *bis* come indici della mancanza di sostanza economica possono anche essere sintomatiche di eventuali fattispecie simulatorie. Per poter invocare la simulazione è, tuttavia, necessario che l'Amministrazione compri la sussistenza di un *quid pluris*, vale a dire che il contribuente intendeva attribuire una rilevanza ad una realtà negoziale nascosta sterilizzando gli effetti di quella palesata o che comunque il contribuente non intendeva perseguire gli effetti dell'operazione posta in essere. La dimostrazione, per l'appunto, che una operazione sia stata in tutto o in parte non voluta da chi l'ha posta in essere, così come prescrive la norma, implica, infatti, l'esistenza di una volontà differente, volta ad annullare, in modo occulto rispetto alla realtà esternata ai terzi, gli effetti della medesima operazione<sup>93</sup>. Quando invece il contribuente modifichi *erga omnes* la propria situazione giuridico economica per poter soddisfare i presupposti di una determinata disciplina tributaria, come avviene nell'abuso, è *in re ipsa* che il fenomeno non è inquadrabile nella simulazione, in quanto ciò che appare corrisponde *in toto* a ciò che si vuole<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Si pensi al caso in cui, ad esempio, venga simulato un rapporto di lavoro dipendente in cui la prestazione non è effettuata e la retribuzione corrisposta viene in tutto o in parte ristornata all'impresa. In questo caso, come è logico, le parti non vogliono gli effetti del negozio fittizio, che viene concluso al fine di evadere le imposte.

<sup>93</sup> Si consideri l'ipotesi cui si è appena fatto cenno (nella nota n. 92) del ritorno della retribuzione del dipendente fittizio.

<sup>94</sup> Quanto osservato nel testo, a ben vedere, assume rilievo anche nell'ipotesi in cui vi sia una circolarità delle operazioni in cui gli effetti del primo negozio siano eventualmente annullati sul piano economico da

In coerenza con quanto fin qui osservato, occorre rimarcare che quando vi sia un interesse pratico del contribuente diverso dalla forma tipica dell'atto realizzato, anche se si tratta di un interesse pratico di natura fiscale, non siamo di fronte ad un'ipotesi di simulazione dal momento che, per quanto già messo in rilievo, l'atto a forma tipica è idoneo a produrre effetti giuridici ed è quindi pienamente voluto ed accettato per questi effetti anche in presenza di tale divergenza. *A fortiori*, la medesima conclusione dovrebbe valere anche nel caso di una pluralità di atti o contratti connessi tra di loro dal momento che il collegamento negoziale realizza un interesse pratico che va al di là della causa dei singoli atti, ma che mantiene intatta la causa di ciascuno. Lo stesso collegamento tra negozi si fonda sul fatto che ciascun negozio connesso, distintamente considerato, sia in grado di produrre i propri effetti giuridici, sicchè non sembra possa esservi spazio per invocare la simulazione<sup>95 96</sup>.

### 2.3. Il contrasto tra il risultato dell'operazione abusiva e la *ratio* delle norme o dei principi fiscali

La disamina dello "spazio vitale" del concetto di abuso svolta nel paragrafo precedente è propedeutica all'analisi delle varie questioni interpretative relative agli elementi costitutivi dell'abuso. A questi fini, per comodità espositiva, sembra opportuno invertire l'ordine espositivo dell'art. 10 *bis* e prendere le mosse innanzitutto dal requisito del vantaggio tributario indebito che si consegue con le operazioni abusive.

L'elemento qualificante della nuova disciplina antiabuso è che il risultato conseguito, ai fini fiscali, mediante l'applicazione del regime prescelto dal contribuente contraddica le finalità delle norme fiscali o i principi dell'ordinamento.

---

negozi successivi. Anche in quest'ultima ipotesi non vi è alcuna divergenza tra quanto è stato voluto dal contribuente e quanto palesato *erga omnes*.

<sup>95</sup> Non a caso la Cassazione (cfr. la sentenza n. 13861 del 2013) ha affermato che i contratti collegati devono essere voluti per i loro effetti giuridici e che, pertanto non è possibile ipotizzare un collegamento negoziale che coinvolga un negozio simulato, dal momento che la simulazione si propone di realizzare effetti diversi rispetto a quelli del negozio formalmente posto in essere. In altri termini, l'incompatibilità tra simulazione e collegamento negoziale è tale per cui, per ipotizzare un collegamento negoziale, le parti devono volere gli effetti tipici dei singoli negozi conclusi senza alcuna volontà simulatoria.

<sup>96</sup> Così, ritornando alla fattispecie del nostro esempio relativo all'apporto di denaro cui faccia seguito un acquisto di partecipazione dal medesimo socio apportante che determini la restituzione dell'apporto originario, non sembra sostenibile la tesi secondo cui l'operazione complessivamente intesa possa assumersi come simulata e diretta a nascondere l'effettuazione di un conferimento in natura. L'iniziale apporto e la successiva cessione della partecipazione si trovano in rapporto di collegamento negoziale e sono entrambi voluti per i loro effetti tipici, pur essendo legati tra di loro per soddisfare un interesse pratico ulteriore di natura fiscale, che non esclude, ma anzi, presuppone, che ciascuno degli atti (apporto iniziale e cessione della partecipazione) produca gli effetti suoi propri.

Per meglio chiarire il contenuto di questo primo requisito dell'abuso, va fatta una premessa di fondo; premessa che dovrebbe costituire, a nostro avviso, punto di riferimento comune all'analisi dei vari aspetti della nuova disciplina che sarà svolta in questo e nei successivi paragrafi.

In termini generali, gli schemi di attuazione delle condotte abusive si possono raggruppare, sia pure in modo del tutto atecnico – ce ne rendiamo conto – in due categorie: le operazioni che possiamo definire “circolari” o di rilievo meramente fiscale e le operazioni “lineari”<sup>97</sup>.

Nella prima macrocategoria si collocano quelle operazioni in cui gli atti posti in essere non determinano una modificazione significativa dell'assetto giuridico economico preesistente del contribuente e le scelte compiute determinano, in sostanza, effetti prettamente fiscali. Ci riferiamo, cioè all'ipotesi in cui la sequenza negoziale si componga di atti o di negozi i cui effetti sono destinati ad elidersi in modo da lasciare sostanzialmente immutato l'assetto originario<sup>98</sup>. Nell'ambito delle operazioni circolari, evidentemente, il risultato fiscale coincide con quello economico ed è questo stesso

<sup>97</sup> In dottrina, su questa destinazione tra operazioni cd. circolari e lineari cfr. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 2003, 219 e ss. e ZIZZO, in *Rass. Trib.* 2009, 487 e ss.

<sup>98</sup> In questi casi, in altri termini, la ricerca del regime fiscale non è collegata ad alcuna effettiva esigenza gestionale. Nelle operazioni “chiuse” o cd. “circolari” si sfruttano le asimmetrie tra regimi di due controparti della medesima operazione che poi viene annullata con operazioni “compensative” di segno opposto. Nell'ambito delle operazioni circolari si collocano anche le operazioni che sono dirette ad acquisire direttamente – dietro corrispettivo – posizioni soggettive di vantaggio di natura fiscale perché anche in questo caso l'unica modifica sostanziale riguarda la sfera fiscale del contribuente (come nell'ipotesi del cd. commercio di “bare fiscali”).

Si pensi al caso, cui si è già fatto cenno, del cd. *stock lending* in cui il prestatario italiano dei titoli partecipativi incassava il dividendo erogato dalla società oggetto del prestito azionario ma poi corrispondeva al prestatore dei titoli – soggetto non residente – una commissione passiva sostanzialmente di pari importo per aver perso una scommessa collegata all'entità dei dividendi erogati dalla medesima società. L'effetto netto era quello di creare una perdita fiscalmente deducibile (dovuta alla detassazione dei dividendi) senza modificare la situazione economica e finanziaria del prestatario italiano.

Sempre a titolo esemplificativo e senza entrare nel merito della sussistenza o meno dei requisiti dell'abuso, si pensi ancora al caso, di cui abbiamo già parlato (cfr. la precedente nota 96), in cui una persona fisica, per ottenere il beneficio ACE, effettui un apporto in denaro in favore della *holding* – interamente posseduta – che poi, con il medesimo denaro, acquisti dallo stesso socio apportante una partecipazione in un'altra società posseduta da tale soggetto. In questo esempio, la circolarità è evidentemente riferita al flusso di denaro apportato, ossia al fatto che è determinante ai fini dell'applicazione del regime agevolativo. Non vi è dubbio che questo schema presenta invece profili di linearità (per i quali si veda oltre nel testo) per quanto attiene alla partecipazione che, al termine della sequenza negoziale viene ad essere posseduta non più direttamente, bensì indirettamente dal socio persona fisica, ossia per il tramite della *holding*. In uno schema del genere, tuttavia, la modifica della situazione giuridico-economica del socio, non appare significativa.



risultato che, ove si ponga in contrasto con la *ratio* delle norme tributarie o con i principi, viene a qualificarsi come vantaggio tributario indebito.

La seconda categoria è quella delle operazioni che potremmo definire, come detto, “lineari”, ossia delle operazioni che si caratterizzano per il fatto di produrre modificazioni significative nella posizione giuridico-economica *ex ante* del contribuente. Si tratta dei casi in cui vi è un obiettivo economico programmato (trasferimento di attività, passività o di poste del netto) che viene però attuato mediante l'indebito ricorso ad un regime fiscale diverso rispetto a quello altrimenti applicabile per raggiungere quel determinato obiettivo. L'abuso, in questi casi non riguarda il mutamento dell'assetto originario in sé considerato, ma l'*iter* negoziale seguito che ha consentito di fruire di un regime fiscale in contrasto con la *ratio* ad esso sottostante<sup>99</sup>. Nell'ambito delle cd. operazioni lineari, pertanto, il risultato ottenuto ai fini fiscali è da intendersi in termini relativi e, cioè, emerge dal raffronto tra i tributi assolti per effetto delle operazioni poste in essere rispetto ai tributi altrimenti dovuti per giungere al medesimo risultato economico. In questo secondo caso, il vantaggio tributario suscettibile di essere disconosciuto non dipende dall'obiettivo economico che il contribuente ha legittimamente realizzato, ma dalle modalità con le quali è stato conseguito e che hanno determinato l'applicazione di regimi fiscali non previsti o non ammessi in quella determinata fattispecie.

Ciò posto, il vero tema di fondo ruota attorno al concetto di violazione della *ratio* o dei principi sottostanti alle norme fiscali, dal momento che è l'identificazione della *ratio* o dei principi “traditi” che, come vedremo in appresso, consente di definire qual è il vantaggio da disconoscere.

Al riguardo occorre preliminarmente approfondire cosa debba intendersi per *ratio* di una norma e poi domandarsi se, per accertare questa violazione, si debba prendere in considerazione la *ratio* della disciplina di cui il contribuente si intende avvalere ovvero quella delle norme che si sarebbero applicate in assenza delle operazioni poste in essere dal contribuente, ponendosi così nell'ottica di un assetto negoziale diverso e alternativo rispetto a quello effettivamente realizzato.

Quanto alla nozione di *ratio*, è il caso di evidenziare che qui intendiamo riferirci evidentemente alla stessa *ratio* da utilizzare per ricostruire correttamente il significato

<sup>99</sup> Qui la condotta abusiva si innesta sull'attuazione di una operazione gestionale che viene realizzata mediante la ricerca del regime ritenuto più favorevole, con la particolarità che l'utilizzo di tale regime (rispetto ad un altro idoneo a conseguire il medesimo obiettivo programmato) risulta indebito, ossia è in contrasto con la finalità della disciplina che lo contempla o con i principi dell'ordinamento.

delle norme impositive secondo il canone dell'interpretazione logico sistematica che abbiamo già ricordato in precedenza (cfr. il precedente par. 2.2). Per individuare dunque la *ratio* di una disciplina, come già ricordato, occorre in primo luogo identificare l'interesse che la norma intendeva obiettivamente tutelare – tenendo conto anche di eventuali discipline preesistenti che sono state sostituite o modificate dalla norma in esame – indipendentemente dalle finalità contingenti e/o dalle motivazioni specifiche di coloro che hanno concorso alla emanazione della norma<sup>100</sup>. In secondo luogo, la *ratio* va desunta dal coordinamento con le altre regole del sottosistema impositivo in cui la norma si colloca – le quali sono quindi destinate ad operare congiuntamente per soddisfare quel medesimo interesse – nonché con le disposizioni contigue, finalizzate a tutelare interessi di altra natura che vanno temperati con quello cui si rivolge la norma da interpretare.

L'aspetto da sottolineare, semmai, è che la *ratio* della norma, nel contesto della clausola antiabuso, viene ad assumere una valenza particolare rispetto al ruolo che essa esplica in sede di interpretazione delle norme fiscali. Più precisamente, come abbiamo visto, in sede di interpretazione secondo le regole dell'art.12 delle preleggi, la *ratio* trova un limite imprescindibile nella lettera della norma – che può essere integrata e migliorata, ma che non può essere cancellata – nonché nell'impossibilità di fare ricorso all'integrazione analogica in materia tributaria, in considerazione del fatto che il sistema impositivo è articolato in una serie di norme a fattispecie esclusiva. Viceversa, nel contesto dell'abuso, la *ratio* si affranca dai limiti propri dell'interpretazione della norma e, in particolare, recupera un proprio primato rispetto al dato testuale che risulti imperfetto nella sua enunciazione, divenendo l'elemento cardine per stabilire se il risultato conseguito può essere considerato o meno compatibile con l'ordinamento.

<sup>100</sup> Così, ad esempio, la disciplina che ha introdotto per le società agricole costituite sotto forma di società di persone, società a responsabilità o società cooperative la possibilità di beneficiare del regime di tassazione su base catastale (art. 1, comma 1093, della legge n. 296 del 2006), pur essendo ispirata, in ipotesi, dalla motivazione contingente di incentivare l'adozione di forme organizzative più complesse da parte dei soggetti di minori dimensioni non ha certamente un contenuto rispondente a questa finalità e la *ratio* oggettivamente attribuibile alla norma sembra piuttosto essere quella di agevolare determinate tipologie di soggetti (società di persone, a responsabilità limitata e cooperative) in funzione della loro veste giuridica e della natura dell'attività svolta, a prescindere da ogni aspetto relativo alla loro crescita dimensionale o organizzativa. Se così è, parrebbe quindi ben compatibile con la *ratio* di questa disciplina, ad esempio, riconoscere la spettanza del regime di tassazione su base catastale a tutte le società a responsabilità limitata: sia a quelle costituite inizialmente con questa veste giuridica sia a quelle eventualmente risultanti dalla trasformazione da una preesistente società per azioni (cfr. però, in senso contrario, la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 177/e del 2008). Va peraltro ricordato che questo regime opzionale, dopo essere stato inizialmente abrogato dall'art. 1 della legge n. 228 del 2012, è stato poi ripristinato dall'art. 1, comma 36, della legge n. 147 del 2013.

Questo distacco dal tenore letterale della norma da un lato rappresenta, a ben vedere, un requisito quasi indefettibile della clausola antiabuso, dal momento che in caso contrario – e, cioè, continuando a prendere in considerazione la *ratio* nei soli limiti in cui trovi corrispondenza nel dato testuale della norma – si tratterebbe semplicemente di applicare la disposizione regolatrice della fattispecie concreta in base alla sua corretta interpretazione, in base, cioè, ai criteri ermeneutici fissati dall'art. 12 delle preleggi. Al contempo, però, come è logico, il riconoscimento di una più ampia autonomia della *ratio* rispetto al diritto scritto costituisce un aspetto molto delicato che rischia di mettere in dubbio la certezza e la prevedibilità dei regimi fiscali e che va assunto, dunque, con molta cautela e obiettività. Ed è, altresì, proprio questo il motivo per cui, ripetiamo ancora, l'ordinamento continua a farsi carico del risultato conseguito dal contribuente nel senso di offrirgli protezione anche quando si tratta di un risultato in contrasto con la *ratio* della norma (intesa, in questa accezione, come sganciata dall'imperfetto testo letterale della norma stessa), a meno che la scelta compiuta del contribuente non abbia essenzialmente una motivazione di ordine fiscale e, cioè, sia proprio diretta a strumentalizzare le lacune del diritto scritto in assenza di ragioni extrafiscali significative.

Venendo poi alla seconda questione e, cioè, al tema di quale debba essere la disciplina cui rapportare la violazione della *ratio* suscettibile di integrare una fattispecie di abuso, l'art.10 *bis* qualifica come indebiti i vantaggi tributari “*realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*” senza ulteriori specificazioni. Peraltro, anche in ambito comunitario non vi sono indicazioni decisive in un senso o nell'altro. Nella Direttiva UE n. 121 del 2015 – che modifica la cd. Direttiva madri-figlie sui dividendi – ad esempio, si stabilisce che gli Stati membri “*non applicano i benefici della presente direttiva*” ad una costruzione da cui consegua “*un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità della stessa direttiva*” prendendo dunque in considerazione la violazione della *ratio* delle norme che il contribuente intende applicare. Viceversa, nella raccomandazione della Commissione UE del 6.12.2012 si fa riferimento al contrasto con l'obiettivo, lo spirito o le finalità delle norme “*altrimenti applicabili*” e la stessa locuzione viene riportata pedissequamente nella relazione illustrativa al decreto n. 128 del 2015<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Segnaliamo, peraltro, che il dualismo tra i due approcci si riscontra anche nei documenti elaborati successivamente in sede UE. Il 28.1.2016, come già riportato nelle note 25 e 41, la Commissione ha approvato una proposta di direttiva contro le pratiche abusive (2016/0011 CNS) in cui si suggerisce l'adozione di una disciplina antielusiva interna del seguente tenore: “*Le costruzioni non genuine o una serie di costruzioni non genuine poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero state altrimenti*

In termini generali, nella verifica dell'eventuale **violazione della ratio di una norma** dovrebbe valere, a nostro avviso, l'approccio che si ricava dalla Direttiva n. 121/2015 e, cioè, si dovrebbe accertare se le operazioni poste in essere dal contribuente per potersi avvalere di un determinato regime fiscale siano conformi o meno alla *ratio* di tale regime. In questo senso, più precisamente, si tratta di stabilire quali sono i risultati ammessi e quelli che non possono ritenersi tali rispetto alla *ratio* della norma in questione in modo da disconoscere solo questi ultimi.

Una prima conferma indiretta di questa tesi si ritrova nel testo della nuova clausola antiabuso tenuto conto che l'art. 10 *bis* nel primo comma parla di operazioni che *“pur nel rispetto formale delle norme fiscali”* realizzano vantaggi indebiti, mentre nel secondo comma definisce *“indebiti”* i vantaggi che risultino in contrasto con la *ratio* delle *“norme fiscali”*. Sembra pertanto che la locuzione *“norme fiscali”* del secondo comma si riferisca alle stesse norme formalmente rispettate del primo comma, e, cioè, alle norme applicate in esito alle operazioni realizzate dal contribuente<sup>102</sup>.

*applicabili sono ignorate ai fini del calcolo dell'imposta sulle società dovuta. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte”* (sottolineatura nostra). Il testo proposto sembra cioè riecheggiare le indicazioni della Raccomandazione del 6.12.2012, coordinandole con il concetto di genuinità della costruzione. Come accennato (cfr. le note 24 e 40) la Direttiva 2016/1164 del 12.7.2016 ha adottato una formulazione leggermente diversa, che, per quanto qui interessa, ha trasformato il riferimento alle disposizioni *“altrimenti applicabili”* in un richiamo al *“diritto fiscale applicabile”*: *“ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte”* (sottolineatura nostra).

Sempre in data 28.1.2016, nell'ambito del cd. pacchetto delle misure antiabuso, la Commissione Europea ha emanato una raccomandazione per l'attuazione di misure contro l'abuso dei trattati fiscali (C(2016) 271) che delinea una norma di carattere generale del seguente tenore *“fatte salve le altre disposizioni della presente convenzione, non viene concesso, a norma della stessa convenzione, un beneficio in relazione a elementi di reddito o di capitale qualora, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze pertinenti, si possa ragionevolmente concludere che l'acquisizione di tale beneficio costituiva una delle finalità principali di un accordo o transazione che ha prodotto, direttamente o indirettamente, tale beneficio, a meno che non sia possibile accertare che esso è il frutto di una attività economica reale o che la concessione del beneficio in parola è conforme all'oggetto e alle finalità delle pertinenti disposizioni della presente convenzione”*. Qui si torna cioè all'impostazione conforme a quella della Direttiva n. 121/2015, ossia alla rilevanza delle finalità e dell'oggetto delle disposizioni di cui il contribuente intende avvalersi.

<sup>102</sup> Va aggiunto peraltro che, come accennato, la recente legge n. 122 del 2016, che ha recepito la Direttiva UE n. 121 del 2015, ha riformulato il comma 5 dell'art. 27 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 come segue: *“La direttiva (UE) 2015/121 del Consiglio, del 27 gennaio 2015, è attuata dall'ordinamento nazionale mediante l'applicazione dell'articolo 10 bis della legge 27 luglio 2000 n. 212”*. In questa previsione è implicito il riconoscimento che l'art.10 *bis* è sovrapponibile alla clausola antiabuso della

In tale direzione depone però soprattutto il fatto che, siccome l'abuso – giova ripeterlo – si compendia nella ricerca di un determinato regime fiscale ritenuto favorevole, è inevitabile che ci si debba interrogare sulla compatibilità tra il risultato conseguito in applicazione della disciplina fiscale che regola il regime prescelto e la *ratio* della medesima disciplina e non di altra. Se, infatti, è possibile riscontrare una coerenza del risultato con la *ratio* della norma applicata, questo elemento è quanto basta per concludere che il vantaggio conseguito sia legittimo e non possa essere disconosciuto, essendo poi irrilevante – e certamente non ascrivibile al contribuente – l'eventuale contraddizione tra la *ratio* delle norme applicate e la *ratio* di eventuali altre discipline che avrebbero potuto trovare applicazione allorché la scelta compiuta fosse stata differente<sup>103</sup>.

D'altra parte, se è possibile individuare una *ratio* rispettata, relativa ad un determinato regime ed una *ratio* non rispettata, riferibile ad un regime diverso e alternativo, la presenza di due *ratio* distinte costituisce già di per sé un segnale che questi due regimi sono stati concepiti come alternative paritetiche a disposizione del contribuente. E' chiaro, infatti, che se nell'ordinamento sono presenti *ratio* distinte sottostanti a discipline di diversa natura, non è ragionevole pensare che questa coesistenza si sia venuta a creare senza la consapevole approvazione del legislatore. Di qui la scarsa significatività della comparazione del risultato con *ratio* diverse rispetto a quella della disciplina applicata dal contribuente.

Direttiva 121/2015. Poiché nella direttiva, come detto, è previsto il confronto con la *ratio* delle norme applicate, è chiaro che anche l'art. 10 *bis* non può che essere interpretato e applicato in modo conforme. Si veda, comunque, anche la precedente nota 101.

<sup>103</sup> Per questo motivo forse non è neanche necessario distinguere tra applicazione di norme agevolative e applicazione di regimi derogatori rispetto a quelli ordinari e più onerosi per sostenere – come pure è stato prospettato in dottrina (Cfr. ZIZZO, in *Corr. Trib.* 2015, 4577 e ss.) – che nel primo caso si dovrebbe tener conto della *ratio* della agevolazione, ossia della *ratio* della norma applicata, e nel secondo caso della *ratio* della disciplina ordinaria, ossia della *ratio* della norma non applicata. Questa tesi ha il pregio di riflettere, in un certo qual modo, le due possibili modalità di esplicazione della condotta abusiva, ossia il fatto che essa – come abbiamo già rilevato – talora non è collegata ad una modificazione sostanziale della situazione economica di partenza, mentre in altri casi si innesta in una transazione programmata che si attua con modalità tali da rendere operante un regime più favorevole rispetto a quello ordinariamente applicabile per realizzare quel medesimo risultato economico. Tuttavia, va messo in rilievo che anche in quest'ultimo caso – ossia quello delle operazioni cd. lineari – l'attivazione da parte del contribuente della disciplina derogatoria rispetto ad un regime fiscale ordinario più oneroso deve essere considerata comunque legittima se risulta coerente con le finalità della sua introduzione, sicché diventa poi ultronea l'analisi di altri aspetti. Per questo motivo sembrerebbe logico attenersi comunque alla verifica di compatibilità con le norme applicate. In effetti, la distinzione tra l'ipotesi di volersi avvalere di un regime agevolativo rispetto a quella in cui si invochi un regime meno oneroso di quello ordinario appare più formale che sostanziale, trattandosi in entrambi i casi di un beneficio derivante dall'applicazione di una disciplina più favorevole rispetto a quella che si sarebbe altrimenti applicata.

Del resto, se così non fosse, a parte i profili di discrezionalità connessi alla ricerca della disciplina alternativa, si potrebbe giungere, in modo distorsivo, a considerare abusiva una fattispecie che, pur non violando la *ratio* della disciplina applicata dal contribuente, appare invece in contrasto con la disciplina della fattispecie assunta come termine di paragone (e viceversa a ritenere non abusiva un'operazione che, per converso, appare incompatibile con la *ratio* del regime sottostante all'operazione attuata)<sup>104</sup>.

Le argomentazioni fin qui riportate inducono dunque a prediligere la tesi di dover valutare la legittimità del risultato alla luce della *ratio* delle norme che hanno permesso di conseguirlo. Corre solo l'obbligo di precisare che, come è logico, la presenza di una pluralità di operazioni alternative che conducono al medesimo risultato fiscale – anche se non pienamente fungibili sul piano giuridico ed economico – può comunque assumere una valenza significativa e, cioè, può essere un elemento utile a chiarire che il beneficio conseguito non è indebito proprio perchè non viola la *ratio* della disciplina che si è resa operante a seguito della specifica operazione attuata dal contribuente<sup>105</sup>.

A questo punto può essere utile fare qualche esempio su come possa attuarsi il raffronto tra risultato e *ratio* delle norme applicate in funzione della duplice tipologia di condotte abusive (operazioni cd. circolari e operazioni cd. lineari) che abbiamo enucleato all'inizio di questo paragrafo.

<sup>104</sup> Ad esempio, nel caso di una fusione per incorporazione di una società che abbia come unica residua attività disponibilità liquide, guardando alla disciplina di questa sola operazione il mantenimento del regime di neutralità appare coerente con la *ratio* della disciplina fiscale della fusione che è quella di recepire *in toto* gli effetti successivi che caratterizzano questa operazione sul piano civilistico. Assumendo invece come operazione alternativa la distribuzione di dividendi, che di per sé è accompagnata da una tassazione nel trasferimento della liquidità al socio, si potrebbe ritenere che la fusione contraddica la *ratio* della disciplina sulla distribuzione dei dividendi, facendo affluire la cassa ai soci senza alcun prelievo.

<sup>105</sup> Si pensi all'ipotesi di una *fiscal unit* con perdite pregresse provenienti da una società decotta (cd. bara fiscale) e all'eventualità che un soggetto terzo, dopo aver acquisito la *fiscal unit* (*rectius* la consolidante e le sue controllate), intenda sfruttare le perdite in questione attuando una operazione di fusione di una propria società redditizia da parte della "società-bara". Guardando all'operazione posta in essere dal contribuente si potrebbe dubitare che l'utilizzo delle perdite riportate dalla *fiscal unit* – che, in ultima analisi, provengono dalla "bara" – sia compatibile con il divieto di circolazione delle perdite provenienti da società decotte e ormai prive di vitalità (cd. bare fiscali). Se invece si valuta questo risultato alla luce di operazioni alternative (e non sovrapponibili) alla fusione, ma che garantiscono il medesimo risultato e che sono ammesse esplicitamente dalla disciplina del consolidato, è da dubitare che la fusione di per sé sia abusiva, perché la *ratio* del consolidato è quella di consentire lo sfruttamento delle perdite pregresse della *fiscal unit* a prescindere dalla loro origine fino a quando il consolidato non subisca una interruzione. Ad esempio, nel caso specifico lo sfruttamento delle perdite accumulate dalla *fiscal unit* potrebbe avvenire semplicemente facendo aderire la società profittevole al vecchio consolidato in qualità di consolidata, così come previsto dall'art. 15 del d.m. 9.6.2004 (decreto attuativo del consolidato nazionale). Su questo esempio torneremo comunque nel par. 3.4.



Si consideri il caso “di scuola” di una società con perdite rilevanti che ceda un *asset* plusvalente ad una società interamente controllata, di nuova costituzione, per poi riacquisire la titolarità del bene a seguito di fusione per incorporazione della stessa controllata. In questo caso il risultato conseguito è quello della trasformazione di perdite pregresse in maggiori valori fiscalmente riconosciuti nell’ambito di una operazione circolare<sup>106</sup>. Ove si assuma, in ipotesi, che questo risultato sia in contrasto con la *ratio* delle regole in tema di utilizzo delle perdite pregresse, il vantaggio indebito e da disconoscere sarà proprio costituito dai maggiori valori fiscali ottenuti (e dalla corrispondente consumazione delle perdite) in esito alla sequenza negoziale; valori che non assumeranno di conseguenza rilievo ai fini delle successive vicende reddituali del bene in questione.

Si consideri ora, viceversa, il caso di una *holding* residente in un Paese extra UE che possieda una società italiana titolare di cospicue riserve di utili e di sola liquidità. L’obiettivo economico di far confluire questa liquidità presso la *holding* viene conseguito mediante la fusione per incorporazione della società italiana da parte della controllante estera. Qui la condotta si inserisce su una modificazione programmata della situazione *ex ante* e, cioè, nel contesto di una operazione cd. lineare: il risultato fiscale è quello di pervenire a questa modificazione senza alcun prelievo in virtù del regime di neutralità della fusione. Ove si assuma che questo risultato sia in contrasto con la *ratio* del regime di neutralità della fusione, saremo di fronte ad un vantaggio indebito in cui il beneficio va quantificato ricostruendo il regime che si sarebbe dovuto applicare per conseguire il medesimo obiettivo economico, in assenza del regime di neutralità<sup>107</sup>.

Il tema ulteriore che si pone, a questo punto, attiene al rapporto tra violazione della *ratio* e **violazione dei principi impositivi**.

Preliminarmente va precisato che il riferimento ai principi contenuto nell’art. 10 *bis* non può essere certamente inteso come il riconoscimento di un’eventuale applicazione dei principi in via analogica con le modalità della cd. *analogia iuris*. Al di là, infatti, di ogni

<sup>106</sup> Questa trasformazione si realizza in quanto la cessione da parte della società, con perdite pregresse, genera plusvalenze tassabili che possono essere compensate (nei limiti dell’80 per cento) dalle perdite mentre la società cessionaria – poi oggetto di fusione – iscrive maggiori valori fiscalmente riconosciuti che poi daranno luogo a maggiori ammortamenti o a minori plusvalenza imponibili.

<sup>107</sup> Nel caso ipotizzato, in particolare, la modificazione attuata coincide sul piano economico con quella di una distribuzione di dividendi che, in assenza della neutralità della fusione, sarebbe da assoggettare a ritenuta in Italia. Su questa fattispecie si fa rinvio, comunque, alle considerazioni riportate nel successivo par. 3.1 che affronta anche il tema delle fusioni nazionali.

altra considerazione in merito all'ammissibilità o meno dell'analogia in materia tributaria – che, come si è detto (cfr. il par. 2.2.2.), la dottrina prevalente tende a negare – va ricordato ancora una volta che l'interpretazione analogica (anche in base ai principi) presuppone comunque l'esistenza di una fattispecie non disciplinata dal legislatore, laddove invece la condotta abusiva intende proprio realizzare la fattispecie tipica di un regime espressamente regolato, il che esclude una diretta applicazione dei principi in chiave antiabuso.

Con questa premessa sembra, poi, pacifico che il riferimento ai principi debba questa volta intendersi come un richiamo di elementi estranei alla disposizione applicata e alla sua *ratio*. Tanto si desume, tra l'altro, dalla relazione illustrativa al decreto n. 128/2015 che menziona l'ipotesi di una violazione *“di principi generali dell'ordinamento e soprattutto di quelli della disciplina tributaria in cui si collocano gli obblighi o divieti elusi”*.

Qualche dubbio interpretativo può nascere invece dal fatto che letteralmente l'art. 10 *bis* parla di contrasto del risultato con la *ratio* delle norme “o” con i principi. Il dato testuale della norma si presta, quindi, ad una lettura che configuri le due possibili violazioni in modo alterativo. In quest'ottica, cioè, per accertare la sussistenza o meno dell'abuso non basterebbe la verifica di una conformità del risultato della condotta alla *ratio* della norma applicata, ma, anche in caso di esito positivo di questa prima verifica, occorrerebbe ulteriormente interrogarsi sulla sua compatibilità con i principi, posto che anche solo questo elemento sarebbe idoneo a qualificare il vantaggio conseguito alla stregua di un vantaggio indebito.

A nostro avviso, tuttavia, l'art. 10 *bis* dovrebbe essere correttamente interpretato assumendo che il ricorso ai principi debba intendersi subordinato (e non alternativo) rispetto al confronto con la *ratio* e sia destinato ad operare nei casi in cui, a causa della difficoltà di ricostruire in modo preciso la *ratio*, questo primo elemento di raffronto risulti poco significativo.

In questo senso depongono considerazioni di varia natura.

In primo luogo, l'ipotesi che la non conformità ad un principio impositivo sia in grado di far scattare l'abuso anche quando il risultato sia congruente con la *ratio* delle norme applicate non sembra conciliabile con la previsione dell'art. 10 *bis*, comma 4, secondo cui, come già accennato, è pienamente legittima e non abusiva la *“scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti*

*un diverso carico fiscale*". L'opzione per la scelta più favorevole, infatti, è certamente disallineata e discordante rispetto al principio impositivo desumibile da un regime alternativo più oneroso. Se, quindi, questo aspetto fosse sempre decisivo per riscontrare l'abuso, si dovrebbe concludere che tutte le scelte di regimi più favorevoli siano suscettibili di dar luogo a vantaggi tributari indebiti e che non vi sia spazio per configurare il legittimo conseguimento di un risparmio di imposta; conclusione questa che, però, è smentita in modo esplicito dal sopracitato comma 4 dell'art. 10 *bis*.

In secondo luogo appare obiettivamente eccessivo che, per escludere l'abuso, si debba compiere un doppio *test*, incentrando il primo sul rispetto della *ratio* delle norme applicate e il secondo sulla compatibilità con i principi desumibili da altre norme. In realtà, quando il risultato è rispondente alla *ratio* delle norme applicate, siamo pur sempre di fronte ad una conseguenza voluta dal legislatore, ancorchè si tratti di una conseguenza che deroga ai principi desumibili da altre disposizioni<sup>108</sup>. Del resto, abbiamo già rilevato, che quando vi sono regimi rispondenti a *ratio* diverse ben identificabili, poiché l'ordinamento non tollera contraddizioni, si tratta evidentemente di soluzioni alternative poste dal legislatore sullo stesso piano.

Ciò precisato, sembra logico ritenere che il raffronto del risultato con i principi sia stato concepito come uno strumento residuale cui fare ricorso solo quando la verifica della conformità alla *ratio* non sia obiettivamente possibile a causa della sua indeterminatezza. Il legislatore delegato, cioè, aveva ben presente che non sempre è agevole o immediato accertare la compatibilità del risultato conseguito rispetto alla *ratio* della specifica disciplina invocata dal contribuente, specie laddove si tratti di regimi di favore introdotti *una tantum* e senza una chiara esigenza di tipo sistematico. Proprio con questa consapevolezza il D.L.vo n. 128 del 2015 ha ritenuto di dover fare riferimento anche all'eventuale contrasto con i principi dell'ordinamento. In quest'ottica il riferimento ai principi intende rinviare a quelle regole di carattere generale insite nel sistema impositivo su cui si fonda la coerenza interna della disciplina di ciascun tributo. Sono tali, tra gli altri, nell'ambito dell'imposizione sui redditi, il divieto di doppia tassazione o deduzione o di salti di imposta, il divieto di duplicazione di esenzioni o di crediti di imposta; per l'IVA, il principio di neutralità del tributo; per il tributo di registro, la tassazione solo in caso d'uso degli atti formati per corrispondenza, ecc.

<sup>108</sup> Così, ad esempio, non sembra possibile assumere che il cd. principio generale di simmetria tra costi deducibili per un soggetto e ricavi da assoggettare a tassazione presso la controparte sia idoneo a travolgere un regime agevolativo su base territoriale che si basi, per l'appunto, sulla detassazione dei ricavi.

Il quadro di riferimento degli elementi da prendere in considerazione nella verifica del requisito in esame va completato con due ultime notazioni.

In primo luogo, al fine di accertare l'eventuale violazione della *ratio* di una determinata disciplina, un ruolo fondamentale è da ascrivere alle norme antielusive speciali. Preliminarmente va ricordato che l'introduzione della clausola generale antiabuso non ha determinato il superamento delle varie **disposizioni specifiche** aventi **finalità antielusiva** presenti nell'ordinamento. Come è noto, queste norme contemplano divieti o limiti al riconoscimento degli effetti di determinate operazioni che rispondono alla finalità di contrastare alcune condotte tipiche già identificate *ex lege* come elusive. Le norme antielusive specifiche, al di là del loro scopo, sono state tradizionalmente considerate come regole impositive che formano parte integrante della disciplina di determinazione dell'imponibile o dell'imposta. Le norme in questione sono senz'altro tuttora vigenti anche dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000, sebbene la nuova disciplina in tema di interpello disapplicativo – come sarà meglio evidenziato più avanti (cfr. il par.4.2) – abbia in un certo qual modo depotenziato la loro effettiva coerenza<sup>109</sup>.

Ciò che preme rimarcare ai fini che qui interessano, è che le norme antielusive specifiche, pur riferendosi a fattispecie puntuali, costituiscono il più delle volte espressione di divieti ad avvalersi di determinate discipline che sono utili a ricostruire la *ratio*. Il legislatore puntualizza quali sono i risultati considerati non compatibili con le finalità di una disciplina e, quindi – nel circoscrivere in negativo la sua operatività – ne chiarisce implicitamente la *ratio*. Dalle disposizioni antielusive specifiche, dunque, è possibile spesso ricavare elementi da assumere come *benchmark* per la verifica della natura indebita o meno dei vantaggi conseguiti. Così, ad esempio, in ambito ACE, le varie disposizioni antielusive specifiche dell'art. 10 del d.m. 14.3.2012 sono state concepite per impedire che a fronte di un unico conferimento in denaro, attraverso operazioni infragruppo, si possano ottenere effetti moltiplicativi della base ACE. E' quindi logico ritenere che si debba qualificare come indebito, perché in contrasto con la *ratio* della disciplina ACE, il conseguimento del risultato di duplicazione della base ACE anche quando venga ottenuto mediante operazioni diverse rispetto a quelle individuate dal legislatore. Analogo ragionamento può valere, sempre a titolo di esempio, per le

<sup>109</sup> Una conferma della perdurante efficacia delle norme antielusive specifiche si ritrova nell'art. 1, comma 2, del D.L.vo n. 128 del 2015 in base al quale: *“le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi”*.

norme antielusive specifiche che vietano la compensazione intersoggettiva delle perdite pregresse provenienti da “bare fiscali”, ossia da società scarsamente vitali che non sarebbero in grado di utilizzare queste perdite in compensazione con utili propri. Anche in questo caso le norme specifiche (artt. 172, 173 e art. 84 del TUIR) esprimono un divieto alla compensazione intersoggettiva delle perdite che definisce quali sono i risultati incompatibili con la *ratio* della disciplina in tema di utilizzo delle perdite fiscali pregresse.

In secondo luogo, un ulteriore aspetto da sottolineare è che, come ben evidenziato dalla relazione illustrativa al decreto, *“il contrasto del vantaggio dell’operazione con le norme e i principi dell’ordinamento tributario va valutato con riguardo alle norme vigenti al momento della realizzazione dell’operazione medesima”*. Come abbiamo già avuto modo di osservare, l’ordinamento è un sistema dinamico sicchè, al pari del norme, anche le *ratio* o i principi che sono il fondamento razionale delle norme scritte possono evolversi nel corso del tempo. In considerazione di ciò è evidentemente necessario fare riferimento alle norme e ai principi applicabili *pro tempore*, ossia al momento in cui il contribuente ha compiuto la scelta <sup>110 111</sup>.

<sup>110</sup> Ad esempio, il decreto legge n. 223 del 2006 ha introdotto il divieto di compensare gli utili imputati al socio con le perdite accumulate dallo stesso socio prima dell’opzione per trasparenza di cui all’art.115 del TUIR. Questo divieto, prima dell’innovazione legislativa, era difficilmente ricavabile dal sistema impositivo, tenuto conto che la possibilità di addivenire alla compensazione degli utili attribuiti per trasparenza con le perdite pregresse del socio stesso è da sempre ammessa nell’ambito della disciplina delle società di persone, sicchè ancora oggi, secondo taluni, si tratta di una previsione difficilmente giustificabile sul piano sistematico.

<sup>111</sup> La relazione illustrativa fa salva comunque l’eventuale retroattività delle norme di interpretazione autentica. Al riguardo, va ricordato che le norme di natura interpretativa, per poter essere legittimamente adottate presuppongono l’esistenza di una situazione di incertezza dovuta ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti ovvero alla presenza di una pluralità di possibili ricostruzioni della finalità di una determinata disposizione. In considerazione di ciò, si può rilevare che, a stretto rigore, questa situazione sembra non del tutto compatibile con la possibilità di configurare in astratto un abuso, dal momento che l’obiettivo incertezza sulla portata delle norme relative alla fattispecie realizzata dal contribuente dovrebbe *ipso facto* escludere la possibilità di considerare la scelta compiuta come una scelta preordinata al conseguimento di un vantaggio tributario.

Tuttavia, va considerato che la relazione illustrativa, probabilmente, intendeva riferirsi al caso in cui il legislatore faccia eventualmente ricorso ad una norma interpretativa proprio per chiudere una “falla” dell’ordinamento che dava luogo palesemente ad operazioni abusive e che, quindi, meritava di essere chiusa *in radice* e fin dall’origine.

## 2.4. La rilevanza di eventuali soluzioni alternative

Nel paragrafo che precede ci siamo soffermati sul tema della compatibilità del risultato conseguito, ai fini impositivi, con la *ratio* delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento.

Le osservazioni svolte a questo riguardo ci inducono ad affrontare subito una questione delicata e, cioè, se, ai fini dell'applicazione della clausola antiabuso, sia necessario o meno individuare un'operazione o uno schema negoziale alternativo rispetto a quello realizzato dal contribuente, da assumere come termine di paragone. Il tema che si pone, cioè, è se si debba procedere o meno ad un'analisi non solo del risultato fiscale, ma anche di quello extrafiscale, in modo da verificare se – in base alle circostanze del caso – analogo risultato avrebbe potuto essere ottenuto mediante una soluzione più diretta e lineare; la cd. soluzione-tipo.

L'eventualità di dover svolgere un'analisi di questa natura, in realtà, è stata prospettata in dottrina con riguardo a tutti i requisiti dell'abuso, vale a dire sia per il requisito del vantaggio tributario indebito, sia per quello della mancanza di sostanza economica, sul quale torneremo in seguito. Ci si è chiesti, cioè, se, la divergenza rispetto alla soluzione-tipo possa al contempo essere rivelatrice non solo della natura indebita del beneficio fiscale – sul presupposto che dovrebbe ritenersi fisiologico solo il carico tributario corrispondente al modello teorico – ma anche dell'assenza di una sostanza economica apprezzabile.

In proposito sono state elaborate due diverse linee interpretative.

Secondo una prima tesi<sup>112</sup> l'esigenza di ricercare un termine di paragone – nel contesto dell'art. 10 *bis* – discenderebbe dagli orientamenti della giurisprudenza della Cassazione secondo cui il fondamento del divieto di abuso del diritto in materia tributaria risiederebbe nel superiore principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.). In quest'ottica, l'interprete sarebbe tenuto a valutare se gli effetti degli atti compiuti dal contribuente giustificano un diverso gravame impositivo in quanto effettivamente espressione di una diversa attitudine economica. Più in particolare: a) il requisito della mancanza di sostanza economica dovrebbe ravvisarsi non soltanto quando gli atti realizzati non modificano la sfera economico/giuridica del contribuente – cosa che avviene tipicamente nelle ipotesi di operazioni “circolari” – ma anche quando la soluzione negoziale prescelta dal contribuente in un'operazione di tipo lineare non sia

<sup>112</sup> Cfr. ZIZZO, in *Corr. trib.* n. 47/48 del 2015, 4577 e ss; GALLO, in *Rass. Trib.*, 2015, 1315 e ss.



quella più diretta ed efficiente rispetto alle alternative a sua disposizione e non coincida, perciò, con la soluzione tipica che riflette l'effettiva capacità contributiva da assoggettare a tassazione e da assumere come termine di paragone; b) il vantaggio tributario indebito sarebbe costituito, di per sé, dall'assolvimento dei tributi in misura inferiore rispetto quando dovuto in base alla soluzione-tipo.

In senso contrario è stato messo in rilievo<sup>113</sup> che se fosse questo il procedimento logico da seguire, si tornerebbe in sostanza a privilegiare una nozione di abuso basata sul sindacato economico delle operazioni e sul rispetto di un criterio di "giusta imposizione" del tutto indeterminato ed affidato alla discrezionalità dell'interprete. Si tornerebbe, cioè, a superare la forma giuridica in nome di una sostanza economica che non solo non avrebbe, per definizione, una dimensione obiettiva e predeterminata – perché altrimenti sarebbe già "calata" in una forma giuridica – ma non potrebbe neanche desumersi direttamente dal principio di capacità contributiva, tenuto conto che tutto il sistema impositivo è ancorato a fattispecie tipiche. Dunque, non si tratterebbe di far prevalere un'ipotetica sostanza economica su una forma che se ne allontana, ma di sostituire una forma con un'altra forma in ragione di un giudizio comparativo basato su parametri metagiuridici e, dunque, sostanzialmente indeterminati. Con l'ulteriore risultato per cui, probabilmente, il percorso che conduce ad un gravame impositivo inferiore potrebbe essere automaticamente ritenuto elusivo perché considerato anomalo o inconsueto rispetto all'alternativa giudicata equipollente e più onerosa sotto il profilo fiscale.

La questione, a nostro avviso, dovrebbe trovare una sistemazione congruente con le premesse concettuali sull'abuso e sulle possibili modalità in cui esso si esplica e di cui abbiamo poc'anzi parlato<sup>114</sup>.

In particolare, per quanto riguarda la verifica del requisito del vantaggio indebito, l'approccio più coerente sembra essere quello di analizzare la compatibilità del risultato ottenuto con la *ratio* delle norme applicate (e con i principi dell'ordinamento). Ciò in quanto l'esito favorevole di questa analisi esclude *ipso facto* l'abuso ed esaurisce ogni

<sup>113</sup> Cfr., per tutti, STEVANATO, *Dir. prat. trib.*, n. 5/2015, 10695 e ss.

<sup>114</sup> L'abuso – ripetiamo ancora (cfr. il par. 2.2) – si sostanzia nella ricerca degli effetti di un determinato regime fiscale mediante la realizzazione di una fattispecie che è conforme alla lettera e alla *ratio* della norma, ma che porta ad un risultato che non si combina con questa *ratio* e con i principi dell'ordinamento. Questa divergenza è ritenuta compatibile con l'ordinamento fino a quando sussistano ragioni extrafiscali significative a sostegno della condotta, dal momento che il divieto aggirato dal contribuente non era un divieto espresso ma solo un divieto implicito. La condotta abusiva può inoltre esplicarsi non solo nell'ambito di operazioni cd. circolari, ma anche nel contesto di operazioni cd. lineari, ossia di operazioni che realizzano modificazioni della situazione economico patrimoniale preesistente del contribuente.

altro aspetto, rendendo ininfluenti le questioni connesse alla giustificazione dell'operazione sul piano economico. E' da ritenersi, cioè, che la giusta imposizione – nella normalità dei casi – si debba desumere dalla conformità del regime applicato rispetto alla sua *ratio* e non dal confronto con quello che sarebbe stato il regime applicabile ad una soluzione alternativa, da assumere come ipotetico modello della tassazione congrua. D'altra parte, l'idea di ricercare un parametro esterno rispetto alla norma applicata in funzione della similarità della fattispecie sul piano del risultato giuridico economico si risolve, in pratica, in un'applicazione analogica alla fattispecie realizzata dal contribuente di una disciplina concepita per una diversa fattispecie sulla base dell'assunto che quest'ultima sia la strada più diretta e razionale per soddisfare il medesimo interesse extrafiscale. Senonchè, il ragionamento analogico, che – come abbiamo visto – già difficilmente trova spazio in materia tributaria, rischia di risolversi in un atto arbitrario quando si tratti di valutare la natura abusiva o meno della condotta del contribuente che si propone di fruire di un determinato regime fiscale, tenuto conto che questa condotta, per definizione, non è priva di regole, ma ricade nell'ambito di applicazione di una disciplina specifica cui il contribuente intende uniformarsi. Sicchè l'eventuale esistenza di un'alternativa identificabile e corrispondente all'*id quod plerumque accidit* non è sufficiente a dimostrare il motivo per cui il relativo regime fiscale debba prevalere su quello invocato dal contribuente, posto che anch'esso è conforme alla relativa fattispecie legale e deve quindi ritenersi, in linea di principio, legittimo e ammesso dall'ordinamento. In quest'ottica, la vera guida per l'interprete dovrebbe essere la sola verifica della compatibilità del risultato conseguito con la *ratio* delle stesse norme fiscali applicate (o con i principi dell'ordinamento, qualora la *ratio* in questione non sia sufficientemente chiara) e non con quella di altre norme fiscali.

Viceversa, quando la compatibilità con la *ratio* non vi sia, e si renda pertanto necessario affrontare il tema della sussistenza o meno di ragioni extrafiscali significative, sembra logico che si debba tener conto delle specificità delle operazioni realizzate.

In quest'ottica, in presenza di operazioni circolari il problema dell'eventuale ricorso ad un'operazione tipo da assumere come termine di paragone non si pone in quanto, come già detto, l'assenza di una sostanza economica apprezzabile si evince dalla stessa conformazione dell'operazione e dalla sostanziale invarianza tra la situazione *ex ante* e la situazione *ex post* del contribuente. Nell'ambito delle operazioni circolari, pertanto, l'applicazione della clausola antiabuso si risolve semplicemente nella sterilizzazione degli effetti fiscali che derivano da tali operazioni.

Quando invece la condotta segue uno schema lineare e non circolare, nel senso che costituisce una modalità di applicazione di un'operazione programmata, l'apprezzamento della consistenza economica della soluzione prescelta richiede giocoforza un raffronto con un termine di paragone e, cioè, la verifica dell'esistenza di una soluzione alternativa che non è stata adottata per motivi fiscali. In questi casi, cioè sembra inevitabile ricercare qual è il regime tipico che l'ordinamento contempla per conseguire il medesimo risultato (trasferimento di attività/passività, modifiche che attengono al rapporto tra società e soci, ecc.) e vagliare le motivazioni specifiche che possono avere eventualmente giustificato una diversa opzione da parte del contribuente<sup>115</sup>. Il punto fondamentale, in questi casi, è che il negozio che ha determinato *erga omnes* effetti giuridici ed economici (trasferimento di beni, l'accensione di passività, ecc.) non viene cancellato, né posto nel nulla. La clausola antiabuso non si propone, cioè, di disconoscere *tout court* gli effetti delle operazioni compiute e di assumere, ad esempio, che la società non è stata costituita, che il bene trasferito è rimasto presso il dante causa, che la società è ancora titolare di utili distribuiti ai soci ecc. Ciò che viene negato è il beneficio relativo alla disciplina fiscale invocata per giungere a quella determinata modificazione dell'assetto di interessi preesistente. Il vero tema, quindi, è necessariamente quello di negare gli effetti della disciplina fiscale invocata indebitamente e di trovarne un'altra che sia compatibile con la realizzazione di quegli effetti giuridico-economici che rimangono inalterati. In altri termini, nell'ambito delle operazioni cd. lineari i risultati ultimi delle operazioni realizzate – e che si risolvono nel trasferimento di attività, di accensione/estinzione di passività o di distribuzione di poste del netto – sono mantenuti fermi e la clausola antiabuso si limita ad agire sul versante del regime fiscale, sostituendo quello di cui si è fruito indebitamente con quello ordinario.

Non sfugge, in ogni caso, che l'identificazione della soluzione alternativa da assumere come *benchmark* non è rimessa all'arbitrio dell'interprete in quanto si deve tener conto di due aspetti. In primo luogo, l'identificazione della soluzione è strettamente dipendente dall'obiettivo economico realizzato dal contribuente (trasferimento di beni, distribuzione di dividendi, ecc.). Questo obiettivo – che è, e rimane, pienamente legittimo e definitivamente acquisito dal contribuente – normalmente è conseguibile

<sup>115</sup> Se non fosse possibile operare questo raffronto si dovrebbe concludere che le scelte compiute per realizzare operazioni cd. lineari siano sempre giustificate, con la conseguenza che non potrebbe mai riscontrarsi una condotta elusiva, il che pare obiettivamente eccessivo.

Nel caso delle operazioni lineari la necessità del ricorso ad un termine di paragone – come vedremo in seguito – nasce anche da un motivo di ordine pratico connesso alla quantificazione dei tributi da recuperare.

attraverso una operazione gestionale tipica che è puntualmente disciplinata dal legislatore. In secondo luogo, la soluzione in questione deve essere individuata in modo che i relativi effetti siano identici rispetto a quelli ottenuti nel caso specifico sia sul piano giuridico sia sul piano economico, sicchè non è sufficiente un rapporto di mera similitudine o di asserita equivalenza sul piano sostanziale<sup>116</sup>.

## 2.5. La mancanza di sostanza economica

Proseguendo nell'analisi dei requisiti dell'abuso, il secondo presupposto fondamentale della condotta abusiva è che l'operazione che ha dato luogo al conseguimento del vantaggio indebito, considerata singolarmente o nella sua sequenza di atti collegati, sia priva di sostanza economica.

Il significato di questa nozione viene esplicitato meglio nell'art. 10 *bis*, comma 2, lett. a) secondo cui sono *“operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”*<sup>117</sup>. Il requisito della mancanza di sostanza economica è stato quindi identificato dal legislatore delegato nell'assenza di effetti extrafiscali apprezzabili degli atti o della sequenza negoziale<sup>118</sup>.

Se si prendono in considerazione le due macroclassi del fenomeno abusivo cui abbiamo fatto cenno nei paragrafi precedenti, e, cioè, la generale bipartizione tra operazioni “circolari” e “lineari”, è chiaro che questa definizione del requisito della mancanza di sostanza economica ben si attaglia alle cd. operazioni circolari, che, per

<sup>116</sup> Così, ad esempio, ove si sia addivenuti all'acquisizione indiretta di un bene (ossia tramite l'acquisto delle partecipazioni nella società che lo possiede), non parrebbe possibile assumere come termine di paragone e come soluzione alternativa l'acquisto diretto del medesimo bene, dal momento che il risultato finale – tanto per l'acquirente che per il venditore – non è il medesimo. Sul punto, comunque, si rinvia alla rassegna dei casi contenuta nel successivo cap. 3.

<sup>117</sup> La legge delega suggeriva di assumere come requisito dell'abuso (mancanza di sostanza economica), l'“uso distorto di strumenti giuridici e idonei ad ottenere un risparmio di imposta indebito” (art. 5, comma 1, lett. a della legge n. 23 del 2014) mentre la Raccomandazione UE, invece, invitava gli Stati ad intervenire in presenza di *“costruzioni di puro artificio”*, da intendersi tali se mancanti di “sostanza commerciale” (cfr. il punto 4.4. della Raccomandazione). Il legislatore delegato, come abbiamo già evidenziato, ha ritenuto di coordinare queste diverse indicazioni introducendo una nozione specifica di operazione priva di sostanza economica.

<sup>118</sup> Questa definizione è coerente con la chiave di lettura che abbiamo già fornito nel par. 2.2. La mancanza di sostanza economica si configura come requisito dell'abuso in quanto la condotta volta ad accedere al regime prescelto dal contribuente, a causa di lacune o imperfezioni della disciplina normativa, non era vietata in modo esplicito. Il travolgimento degli effetti di tale condotta, per esigenze di certezza del diritto, è quindi limitato al caso in cui questa scelta sia stata compiuta essenzialmente per motivi fiscali e, cioè, all'ipotesi in cui la condotta risulti obiettivamente preordinata a tal fine.

definizione, rispondono allo schema in cui non vi sono modificazioni sostanziali sul piano economico e giuridico rispetto alla situazione economica *ex ante* del contribuente se non sul piano fiscale<sup>119</sup>. In effetti la raccomandazione UE del 6.12.2012 contemplava espressamente le operazioni di natura circolare – nonché quelle caratterizzate da elementi che hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente – tra le fattispecie suscettibili di rivelare la presenza di una condotta abusiva, in quanto costruzioni artificiali<sup>120</sup>. L'espressa menzione delle operazioni circolari non è stata riprodotta dall'art 10 *bis* probabilmente in considerazione del fatto che tali operazioni erano già implicitamente incluse nella definizione stessa del requisito in esame che, per l'appunto, si basa sull'assenza di effetti extrafiscali significativi.

Va peraltro sottolineato che l'art. 10 *bis*, nel definire il requisito della mancanza di sostanza economica, oltre a prendere in considerazione le operazioni circolari, intende anche riferirsi alle fattispecie che abbiamo definito come operazioni lineari, ossia alle operazioni che sono dirette a realizzare una modificazione della situazione *ex ante* del contribuente, sia pure attraverso un percorso condizionato dalla finalità di conseguire un vantaggio tributario indebito<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> In questa categoria concettuale rientrano senz'altro le operazioni "circolari", intendendo per tali quelle che sostanzialmente – ripetiamo – non alterano la posizione giuridico-economica preesistente del contribuente perché caratterizzate da sequenze di atti che hanno inizio e fine nella stessa sfera del contribuente o che producono effetti che si annullano reciprocamente. Si pensi, ad esempio, al caso di scuola in cui una persona fisica effettui un apporto in denaro in favore di una sua società controllata, posseduta integralmente, e che questo apporto venga poi utilizzato per effettuare un finanziamento infruttifero di pari importo al medesimo socio, ipotesi che, evidentemente, non soddisfa alcun interesse pratico, né del socio, né della beneficiaria dell'apporto.

<sup>120</sup> Nella Raccomandazione C(2012) 8806 del 6.12.2012 al par.4.4. si legge: "Ai fini del punto 4.2 una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale. Per determinare se la costruzione o la serie di costruzioni è artificiosa, le autorità nazionali sono invitate a valutare se presenta una o più delle seguenti situazioni:

(a) la qualificazione giuridica delle singole misure di cui è composta la costruzione non è coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme;  
(b) la costruzione o la serie di costruzioni è posta in essere in un modo che non sarebbe normalmente impiegato in quello che dovrebbe essere un comportamento ragionevole in ambito commerciale;  
(c) la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente;  
(d) le operazioni concluse sono di natura circolare;  
(e) la costruzione o la serie di costruzioni comporta un significativo vantaggio fiscale, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei suoi flussi di cassa;  
(f) le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei previsti vantaggi fiscali".

<sup>121</sup> Nel caso delle operazioni lineari la mancanza di sostanza economica va intesa in senso relativo e, cioè, non come riferimento al risultato finale extrafiscale, che esiste e corrisponde a quello fin dall'origine voluto dal contribuente, bensì verificando se la scelta compiuta dal contribuente sia stata o meno idonea a

Non è un caso, infatti che, sia pure tra gli indici rivelatori del requisito in esame, l'art 10 *bis*, comma 2, lett. a) menzioni l'ipotesi in cui la sequenza negoziale sia caratterizzata dalla *"non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme"*. Questa ipotesi sembra proprio rivolgersi alle operazioni che, ancorchè dirette a realizzare un obiettivo economico reale ed apprezzabile (ad es. il trasferimento di un bene a terzi), sono attuate attraverso una *"vestizione giuridica"*, intendendo per tale l'adozione di una forma diversa ed indiretta rispetto a quella di altri negozi a causa tipica che avrebbero potuto direttamente condurre alla medesima titolarità di poteri, diritti e obblighi e, cioè, a soddisfare il medesimo interesse in concreto di natura extrafiscale<sup>122</sup>. In questi casi, le modalità giuridiche *"tradiscono"* la realtà economica sottostante in quanto aggirano la struttura giuridica tipizzata dall'ordinamento per raggiungere un determinato risultato, sicchè la scelta di compiere determinati atti non è legata a questa realtà economica ma, piuttosto, ai rispettivi effetti fiscali.

Lo stesso art. 10 *bis* comma 2, peraltro, prende in considerazione un'ulteriore circostanza che viene ritenuta sintomatica della mancanza di sostanza economica e, cioè, la non conformità degli strumenti giuridici utilizzati rispetto alle *"normali logiche di mercato"*. Questa seconda ipotesi, in effetti, ha un'efficacia segnaletica meno precisa, tenuto conto che – come è stato giustamente messo in rilievo – si tratta di ricostruire l'idoneità degli atti a produrre effetti extrafiscali significativi quali che siano, a prescindere dall'efficienza o dal grado di rischio della scelta compiuta rispetto agli *standard* di mercato<sup>123</sup>. Ciò posto, il riferimento alle normali logiche di mercato si

produrre effetti extrafiscali ulteriori rispetto a quelli che avrebbe generato la soluzione più lineare e plausibile tra quelle a disposizione del contribuente.

<sup>122</sup> Questo sintomo della mancanza di sostanza economica è certamente il più importante, anche alla luce dei successivi sviluppi che si sono avuti a livello comunitario. La Direttiva UE 2015/121 è giunta ad elevare il contrasto tra la realtà economica degli interessi regolamentati e gli strumenti giuridici a tal fine utilizzati a paradigma delle costruzioni non genuine. Nel considerando n. 6 della Direttiva 2015/121 si legge, infatti, che *"è opportuno che l'applicazione di norme antiabuso sia proporzionata e sia funzionale allo scopo specifico di combattere una costruzione o una serie di costruzioni che non è genuina, vale a dire che non rispecchia la realtà economica"*. Anche la Direttiva UE 2016/1164 pone particolare enfasi su questo requisito nel considerando n. 11: *"all'interno dell'Unione le norme generali antiabuso dovrebbero essere applicate alle costruzioni che non sono genuine; in caso contrario il contribuente dovrebbe avere il diritto di scegliere la struttura più vantaggiosa dal punto di vista fiscale per i propri affari commerciali"*.

Per il rapporto tra queste ipotesi di collegamento negoziale e il diverso concetto di simulazione di rinvia al par. 2.2.

<sup>123</sup> Sembra cioè difficile, in molti casi, ritenere che il requisito della mancanza di sostanza economica possa farsi discendere dall'anomalia della scelta rispetto alla prassi di mercato, dal momento che ciò che conta è solo l'idoneità a produrre effetti extrafiscali significativi, a nulla rilevando la conformità o meno di questi effetti all'*id quod plerumque accidit*.



propone di desumere la presenza di una motivazione di ordine fiscale dall'eventuale scostamento anomalo della scelta compiuta rispetto alla soluzione alternativa più plausibile<sup>124</sup>. In quest'ottica sembra anch'esso rivolgersi alle fattispecie delle operazioni lineari, nell'intento di cogliere l'uso "distorto" degli atti negoziali, più che dalle loro caratteristiche giuridiche, dal contesto fattuale nel quale tali atti sono stati realizzati.

Sotto altro profilo, il tenore letterale dell'art. 10 *bis* mette bene in evidenza che, tanto nelle operazioni "circolari" quanto in quelle "lineari", il requisito della mancanza di sostanza economica va verificato tenendo conto della pluralità degli atti collegati tra di loro. A tal fine, come già avveniva nel contesto del previgente art. 37 *bis*, sembra logico che si debba tener conto anche e soprattutto delle ipotesi di collegamento volontario di natura meramente funzionale, in cui i negozi sono formalmente separati ma concorrono, sia pure nella loro autonomia, al raggiungimento di un interesse pratico unitario<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Naturalmente, non è detto che questa alternativa univoca vi sia, dal momento che le scelte gestionali sono normalmente attuabili attraverso una pluralità di soluzioni tutte fisiologiche.

<sup>125</sup> Tra i vari esempi possibili di collegamento funzionale, oltre a quelli cui si è già fatto cenno, si pensi alle seguenti ipotetiche fattispecie.

Un socio – come nell'esempio già fatto in precedenza – effettua l'apporto di una somma di denaro in favore di una *holding* intermedia, magari di nuova costituzione, e poi questa somma viene utilizzata per l'acquisto di una partecipazione posseduta dal medesimo socio restituendola a quest'ultimo a titolo di corrispettivo. Questa sequenza negoziale non ha una sostanza economica extrafiscale in quanto soddisfa lo stesso interesse pratico di un conferimento da parte del socio della sua partecipazione nella *holding* di nuova costituzione, ossia di un conferimento in natura. Qui si prescinde dal fatto che l'apporto fosse destinato o meno in forma esplicita (ossia con vincolo inserito nella delibera) all'acquisto della partecipazione.

Nell'ambito di una riorganizzazione, un soggetto A cede ad un soggetto terzo B una propria partecipazione in una società X, che, al momento della cessione, risultava titolare di un compendio immobiliare (di valore non prevalente) e di un ramo di azienda. Subito dopo il trasferimento della partecipazione lo stesso soggetto A acquista dalla società X l'azienda posseduta da quest'ultima. Questo schema soddisfa il medesimo interesse pratico di una assegnazione (tramite cessione) della azienda di X al proprio socio e di un successiva vendita a B – che evidentemente non era interessato all'azienda – della società X post assegnazione. Anche in questo caso – che è analogo a quello preso in considerazione dalla Cassazione nella sent. n. 438 del 2015 – non ha rilevanza se i contratti risultino interdipendenti anche sul piano formale ovvero siano stati stipulati come contratti autonomi.

Ed infine, sempre a titolo di esempio, si prenda in considerazione lo schema tipico del *dividend washing*. La sequenza è quella della cessione *cum dividendo* delle azioni, dell'incasso del dividendo da parte del cessionario e della successiva retrocessione al primo cedente, con emersione di una minusvalenza pari al dividendo incassato. In questo caso, questa serie di atti conduce ai medesimi effetti giuridico-economici di un prestito titoli o equivalente (riporto o pronti contro termine) su partecipazioni e, cioè, di un'operazione di finanziamento (cfr. la disciplina di contrasto alle operazioni di *dividend washing* contenuta nell'art. 109, comma 3 *bis* e ss. del TUIR).

Naturalmente – come già messo in rilievo – le circostanze esemplificative contemplate dall'art. 10 *bis*, comma 2, lett. a) costituiscono solo elementi indiziari della sussistenza del requisito della mancanza di sostanza economica; elementi che, pertanto, non sono vincolanti e possono essere disattesi sia in fase istruttoria che in sede giudiziale<sup>126</sup>.

## 2.6. La natura essenziale del vantaggio tributario indebito

Il terzo requisito dell'abuso, almeno sul piano formale, è che il vantaggio indebito debba essere essenziale rispetto alle altre finalità perseguite dal contribuente.

A questo riguardo va ricordato che la legge delega faceva riferimento al vantaggio fiscale come *“causa prevalente della condotta”* mentre la Raccomandazione UE, che contempla anch'essa l'avverbio “essenzialmente” nella definizione di abuso, precisa che la finalità è essenziale *“se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso”*. Si comprende allora che la formulazione del legislatore delegato appare più aderente a quella della Raccomandazione.

Ciò posto, a stretto rigore, la natura essenziale del vantaggio tributario non si declina come un requisito effettivamente autonomo rispetto a quelli già presi in esame e, in particolare, rispetto a quello della mancanza di sostanza economica.

Abbiamo già evidenziato che il requisito della mancanza di sostanza economica è caratterizzato dall'inidoneità della condotta a produrre significativi effetti extrafiscali e che gli elementi rivelatori di questo requisito sono, tra l'altro, il contrasto del risultato con la logica di mercato, la circolarità delle operazioni o la non conformità dei risultati ottenuti rispetto alla causa tipica dei negozi utilizzati. Va a questo punto evidenziato che questa inidoneità sembra doversi intendere come riferita agli effetti extrafiscali di ogni tipo e, cioè, in un'accezione di carattere generale. In questo senso depone il fatto che il requisito della mancanza di sostanza economica si propone di evidenziare la sussistenza delle condizioni per le quali il vantaggio conseguito dal contribuente – ancorchè non congruente con la *ratio* delle norme applicate o con i principi – può essere tollerato dall'ordinamento. Del resto, non vi sono elementi per ritenere che l'essenzialità dello scopo fiscale costituisca un *quid pluris* rispetto alla mancanza di sostanza economica, e per prospettare fondatamente, ad esempio, che la mancanza di sostanza economica debba essere intesa come assenza di motivazioni extrafiscali

<sup>126</sup> La norma parla, non a caso, di “indici” della mancanza di sostanza economica che, come vedremo in appresso, possono essere smentiti dalla dimostrazione di aver agito sulla base di valide ragioni extrafiscali.

strettamente gestionali e che, invece, l'essenzialità del vantaggio tributario indebito riguardi l'assenza di motivazioni extrafiscali di altro tipo (es. tutela del patrimonio, emulazione di comportamenti altrui, ecc.). Il requisito della mancanza di sostanza economica, infatti, viene definito *tout court* come l'inidoneità a produrre effetti extrafiscali significativi, senza alcuna distinzione tra effetti rilevanti ai fini gestionali o effetti extrafiscali di altro tipo.

Se così è, a ben vedere, il fatto che il vantaggio indebito abbia assunto una valenza essenziale altro non è che una diversa prospettiva di inquadrare il medesimo fenomeno, e cioè quella stessa inidoneità a produrre significativi effetti extrafiscali che è l'elemento qualificante della mancanza di sostanza economica. Più precisamente, il riferimento all'essenzialità dei vantaggi tributari indebiti sembra costituire un elemento della condotta abusiva esattamente complementare al requisito della mancanza di sostanza economica, costituendone l'"altra faccia della medaglia".

Aderendo a questa impostazione, per giungere ad affermare che – come spiega la relazione illustrativa al decreto – *"i vantaggi fiscali indebiti devono essere fondamentali rispetto a tutti gli altri fini perseguiti dal contribuente"* ciò che conta è la presenza del requisito della mancanza di sostanza economica, requisito che sul piano logico viene ad assumere, in un certo qual modo, carattere assorbente rispetto all'attributo dell'essenzialità del vantaggio tributario indebito<sup>127</sup>.

## 2.7. Le valide ragioni extrafiscali

Fin qui ci siamo occupati degli elementi costitutivi dell'abuso così come desumibili dai commi 1 e 2 dell'art. 10 *bis*. E' il caso di soffermarsi ora sull'elemento delle **valide ragioni extrafiscali** che viene contemplato dal comma 3 dell'art. 10 *bis*.

<sup>127</sup> Una certa autonomia del requisito in parola potrebbe forse ascriversi al fatto che mentre l'essenzialità del vantaggio indebito è calibrata sullo specifico vantaggio conseguito (mediante l'indebita applicazione di un regime fiscale), la mancanza di sostanza economica riguarda, in termini generali, l'assenza di effetti extrafiscali significativi. In linea teorica, perciò, si potrebbe ipotizzare che vi siano operazioni che producono solo effetti fiscali ma in cui il vantaggio tributario conseguito, tuttavia, non possa dirsi essenziale, come nel caso in cui si accerti l'esistenza di un vantaggio ai fini di un certo tributo, che però è più che compensato dalle imposte assolte su altri segmenti della sequenza negoziale (cfr. la successiva nota 134). In questa ipotesi il vantaggio tributario non può dirsi essenziale, a prescindere dal fatto che la sequenza negoziale sia in ipotesi priva di effetti extrafiscali apprezzabili. Senonchè, a ben vedere, se il carico complessivo dell'operazione è tale da azzerare il vantaggio conseguito, è assai probabile che l'intera operazione sia stata congegnata proprio per produrre effetti extrafiscali e che, quindi si tratti comunque di un'operazione che è al contempo caratterizzata da una sostanza economica significativa.

Come già accennato, nell'art. 10 *bis* comma 3 il legislatore fa salva *“in ogni caso”* la possibilità di escludere l'applicazione della disciplina antiabuso qualora venga fornita la dimostrazione da parte del contribuente – come prevede il comma 9 dell'art. 10 *bis* – che le operazioni *“sono giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente”*. Stando alla relazione illustrativa le ragioni extrafiscali in questione sono da considerare non marginali e quindi idonee a “disattivare” la clausola antiabuso solo quando, in mancanza di tali ragioni, *“l'operazione non sarebbe stata posta in essere”*. Occorre cioè che le motivazioni di natura economico/gestionale siano state determinanti nell'orientare il contribuente a compiere l'operazione che, in effetti, ha attuato.

Sul piano letterale, nel contesto della nuova disciplina antiabuso, così come avveniva – secondo la dottrina maggioritaria – nell'ambito del previgente art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, le valide ragioni extrafiscali sembrerebbero essere state concepite come una circostanza esimente che può essere fatta valere su impulso del contribuente<sup>128</sup>.

Già nel corso dell'iter parlamentare questa previsione, era stata oggetto di osservazioni critiche. In particolare, far dipendere la disattivazione della clausola antiabuso dalla sussistenza di idonee giustificazioni di tipo extrafiscale avrebbe potuto indurre taluno – come in effetti si è verificato – a ritenere che questo elemento continuasse ad essere dirimente anche ai fini della stessa operatività della norma (e, cioè, non solo ai fini della sua disapplicazione). In quest'ottica, cioè, si poteva palesare il dubbio che nulla fosse cambiato rispetto al passato, con l'effetto di riproporre le incertezze e le criticità più volte ricordate<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> La qualificazione come condizione esimente sembra avvalorata dal fatto che testualmente, in base al comma 3, non si considerano abusive *“in ogni caso”* (sottolineatura nostra) le operazioni giustificate da valide ragioni economiche. Questa formulazione lascia apparentemente intendere che si voglia disattivare l'operatività della clausola anche quando siano stati riscontrati i requisiti costitutivi dell'abuso di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 10 *bis*.

<sup>129</sup> Cfr. la nota tecnica di Assonime (consultazione n. 9/2015) a commento agli schemi di D.L.vo approvati in via preliminare in data 21 aprile 2015 (atti n. 161-162-163) in cui già suggerivamo di correggere *“la previsione del comma 3 che sembra configurare l'esistenza di non marginali ragioni economiche extrafiscali come esimente quando il comma 1 già considera la mancanza di tali ragioni quale elemento identificativo delle operazioni prive di sostanza economica e, quindi, di uno dei due presupposti costitutivi dell'abuso. In altri termini, con questa previsione l'esistenza o meno delle valide ragioni economiche tornerebbe ad essere un punto centrale per configurare o meno l'abuso e riviverebbero, quindi, tutte le incertezze interpretative che ci sono state finora, mentre elemento altrettanto fondamentale ed indispensabile dovrebbe essere, in base al nuovo approccio, l'individuazione del principio violato dalla condotta del contribuente e della conseguente natura indebita del vantaggio conseguito”*. In questo senso anche VACCA, in *Il nuovo abuso del diritto* a cura di MIELE, Eutekne 2016, 17 e ss.

Senonchè, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 10 *bis* sono state avanzate due possibili ricostruzioni in merito alla possibilità di conciliare il requisito della mancanza di sostanza economica del comma 1 con quello delle valide ragioni extrafiscali del comma 3.

Una prima tesi è quella di chi assume che i due requisiti, quello della mancanza di sostanza economica e quello dell'eventuale assenza di ragioni extrafiscali, siano destinati ad operare su piani distinti, connessi tra di loro, ma non sovrapponibili<sup>130</sup>. Il concetto enunciato nel comma 1 (mancanza di sostanza economica) riguarderebbe l'adequatezza e la congruità della strumentazione giuridica utilizzata rispetto agli obiettivi economici del contribuente. Si tratterebbe cioè del profilo oggettivo dell'operazione, avuto riguardo alla sua fisiologia ed alla consistenza dei vantaggi fiscali o extrafiscali che ne conseguono. Le ragioni economiche del comma 3 insisterebbero, invece, sul piano soggettivo e cioè su quello dei motivi contingenti che, al di là della strumentazione giuridica utilizzata possono avere indotto il contribuente a realizzare l'operazione. In quest'ottica il difetto obiettivo di sostanza economica potrebbe convivere senza problemi con la presenza di motivazioni soggettive extrafiscali valide e non marginali. E si potrebbe anche spiegare in modo coerente l'inquadramento delle ragioni extrafiscali come condizione esimente.

Una diversa tesi è quella di chi ritiene che i due concetti si collochino sul medesimo piano e riguardino lo stesso fenomeno, essendovi soltanto una diversità di prospettiva nel senso che il comma 1 prenderebbe in considerazione quella dell'Amministrazione finanziaria, mentre il comma 3 quella del contribuente. In tal senso, si fa rilevare che il requisito della mancanza di sostanza economica non coincide, a ben vedere, con l'anomalia della strumentazione giuridica utilizzata (posto che questo è solo uno degli elementi indiziari presi in considerazione dal legislatore), ma viene identificato testualmente dallo stesso art. 10 *bis*, comma 2 – lo abbiamo già ricordato – nella inidoneità dell'operazione a produrre effetti extrafiscali significativi. Ne consegue che delle due l'una: se sussistono le ragioni economiche di ordine gestionale o organizzativo del comma 3, questa circostanza consente evidentemente di escludere che l'operazione possa dirsi mancante di una sostanza economica, perché vi è una idoneità a produrre effetti extrafiscali non marginali. Viceversa, se l'operazione presenta un difetto di sostanza economica, in quanto non è suscettibile di produrre effetti extrafiscali significativi, non vi è spazio logico per sostenere – in modo autonomo rispetto a questo presupposto – che possa avere avuto un ruolo determinante una

<sup>130</sup> Cfr. *in terminis* BEGHIN, in *Il fisco* 2015, 2207 e ss.

ragione extrafiscale, dal momento che gli elementi costitutivi dell'abuso o vi sono o non vi sono. In base a questa diversa ricostruzione, cioè, entrambi i requisiti insistono sul profilo della consistenza dei motivi extrafiscali sottostanti all'operazione, ossia su quel requisito costitutivo che – secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>131</sup> – viene qualificato come elemento soggettivo dell'abuso. In quest'ottica, la sussistenza di valide ragioni extrafiscali più che atteggiarsi alla stregua di una condizione esimente – ossia di una circostanza che opera “a valle” rispetto alla qualificazione dell'operazione come abusiva – sarebbe in realtà uno dei possibili argomenti di difesa a disposizione del contribuente, fermo restando che la dimostrazione degli elementi costitutivi dell'abuso grava comunque sull'Amministrazione finanziaria.

Tra le due tesi sembra forse logicamente più coerente la seconda, anche perché più in linea sia con gli indirizzi comunitari in tema di abuso, sia con il tratto comune del nuovo art. 10 *bis* che si propone di identificare l'abuso su basi obiettive. Per aderire alla prima tesi, e cioè a quella della possibile autonomia tra i due concetti, infatti, si dovrebbe ammettere che le ragioni extrafiscali soggettive possano operare anche al di là ed al di fuori del requisito dell'inidoneità obiettiva dell'operazione a produrre effetti extrafiscali significativi in cui si compendia la mancanza di sostanza economica. A tal fine sarebbe tuttavia necessario attribuire rilevanza ad elementi che non sono riscontrabili obiettivamente, ossia alle aspettative ed alle valutazioni non esternate dal contribuente e che caratterizzano il suo “foro interno”, cosa che non sembra in linea con il complessivo impianto della nuova disciplina antiabuso<sup>132</sup>. Sul piano tecnico, inoltre, occorre considerare che l'inquadramento delle ragioni extrafiscali come condizione esimente sembra mal combinarsi con l'impianto definitorio dell'art. 10 *bis* comma 1, visto e considerato che l'abuso, tra i suoi requisiti già contempla non solo la mancanza di sostanza economica, intesa come inidoneità a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali, ma anche – e soprattutto – la circostanza che i vantaggi in questione debbano risultare essenziali rispetto alle altre finalità dell'operazione.

Fatte queste necessarie precisazioni e venendo invece ad esaminare il merito di questa disposizione del comma 3, in dottrina è stato osservato che la possibilità di “disattivare” – *rectius* di contestare – l'applicabilità della clausola antiabuso contemplata dall'art. 10 *bis*, comma 3 è testualmente limitata alle esigenze gestionali e/ o di riorganizzazione delle imprese o dei professionisti con la conseguenza che, a stretto rigore, non potrebbe essere fatta valere dagli altri contribuenti non titolari di

<sup>131</sup> Cfr., la precedente nota 72.

<sup>132</sup> Cfr., al riguardo, quanto già osservato nel par. 2.1.



attività di impresa o di lavoro autonomo. In realtà, se si riconosce che la previsione del comma 3, come già evidenziato, è assorbita dagli elementi costitutivi dell'art. 10 *bis*, comma 1, e si risolve nella confutazione del primo requisito dell'abuso (mancanza di sostanza economica), sembra logico che questa insussistenza possa essere invocata – come è naturale che sia – da tutti i contribuenti, anche se non svolgono attività di impresa o di lavoro autonomo.

Ai fini applicativi, inoltre, è chiaro che le ragioni suscettibili di dimostrare che l'operazione era obiettivamente idonea a produrre effetti extrafiscali non marginali vanno comunque contestualizzate rispetto alla specifica situazione di partenza del contribuente. In particolare, sul piano temporale, sembra logico che le ragioni in parola debbano essere basate sugli elementi obiettivi che erano a disposizione del contribuente al momento in cui ha compiuto la scelta, anche se si tratta di elementi che *ex post* possono essere stati smentiti da fattori sopravvenuti. Ciò anche per omogeneità con quanto si è già detto circa la rilevanza della disciplina *pro tempore* vigente (e non di quella sopravvenuta) quando si tratta di verificare se il vantaggio conseguito è indebito. Per quanto concerne invece il merito delle ragioni extrafiscali è da ritenersi che, specie nell'ambito di operazioni riferibili a gruppi societari, possano essere valorizzate esigenze di ordine gestionale/organizzativo non limitate alla singola

entità, ma che coinvolgono l'intero soggetto economico di cui essa è espressione, così come talora è stato già riconosciuto in giurisprudenza<sup>133 134</sup>.

## 2.8. La quantificazione del beneficio netto dell'operazione abusiva

L'art. 10 *bis*, comma 1, prevede che l'Amministrazione finanziaria disconosca i vantaggi derivanti dalla condotta abusiva determinando i tributi dovuti per effetto di tale disconoscimento al netto di quelli versati<sup>135</sup>.

In linea di principio, il vantaggio indebito è rappresentato dalla stessa fruizione del regime fiscale prescelto dal contribuente, quando il risultato finale di tale fruizione risulti

<sup>133</sup> Cfr., in particolare, la sentenza della Cassazione 21 gennaio 2011, n. 1372 in cui si sottolinea la cautela che deve guidare l'interprete nella verifica delle condotte di elusione/abuso del diritto nei casi di "ristrutturazioni societarie, soprattutto quando le stesse avvengono nell'ambito di grandi gruppi d'impresa. Occorre, infatti, considerare che la strategia sul mercato dei gruppi di imprese non può essere valutata come quella dell'imprenditore singolo e cioè non deve essere finalizzata al conseguimento di una redditività in tempi brevi. Tale regola è stata enunciata dalla Commissione Europea nella sua comunicazione del 1984 e più volte condivisa dalla Corte di Giustizia (...) in materia di aiuti di Stato nelle imprese pubbliche, allo scopo di definire il comportamento dell'investitore in economia di mercato che, se è un gruppo di imprese, può essere guidato, nel fornire misura di sostegno alle imprese di gruppo, da criteri non coincidenti con la redditività immediata della misura per cui la stessa non può considerarsi aiuto incompatibile con il mercato comune. In terminis, cfr. anche la sentenza della Cassazione n. 418 del 2015. Secondo alcuni autori (cfr. DELLA VALLE, in *Il nuovo abuso del diritto* a cura di MIELE, Eutekne 2016, 69 e ss.), il riferimento alle valide ragioni extrafiscali in luogo del precedente richiamo da parte dell'art. 37 *bis* alle valide ragioni economiche rifletterebbe l'intento del legislatore di dare rilievo anche a circostanze non limitate al conseguimento di un risultato economico positivo (in questo si risolverebbe l'economicità). In effetti, però, anche nel contesto del previgente art. 37 *bis* il concetto di valide ragioni economiche non si esauriva nel profilo della redditività immediata tenuto conto che la stessa relazione illustrativa al D.L.vo n. 358 del 1997 parlava in modo più ampio di "apprezzabilità economico gestionale".

Per una analisi delle circostanze che potrebbero astrattamente essere addotte come valide ragioni extrafiscali si veda il recente studio del *Notariato* n. 56-2016/T che fa seguito al precedente studio del *Notariato* n. 151/2015/T sui lineamenti della nuova disciplina antiabuso.

<sup>134</sup> Una questione particolare è quella dell'eventuale rilevanza, come ragione idonea a giustificare l'assenza di una motivazione prevalente o essenziale di natura fiscale, dell'entità delle altre imposte pagate rispetto a quelle oggetto di contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria.

A nostro avviso sembrerebbe logico che quando il vantaggio eventualmente conseguito sia sostanzialmente compensato da un onere fiscale significativo agli effetti di un altro tributo – e che altrimenti non si sarebbe manifestato – questo elemento dovrebbe essere ritenuto circostanza idonea a dimostrare che non vi era una motivazione di ordine fiscale prevalente o essenziale alla base della scelta compiuta. Ciò a prescindere dalla questione della computabilità o meno di questo onere fiscale collaterale in sede di quantificazione del beneficio netto da recuperare; questione che affronteremo nel prossimo paragrafo 2.8.

In dottrina si è posta in dubbio la rilevanza, a questi fini, delle imposte estere dovute nell'ambito di operazioni transazionali (cfr. MICHELUTTI-IASCONI, in *Il nuovo abuso del diritto* a cura di MIELE, Eutekne 2016, 271 e ss.). Da un lato si è osservato che mentre in vigore dell'art. 37 *bis* l'eventuale risparmio di imposta realizzato all'estero poteva costituire una valida ragione economica dell'operazione, questo tipo di ragionamento non sarebbe più consentito in quanto l'odierno art. 10 *bis* ritiene apprezzabile

in contrasto con la *ratio* del regime applicato o con i principi dell'ordinamento. Sul piano pratico, tuttavia, l'attivazione della clausola antiabuso richiede in ogni caso la quantificazione del beneficio netto conseguente alla violazione di questa *ratio*, intendendo come beneficio netto l'effettivo risparmio di imposta generato dalla condotta abusiva. Occorre, in sintesi, identificare se ed in che misura la fruizione di un vantaggio indebito possa tradursi in un maggior tributo dovuto dal contribuente.

A tal fine, un primo dato che si desume dallo stesso art. 10 *bis* è che si devono prendere in considerazione non soltanto i benefici immediati, ma anche quelli differiti, ossia i benefici che, pur non essendo già stati conseguiti – sotto forma di un minor versamento di imposta – sono comunque conseguibili con certezza in esito alle operazioni realizzate (si pensi ai maggiori valori fiscali ottenuti o alle posizioni creditorie non ancora utilizzate).

Altro elemento fondamentale di cui tener conto è che il rapporto tra il disconoscimento dei vantaggi indebiti e la quantificazione del beneficio si esplica in vari modi, a seconda delle caratteristiche delle operazioni abusive.

Il caso più semplice è quello delle operazioni circolari in cui il vantaggio che viene disconosciuto si esaurisce nella sola sfera fiscale del contribuente poiché le operazioni compiute non hanno ulteriori possibili riflessi fiscali e si sono risolte nella maturazione di una situazione soggettiva favorevole per il contribuente (credito di imposta, costo deducibile, maggior valore fiscalmente riconosciuto). In questa ipotesi il beneficio si

la sostanza economica dell'operazione solo in presenza di ragioni extrafiscali significative, senza distinguere tra fiscalità italiana ed estera. Sotto altro profilo si è osservato che dovrebbero considerarsi irrilevanti non solo i vantaggi, ma anche gli eventuali svantaggi derivanti dalla fiscalità estera. In base a questa tesi, cioè, la clausola antiabuso dovrebbe operare in modo da disconoscere il vantaggio indebitamente conseguito in Italia anche quando questo vantaggio sia stato azzerato delle imposte assolute all'estero (si pensi al caso di una persona fisica non residente che incassi i dividendi dopo aver trasferito la residenza della partecipata all'estero, in modo da non subire la ritenuta in Italia, e che venga comunque a corrispondere sui dividendi incassati un'imposta sui redditi estera pari all'imposta italiana).

In realtà, non si può sottacere che, sul piano logico, quando non vi è un complessivo risparmio di imposta tra imposta italiana e imposta estera – quale che sia lo Stato che la riscuote – appare oltremodo difficile concludere che la finalità complessiva dell'operazione possa essere di natura fiscale. Per questo motivo l'ipotesi di limitare l'analisi ai soli effetti sulle imposte assolute in Italia rischia di condurre a risultati illogici e distorsivi.

<sup>135</sup> Recita l'ultimo periodo del comma 1 che le operazioni abusive *"non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni"*. L'inopponibilità, tuttavia – come abbiamo già avuto modo di sottolineare – non riguarda *tout court* gli effetti giuridici delle operazioni realizzate dal contribuente, ma solo i vantaggi fiscali, ossia gli effetti dei regimi che si ritiene siano stati applicati indebitamente dal contribuente.

può quantificare semplicemente cancellando gli effetti della situazione soggettiva favorevole conseguita dal contribuente.

Vi è poi un'altra ipotesi, che è forse quella più frequente, in cui il regime fiscale di cui si è avvalso il contribuente – e che dovrebbe essere oggetto di disconoscimento – riguarda schemi non circolari ma, come più volte ripetuto, schemi lineari, e cioè operazioni che concorrono a realizzare nuovi assetti irreversibili (trasferimento di beni, di partecipazioni o altre modificazioni patrimoniali) attraverso l'utilizzo indebito di regimi fiscali. In questi casi il disconoscimento del vantaggio non può che risolversi nell'applicazione della disciplina impositiva ordinaria che si sarebbe applicata per realizzare quel medesimo risultato in assenza dei benefici derivanti dai regimi impositivi invocati dal contribuente. Ad esempio, si ipotizzi, a scopo di ragionamento, di ritenere indebito l'utilizzo del regime di neutralità di un'operazione straordinaria per la "veicolazione" ad altri soggetti di beni singoli. Se l'operazione di fusione è stata attuata e si è pervenuti al trasferimento del bene all'incorporante, si tratterà di applicare il regime fiscale proprio di questo trasferimento che si sarebbe reso operante in assenza della neutralità della fusione e, cioè, in caso di realizzo. Questo effetto, è bene sottolinearlo, non dipende dall'individuazione di soluzioni alternative teoriche, ma è solo una conseguenza di quanto è stato effettivamente realizzato, e cioè delle modalità con le quali in concreto il contribuente ha inteso fruire del regime fiscale i cui effetti vengono disconosciuti.

Resta, tuttavia, fermo che in entrambe le ipotesi (ossia per le operazioni circolari così come per le operazioni lineari) il beneficio netto deve essere calcolato considerando due fattori: da un lato, i tributi dovuti per effetto del disconoscimento degli effetti fiscali delle operazioni realizzate e, dall'altro lato, i tributi effettivamente versati in esito alle medesime operazioni.

Una questione di grande rilievo, al riguardo, è stabilire quali sono i tributi da scomputare rispetto a quelli che si ritengono dovuti, circoscrivendoli sia sul piano soggettivo che sul piano oggettivo.

Quanto al primo aspetto – e cioè al profilo soggettivo – la formulazione della norma lascia intendere che si debba tener conto dei soli tributi versati dal contribuente e non dai soggetti terzi. In questo senso depone non soltanto la lettera dell'art. 10 *bis*, comma 1, ma anche il fatto che, come vedremo in appresso, questi soggetti sono legittimati a chiedere autonomamente il rimborso delle imposte assolate sulle operazioni abusive.

Quanto al secondo aspetto – ossia all'ambito dei tributi da prendere in considerazione – occorre domandarsi se debbano essere scomputati tutti i tributi diretti e indiretti connessi all'operazione o alla sequenza negoziale considerata abusiva, ovvero solo quelli che sono strettamente afferenti al vantaggio – e, quindi, al tributo – oggetto di disconoscimento.

A sostegno della prima tesi, si potrebbe osservare che l'esigenza di tener conto di tutti i tributi sarebbe legata al fatto che, quando si contesta l'abuso, si assume implicitamente che in assenza del vantaggio che viene disconosciuto l'operazione non sarebbe stata posta in essere, ovvero non sarebbe stata realizzata con quelle determinate modalità. In quest'ottica si tratterebbe di recuperare il solo tributo che eventualmente risulti eccedente rispetto alla somma complessiva delle altre imposte versate e che, in assenza di quel vantaggio, il contribuente non avrebbe assolto.

La seconda tesi – e, cioè, quella secondo cui sarebbero “accreditabili” i soli tributi eventualmente applicati in sostituzione di quelli che si ritengono dovuti – parte invece dal presupposto che la clausola antiabuso non sia destinata a cancellare tutti gli effetti fiscali della sequenza negoziale considerata abusiva, ma solo quelli che non sarebbero stati conseguiti in assenza del regime di cui si è indebitamente fruito. In quest'ottica, il beneficio da recuperare dovrebbe essere calcolato sottraendo dal tributo che si ritiene dovuto i soli tributi omologhi che sono stati assolti per effetto del disconoscimento dello specifico vantaggio oggetto di disconoscimento, e non anche tutti gli oneri fiscali eventualmente sostenuti per accedere al regime che ha generato quel determinato vantaggio. Ciò in quanto, per ritenere questi oneri come non più dovuti si dovrebbe necessariamente assumere che tutti gli effetti delle operazioni compiute debbano essere disconosciuti ai fini fiscali, il che, però, non sarebbe conciliabile con la logica della clausola antiabuso che, per l'appunto, non cancella *in toto* la rilevanza fiscale degli atti negoziali del contribuente. Chi sostiene questa seconda tesi fa leva sul fatto che, nel contesto di quelle che abbiano definito come operazioni cd. lineari, vengono messe in discussione le modalità attuative seguite dal contribuente e non l'obiettivo economico conseguito che è pienamente legittimo e non può ritenersi *tamquam non esset* ai fini fiscali, come se nulla fosse accaduto. Anche a questa seconda tesi vengono tuttavia mosse una serie di obiezioni di non scarso rilievo. In particolare, viene fatto notare che l'ipotesi di negare la scomputabilità di tutti i tributi assolti per realizzare la condotta abusiva sarebbe da respingere per due ordini di motivi. Da un lato, perché il contribuente finirebbe per essere assoggettato ad un prelievo complessivamente più oneroso rispetto a quello che l'ordinamento prevede per realizzare quel medesimo

risultato extrafiscale<sup>136</sup>. In secondo luogo, in quanto il trattamento riservato al contribuente sarebbe ingiustificatamente deteriore rispetto a quello riconosciuto ai soggetti terzi i quali sono legittimati a chiedere il rimborso *“delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria”* (art. 10 *bis* comma 11), senza alcuna distinzione tra imposte omologhe e imposte diverse rispetto a quelle oggetto di recupero da parte dell'Amministrazione finanziaria<sup>137</sup>. Il punto è delicato e meriterebbe un chiarimento ufficiale<sup>138</sup>.

E' pacifico, in ogni caso, che quando il calcolo conduca ad evidenziare che non vi è un beneficio netto, perché le imposte già versate dal contribuente sono superiori rispetto a quelle altrimenti dovute, non vi dovrebbe essere spazio per attivare la clausola antiabuso dell'art. 10 *bis*.

## 2.9. Abuso e antieconomicità, esterovestizione e interposizione

Esaurita l'analisi degli elementi costitutivi dell'abuso, è interessante affrontare, per completezza, il tema del rapporto tra il concetto di abuso ed alcune condotte tipiche che formano spesso oggetto di contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Come correttamente evidenziato in dottrina<sup>139</sup>, in passato la Cassazione ha spesso utilizzato l'argomento dell'abuso anche in alcune fattispecie che tradizionalmente venivano considerate di natura evasiva. Il motivo di questo inquadramento sembra risalire al fatto che, secondo la Corte di legittimità, il principio generale antiabuso avrebbe consentito di censurare i vantaggi tributari conseguiti indebitamente attraverso l'utilizzo di forme giuridiche non corrispondenti alla sostanza economica delle operazioni realizzate. In quest'ottica, in particolare, potevano risolversi in ipotesi di

<sup>136</sup> Ad esempio, se ipoteticamente la soluzione prescelta comporta un onere di 50 – in luogo di 100 – ai fini del tributo A e di 10 ai fini del tributo B mentre la soluzione tipo prevede solo un onere di 100 ai fini del tributo A, la scelta di recuperare il vantaggio di 50 sul tributo A senza defalcare i 10 del tributo B, darebbe luogo ad un carico tributario complessivo – tra A e B – di 110, in luogo di quello richiesto dall'ordinamento di 100.

<sup>137</sup> In questo senso cfr. GLENDI-CONSOLO-CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Ipsoa 2016.

<sup>138</sup> Al di là di queste due diverse ricostruzioni, è pur sempre vero che se il carico tributario complessivo della sequenza negoziale risulta superiore al beneficio conseguente alla violazione della *ratio* relativa alla disciplina di un certo tributo, non sembra possibile sostenere che il conseguimento di questo vantaggio possa dirsi essenziale rispetto agli altri fini perseguiti dal contribuente e che, quindi possa riscontrarsi una condotta abusiva (cfr. la precedente nota 134). In altri termini, il raffronto tra vantaggio conseguito e intero carico tributario assolto dovrebbe essere effettuato “a monte” rispetto alla quantificazione del tributo da recuperare, e cioè quando si tratta di accertare se la condotta è abusiva o meno.

<sup>139</sup> Cfr. ESCALAR, in *Corr. trib.* 2016, 1215 e ss.



abuso le contestazioni basate sull'antieconomicità delle operazioni, sulla esterovestizione ed in tema di interposizione di soggetti intermedi nella titolarità di redditi<sup>140</sup>.

I precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte dovrebbero forse essere rimeditati in considerazione del fatto che la nuova clausola antiabuso non ha per unico presupposto quello della mancanza di sostanza economica e che, per questa ragione, l'eventuale divergenza tra forme giuridiche utilizzate e contenuto economico dell'operazione – quand'anche ritenuto corrispondente al requisito della mancanza di sostanza economica – non sarebbe di per sé sufficiente a qualificare la condotta come abusiva. Può quindi essere utile soffermare l'attenzione su questa casistica, in modo da comprendere quando sia possibile invocare la clausola antiabuso.

Quanto alle contestazioni che fanno leva sull'antieconomicità delle operazioni, merita ricordare che nel nostro ordinamento non è presente un principio di carattere generale secondo cui i componenti reddituali debbano essere assunti in misura automaticamente corrispondente al valore normale dei beni/servizi scambiati, e che la regola del valore normale (come nel cd. *transfer pricing*) si configura come una eccezione alla rilevanza del corrispettivo pattuito<sup>141</sup>. In quest'ottica, in particolare non sembra possibile assumere che un corrispettivo considerato non congruo denoti automaticamente la non inerenza di un costo, tenuto conto che l'inerenza dei costi è un concetto qualitativo che non coincide con quello della congruità. Ciò posto, come già osservato in altra sede<sup>142</sup>, è altrettanto vero che, in presenza di una macroscopica sproporzione tra corrispettivo pattuito e valore dei beni/servizi scambiati, questa circostanza pone a carico del contribuente l'onere di dimostrare i motivi di tale divergenza e, in mancanza di idonea giustificazione, viene a costituire un argomento di prova di un sovradimensionamento dei costi o di un occultamento dei ricavi. Sulla base di queste considerazioni sembra logico che uno scostamento abnorme dei corrispettivi dal valore dei beni acquistati o delle prestazioni rese, non supportato da idonee

<sup>140</sup> Per il richiamo dell'abuso (*alias* elusione) nelle ipotesi di antieconomicità cfr. Cassazione n. 22132 del 2013 e Cassazione, n. 4345 del 2016; nel caso di esterovestizione cfr. Cassazione n. 2869 del 2013; nel caso di interposizione cfr. Cassazione n. 12788 del 2011.

<sup>141</sup> L'art. 5, comma 2, del D.L.vo n. 147 del 2015, del resto, ha ribadito che la disciplina in tema di cd. *transfer pricing* costituisce un'eccezione a questo principio precisando che "2. la disposizione di cui all'articolo 110, comma 7, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, si interpreta nel senso che la disciplina ivi prevista non si applica per le operazioni tra imprese residenti o localizzate nel territorio dello Stato".

<sup>142</sup> Cfr. la circolare Assonime n. 18 del 2012.

giustificazioni, sia da ricondurre piuttosto al novero delle fattispecie di natura evasiva e non a quelle di natura abusiva<sup>143</sup>.

Più delicato è il caso dei rilievi basati sulla cd. esterovestizione di una società costituita al di fuori del territorio nazionale e sottoposta al controllo di un soggetto italiano. In queste fattispecie dovremmo essere di fronte ad un problema di accertamento della sussistenza di quei requisiti di collegamento con il territorio che consentono di collocare la residenza in Italia o all'estero, e, in particolare, della ricostruzione del luogo in cui si trova la sede di direzione effettiva (cd. *place of effective management*)<sup>144</sup>. Sembrerebbe logico, perciò, che nella normalità dei casi, quella della effettiva collocazione della residenza di un soggetto societario si debba qualificare come una questione diversa dall'abuso, trattandosi dell'accertamento di una situazione di fatto cui è collegato il presupposto impositivo. Ci sono, però, degli aspetti non ben definiti sui quali occorrerebbe fare chiarezza<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> Resta fermo che a questi fini dovrebbero assumere rilievo i soli casi di eclatante e manifesta sproporzione non altrimenti giustificabili da parte del contribuente. Non sembra possibile ammettere, viceversa, che l'Amministrazione finanziaria possa sindacare scelte che sono comunque motivate da finalità imprenditoriali, come, ad esempio, la rinuncia agli interessi di mora per favorire i rapporti commerciali con un cliente o la rinuncia agli interessi corrispettivi su un finanziamento nei confronti di una società controllata che si trova in una situazione di difficoltà finanziaria (cfr. sul punto la circolare Assonime n. 18 del 2012).

<sup>144</sup> Ai fini della collocazione della residenza delle persone giuridiche, infatti, l'art. 4 del modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni attribuisce un rilievo preminente alla sede della direzione effettiva rispetto a quello della sede legale quando i due presupposti siano localizzati in Stati diversi. E' il caso di sottolineare, peraltro, che in sede OCSE sta maturando il convincimento che il criterio della "sede di direzione effettiva" non sia più adeguato per l'attribuzione della residenza di una società all'uno o all'altro ordinamento: e ciò nel presupposto, appunto, che l'attuale complessità dei modelli organizzativi dei gruppi con funzioni altamente integrate abbia notevolmente ampliato il potere della capogruppo di dettare le indicazioni di *policy*. In quest'ottica si suggerisce di dirimere gli eventuali conflitti di residenza sulla base di una valutazione *case by case* nel contraddittorio tra i due Stati contraenti. L'implementazione di questa novità – che richiede la modifica delle convenzioni contro le doppie imposizioni – dovrà attendere che sia negoziato e completato entro il 2016 lo Strumento Multilaterale previsto dall'Action n.13 del progetto BEPS.

<sup>145</sup> In effetti, la linea di confine tra esterovestizione e abuso non è sempre ben delineata, nel senso che il ricorso ad una società esterovestita potrebbe ben inserirsi nell'ambito di uno schema abusivo.

Nel contesto del *Final report* sull'Action 6 del progetto BEPS pubblicato dall'OCSE il 5.10.2015, si dà atto che gli eventuali benefici di un trattato invocati da una *subsidiary* residente in un paradiso fiscale o in un territorio a fiscalità privilegiata, possono essere negati anche contestando che, nel caso specifico, sulla base di una valutazione accurata di tutte le circostanze di fatto, la sede dell'amministrazione non si trova nel Paese in cui è stata collocata la *subsidiary*, ma in quello della sua controllante (cfr. il *report* sull'Action 6, pag. 81).

Si segnala altresì che la Corte di Cassazione, sez. penale, nella sentenza n. 43809 del 2015 sul caso *Dolce e Gabbana*, in cui si contestava l'esterovestizione di una società lussemburghese divenuta titolare del marchio, ha affermato il principio secondo cui le fattispecie di esterovestizione dovrebbero essere

Un tema strettamente attiguo a quello dell'esteroinvestizione è poi quello degli schemi di interposizione reale, ossia delle ipotesi di imputazione dei redditi a un soggetto societario mediante il trasferimento a tale soggetto della relativa fonte.

Al riguardo, secondo una prima tesi saremmo in presenza di una società regolarmente costituita che diviene titolare dei redditi propri e che mantiene una propria autonomia rispetto al soggetto interponente. In considerazione di ciò, questa fattispecie non costituirebbe un'ipotesi di evasione ma, al più, una condotta abusiva caratterizzata dal ricorso indebito alla forma societaria per evitare le conseguenze impositive della titolarità diretta di un reddito<sup>146</sup>. Secondo altra tesi, invece, la vera questione non sarebbe legata all'esistenza o meno di un soggetto giuridicamente autonomo e riconosciuto dall'ordinamento, ma alla sussistenza di un'effettiva capacità gestoria della fonte da cui proviene il reddito di cui tale soggetto è divenuto titolare. Si osserva, cioè, che se il trasferimento della fonte del reddito non è accompagnato dal trasferimento anche degli asset, delle funzioni e dei rischi correlati alla produzione del reddito, pur in presenza di un soggetto realmente esistente si potrebbe configurare una forma di imputazione artificiosa del reddito, sicché in relazione a quel reddito saremmo di fronte ad un'ipotesi di interposizione fittizia da accertare ai sensi dell'art. 37, comma 3, del d.p.r. n. 600 del 1973<sup>147</sup>.

accertate senza attribuire rilevanza esclusiva all'individuazione del luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative, bensì valutando anche se la società controllata estera sia o meno una costruzione di puro artificio, ossia se la società controllata estera costituisca uno strumento per la realizzazione di una condotta abusiva. Osserva la Corte, in particolare, che *"quel che in conclusione rileva ai fini della presente indagine è la ricorrenza di tre concetti tra loro assolutamente complementari: 'costruzione di puro artificio', 'finalità prevalente di elusione', 'libertà di scelta tra carichi fiscali diversi'. Ma quel che deve essere chiaro è che se non c'è costruzione artificiosa non vi è abuso"* (punto 16.85 della motivazione). In tal modo, nella sostanza, l'esteroinvestizione viene considerata come una *species* dell'abuso.

<sup>146</sup> Cfr. ESCALAR, in *Corr. trib.* 2016, 1215.

<sup>147</sup> L'art. 37, comma 3, dispone che *"sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona"*. Circa l'ambito di applicazione di questa norma va ricordato che mentre la dottrina maggioritaria è dell'opinione che essa si occupi delle fattispecie di simulazione soggettiva relativa, ossia di interposizione fittizia, la Cassazione è giunta ad affermare che essa riguarderebbe sia le ipotesi di interposizione fittizia che quelle di interposizione reale, avendo una chiara finalità antielusiva (Cfr. Cassazione n. 12788 del 2011; Cassazione n. 26057-26058 del 2015).

In senso contrario a questo orientamento giurisprudenziale, tuttavia depone anche la recente revisione della disciplina degli interpelli. Si segnala infatti che il D.L.vo n. 156 del 2015, con riferimento al citato art. 37, comma 3, non ha ammesso la possibilità di ottenere una disapplicazione a seguito della presentazione di istanza di interpello antielusivo, ma ha solo consentito di avvalersi dell'interpello ordinario. Come si legge nella relazione illustrativa, le ragioni di questa scelta sono dovute al fatto che l'ambito di applicazione dell'art. 37, comma 3, è limitato alla sola interposizione fittizia.

Sempre in questa stessa linea logica dell'interposizione, ancora più sottile e delicata è la distinzione tra evasione e abuso nel caso delle cd. società *conduit*, tenuto conto che queste entità sono titolari di redditi che di per sé non richiedono la presenza di particolari capacità gestorie. Giova ricordare che la prassi internazionale identifica come società *conduit* quelle società che un soggetto costituisce in un certo Paese per potere "canalizzare" i flussi reddituali a lui destinati in modo da poter fruire dei benefici di un trattato che questo Paese ha concluso con lo Stato in cui è collocata la fonte del reddito. In pratica, la società *conduit* viene interposta tra soggetto percettore e soggetto che eroga il reddito per sfruttare i vantaggi che il trattato assicura ai propri residenti in relazione ai redditi provenienti dallo Stato della fonte. In quest'ottica il fenomeno delle società *conduit* è normalmente legato ai flussi di cd. *passive income* (dividendi, interessi e *royalties*) ed alla finalità di ridurre o abbattere le ritenute in uscita dal Paese della fonte.

Storicamente, lo strumento concepito a livello OCSE per contrastare gli arbitraggi realizzati con le società *conduit*, è stato quello dell'elaborazione del concetto di *beneficiario effettivo* o *beneficial owner*. In estrema sintesi, stando all'ultimo *update* del modello di convenzione OCSE del 2014, per potersi avvalere di un trattato, il percettore dei dividendi, interessi e *royalties* (cfr. gli artt. 10, 11 e 12 del modello di Convenzione) deve avere il pieno diritto all'utilizzo del reddito conseguito e, quindi, non agire come agente o intermediario di altro soggetto residente in un Paese terzo, né essere vincolato a ritrasferire il reddito a quest'ultimo sulla base di un'obbligazione legale o contrattuale, da accertare anche sulla base dei fatti e delle circostanze del singolo caso<sup>148</sup>.

<sup>148</sup> La nozione di beneficiario effettivo fu dapprima inclusa nel modello di convenzione del 1977, poi modificata nel 2003 e, successivamente oggetto di un ampio dibattito (cfr. i documenti OCSE *Clarification of the Meaning of 'Beneficial Owner' in the OECD Model Tax Convention: Discussion Draft*, del 2011 e *"OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of 'Beneficial Owner' in Article 10, 11 and 12"*, del 2012) culminato con le modifiche al modello e al commentario apportate nel 2014 (per un'analisi più approfondita dell'evoluzione che si è registrata su questo tema si fa rinvio anche alla circolare Assonime n. 17 del 2016, nota 22). Sui contorni di questa nozione, da più parti si fa rilevare che ancora oggi permane un margine di incertezza di non poco conto, tenuto conto che, come accennato, il Commentario ammette che la fonte giuridica dell'obbligo possa essere provata non solo su base documentale, ma anche sulla base di circostanze fattuali non meglio specificate.

In dottrina, è stato fatto notare che il ricorso ad una clausola del genere, sul piano logico, mal si presta all'effettivo contrasto delle società *conduit* in considerazione del fatto che, se la richiesta che il percettore sia anche il beneficiario effettivo del reddito viene intesa in senso giuridico, a stretto rigore, dovrebbe riconoscersi sempre, stante la titolarità giuridica del reddito da parte della società interposta; se invece viene intesa in senso economico, non dovrebbe sussistere mai, tenuto conto che tutti gli enti societari sono strumenti costituiti e che operano nell'interesse ultimo dei soci, con la conseguenza che solo questi ultimi dovrebbero essere considerati beneficiari effettivi del reddito (cfr., l'interessante contributo di JAIN,

Quello che qui si vuole rimarcare è che, ancorchè la clausola del beneficiario effettivo si occupi di un fenomeno di interposizione societaria, non viene in rilievo la distinzione di natura prettamente giuridica tra interposizione fittizia o reale, e cioè se l'imputazione del reddito alla società interposta sia effettivamente voluta o meno<sup>149</sup>. L'intera vicenda viene invece ricondotta all'abuso dei trattati<sup>150</sup>. Del resto, sembra pacifico che per quanto riguarda i dividendi lo stesso legislatore italiano, già con riguardo all'originaria formulazione all'art. 27 *bis*, comma 5, del d.p.r. n. 600 del 1973 si sia mosso più nell'ottica dell'abuso (*alias* elusione) che nell'ottica dell'interposizione; impostazione questa che le recenti modifiche al citato comma 5 hanno poi convalidato con il rinvio

---

*Effectiveness of the beneficial ownership test in conduit company cases*, Victoria University of Wellington, 2012).

In giurisprudenza, al di là dei precedenti di altri Paesi sui quali non possiamo in questa sede soffermarci e che – come è noto – si sono risolti in modo non univoco (cfr. tra gli altri, i casi *Northern Indiana Public Service*, *Infod*, *Prevost Car*, *Velcro Canada*, *Bank of Scotland*), va ricordato che la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che il concetto di beneficiario effettivo deve essere inteso in senso sostanziale e non in senso formale, senza però indicare quali sono gli elementi idonei a distinguere la titolarità formale da quella sostanziale del reddito, problema che, come è evidente, è particolarmente delicato per quanto attiene alle *holding* di partecipazioni statiche (cfr. le sentenze n. 10792 del 2016 e n. 25281 del 2015).

Per quanto ci riguarda, nella circolare Assonime n. 17 del 2016, cui si fa rinvio, abbiamo già osservato che, nel caso dei dividendi percepiti da una *holding*, il concetto di beneficiario effettivo presenta delle peculiarità rispetto alla fattispecie degli interessi e delle *royalties*. Relativamente alle *holding*, la natura di beneficiario effettivo può essere negata solo laddove sia astrattamente ipotizzabile la sussistenza di obbligazioni di natura legale o contrattuale che impongano alla stessa *holding* di redistribuire *back to back* i redditi ricevuti ad altri soggetti. Questa eventualità, tuttavia, si può riscontrare solo per i flussi di interessi e *royalties* mentre per quanto riguarda i dividendi sembra essere circoscritta al caso di costruzioni artificiali, come quelle che caratterizzano le fattispecie di *dividend washing*. Viceversa, quando la *holding* si sia limitata ad eseguire una delibera di distribuzione dell'utile ai propri soci, questa circostanza non sembra sufficiente ad escludere la natura di beneficiario effettivo e, quindi la disponibilità giuridica ed economica dei dividendi che la *holding* abbia a sua volta percepito dalla propria partecipata, dal momento che tale distribuzione non nasce da un rapporto sinallagmatico, ma è la naturale conseguenza del rapporto associativo che lega i soci alla propria società partecipata.

<sup>149</sup> Il motivo di questo approccio è probabilmente dovuto al fatto che la distinzione risulta difficile in presenza di un *passive income* che, di per sé, non presuppone né richiede particolari capacità gestorie da parte del suo titolare.

<sup>150</sup> Il Commentario OCSE al par. 12.5 chiarisce infatti che “[w]hilst the concept of ‘beneficial owner’ deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases”.

Pertanto, sempre in chiave antielusiva, il report finale sull'Action 6, come già accennato (cfr. la precedente nota 40) suggerisce di porre un argine alle altre possibili ipotesi di *treaty shopping* con l'inserimento nei trattati di una clausola di *Limitation on Benefits (LOB)* in funzione della natura o delle attività svolte dal soggetto che invoca i benefici del trattato, nonché di una generale clausola antiabuso fondata sullo scopo principale delle operazioni poste in essere (cd. *PPT rule*).

espresso all'art. 10 *bis*<sup>151</sup>. Nel complesso, sembra quindi che l'interposizione soggettiva in ambito transazionale venga in effetti considerata come una vicenda riconducibile all'abuso del diritto piuttosto che all'evasione.

### **3. Procedimento logico-applicativo della disciplina antiabuso e casi pratici**

Dal punto di vista operativo, l'individuazione delle fattispecie di abuso dovrebbe seguire un percorso logico coerente ed equilibrato. Un esempio paradigmatico della sensibilità necessaria per l'applicazione dell'art. 10 *bis* si può desumere dalle argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione nella sentenza 5.12.2014 n. 25758<sup>152</sup> che, pur pronunciandosi rispetto ad una contestazione antecedente all'entrata in vigore della nuova disciplina, ne anticipa nella sostanza il contenuto<sup>153</sup>.

L'Agenzia, nel caso di specie, aveva ritenuto elusiva un'operazione di *sale and lease back* di un immobile strumentale di proprietà della società in considerazione del fatto che la società stessa non aveva manifestato alcuna esigenza di natura finanziaria che la giustificasse, sicché non era emersa alcuna ragione economica alternativa rispetto all'obiettivo di conseguire il vantaggio tributario derivante dalla deduzione dei canoni di *leasing* in un periodo più breve rispetto a quello previsto per la deduzione degli ammortamenti dell'immobile, ove mantenuto in proprietà.

La Cassazione è, invece, giunta ad escludere la natura elusiva dell'operazione adottando uno schema logico che si articola sui presupposti dell'abuso così come

<sup>151</sup> Cfr., in questo senso, in tema di dividendi anche l'Agenzia delle entrate che, nella circolare n. 32/E/2011, ha sostenuto che danno luogo *"ad ipotesi di illecito commesso dal contribuente, nella forma dell'abuso di forme giuridiche...i fenomeni di interposizione reale realizzati... attraverso 'insediamenti' ('società conduit') ....nel caso in cui lo stabilimento in uno Stato UE della società titolare della partecipazione nella società italiana sia connotato dall'assenza di una effettiva attività e di una reale struttura"*, nonché quelli attuati *"attraverso 'transazioni' ('operazioni conduit')"*, che si configurano *"tramite operazioni di trasferimento temporaneo consistenti nell'acquisto delle azioni cum cedola e nella successiva retrocessione delle medesime azioni ex cedola e, esplicitamente o implicitamente, dei relativi frutti (manufactured dividend) a vantaggio di una identificata controparte non legittimata a godere del trattamento fiscale dei dividendi intracomunitari"*. Sul tema dei dividendi percepiti dalle *holding* si veda comunque quanto osservato nella nota precedente, nonché il par. 2.1.8 della circolare Assonime n. 17 del 2016.

<sup>152</sup> *In terminis* cfr. anche le più recenti sentenze n. 405 del 2015 e n.17175 del 2015 della Cassazione.

<sup>153</sup> Va ricordato, peraltro, che al momento della emanazione della sentenza erano comunque già in atto i lavori della commissione che si è occupata della elaborazione di uno schema di riferimento della nuova clausola antiabuso.



delineati dall'art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000 e che si basa al contempo su alcuni principi cardine.

Un primo snodo fondamentale è che, ad avviso della Suprema Corte, la scelta tra regimi fiscali che siano posti sullo stesso piano dall'ordinamento rientra nella libera determinazione del contribuente e può essere compiuta non soltanto *ab origine* ma anche in un momento successivo, realizzando i presupposti per accedere al regime alternativo rispetto a quello applicato inizialmente. Ciò vuol dire che la legittimità di un'operazione finalizzata ad avvalersi di un determinato regime fiscale va valutata in modo obiettivo, a nulla rilevando il momento in cui il contribuente l'abbia posta in essere. In quest'ottica, non è possibile configurare regimi tributari che siano fruibili solo in via "elettiva", ossia solo perché il contribuente si sia trovato – per avventura – a soddisfare i relativi presupposti fin dalla loro introduzione, né è possibile considerare di per sé abusive le condotte dei contribuenti che, essendosi trovati in condizioni iniziali diverse, si attivino per accedere ad un regime alternativo messo a disposizione dall'ordinamento. Nel caso di specie, in particolare, la Cassazione ha ritenuto che la scelta di acquisire un bene in locazione finanziaria anziché a titolo di proprietà non potesse qualificarsi come abusiva per il solo fatto che fosse stata operata *in itinere*, vale a dire a seguito di un cambiamento dell'assetto organizzativo iniziale<sup>154</sup>.

Con questa premessa, la Corte regolatrice ha messo a fuoco i requisiti costitutivi dell'abuso come segue:

a) vantaggio tributario indebito: in primo luogo, la Cassazione ha riscontrato che il risultato conseguito nel caso di specie, ossia quello di ottenere una deduzione più veloce dei canoni rispetto all'ammortamento, risultava pienamente compatibile con le norme e i principi dell'ordinamento tributario, tenuto conto che non vi è alcuna regola che preveda o imponga di prediligere l'acquisizione in proprietà dei beni strumentali rispetto a quella in locazione finanziaria e che è lo stesso legislatore fiscale ad aver configurato regimi impositivi differenti per ciascuna delle due ipotesi. L'opzione tra queste due alternative, pertanto, costituiva espressione del libero esercizio dell'attività di impresa e la scelta operata del contribuente non integrava una condotta abusiva per il solo fatto di essere fiscalmente meno onerosa.

b) manca di sostanza economica: in secondo luogo la Suprema Corte ha verificato che l'operazione non era priva di sostanza economica in quanto il contratto di

<sup>154</sup> La fattispecie presa in considerazione dalla Cassazione dimostra peraltro che le operazioni circolari non sono di per sé abusive quando non violino alcuna *ratio* nelle norme applicate o alcun principio fiscale.

*leaseback* corrispondeva al suo contenuto tipico e non erano state apposte clausole particolari<sup>155</sup> che ne alterassero la funzione. In questo modo la Corte ha riconosciuto che, in linea di principio, la conformità del contratto al proprio schema causale è sintomo della genuinità dell'operazione.

c) l'essenzialità delle ragioni fiscali: infine, la natura non indebita del vantaggio era di per sé sufficiente a superare a piè pari anche l'altro problema, e cioè la circostanza che la finalità di conseguire un beneficio fiscale fosse prevalente rispetto alle ragioni extrafiscali. Anche volendo assumere che nel caso specifico non vi fossero particolari esigenze di natura finanziaria che richiedessero il ricorso ad un'operazione di finanziamento come quella di *leaseback*, questa circostanza diveniva influente.

Questo percorso argomentativo della Cassazione rivela quanto sia diversa la ricerca della *ratio* e dei principi dell'ordinamento eventualmente violati – che devono essere ricostruiti in maniera obiettiva – dalla ricostruzione delle finalità specifiche dell'operazione, che nulla hanno a che vedere con la natura indebita o meno del vantaggio conseguito.

Più precisamente, nel riscontro o meno di una condotta abusiva, sembra coerente procedere innanzitutto alla verifica della natura indebita o meno del vantaggio (e, cioè, dal fatto che il risultato sia congruente con la *ratio* delle norme invocate o con i principi). Ciò in quanto se il vantaggio è fisiologico esso va mantenuto e considerato legittimo anche se perseguito dal contribuente con operazioni che non hanno altre finalità se non quella fiscale. In questo caso è quindi ultronea ogni altra indagine sulla sostanza economica dell'operazione. Viceversa, qualora il vantaggio conseguito risulti indebito, occorre verificare se sussistono o meno ragioni extrafiscali (*rectius* se l'operazione presenta requisiti di sostanzialità economica) tali da consentire di conservare comunque gli effetti del regime fiscale prescelto<sup>156</sup>.

Lo schema logico delineato dalla Cassazione può essere utilizzato *mutatis mutandis* anche in altri casi.

<sup>155</sup> Era previsto, in effetti, un maxicanone iniziale che, ad avviso della Corte, rispondeva però ad una prassi spesso adottata che risultava inidonea, in quanto tale, a stravolgere il contenuto sostanziale del rapporto di *leasing*.

<sup>156</sup> In questo contesto, e cioè nell'ambito della verifica del requisito della sostanza economica, può essere utile stabilire se l'operazione è circolare ed è quindi di per sé priva di effetti extrafiscali apprezzabili, o si inserisce invece in uno schema cd. lineare, ossia idoneo a realizzare un obiettivo economico, ma con una scelta tra regimi alternativi non giustificata da ragioni economiche significative (cfr. il precedente par. 2.5).

Prima di addentrarci nella successiva analisi dei casi, va premesso che ci occuperemo solo di alcune fattispecie che sono state selezionate a scopo puramente esemplificativo avendo riguardo alle contestazioni più ricorrenti<sup>157</sup>. Non vi è quindi nessuna pretesa di completezza né di esaustività in questa selezione, tenuto anche conto, tra l'altro, che gli schemi sui quali ragionare potrebbero essere i più variegati.

Merita anche subito osservare che la disamina che segue porrà in evidenza, come dato di fondo, che l'applicazione in concreto della clausola antiabuso presenta – proprio per le caratteristiche di questo istituto – non pochi margini di opinabilità e di incertezza sia sul versante dell'accertamento della mancanza di sostanza economica, intesa come assenza di effetti extrafiscali significativi – che richiede, per lo più, un'analisi delle circostanze di fatto del singolo caso – sia sul versante della identificazione della *ratio* della norma che si assume tradita o dei principi generali che si presumono aggirati. Ed è quest'ultimo forse l'aspetto più preoccupante. In particolare, come abbiamo accennato, poichè ci troviamo di fronte a fattispecie in cui diamo per scontato che il contribuente si sia uniformato ai presupposti formali e sostanziali dell'applicazione di una determinata disciplina, il passo ulteriore di sindacare il suo comportamento sulla base di una *ratio legis* (o presunta tale) che non trova piena rispondenza nella lettera della norma, a causa delle imperfezioni del tessuto normativo, va fatto con molta cautela.

In quest'ottica, il ricorso alla clausola antiabuso dovrebbe essere il più possibile limitato – in coerenza con la sua natura di clausola residuale di chiusura dell'ordinamento – ed anzi dovrebbe essere escluso quando la ricerca del contrasto con la *ratio* delle norme applicate – o, in subordine, con i principi dell'ordinamento – non dia luogo ad un risultato univoco ed obiettivamente attendibile.

### **3.1 Fusione in alternativa alla liquidazione**

Una fattispecie che è stata talora messa in discussione è quella di un'operazione di fusione per incorporazione finalizzata ad accorciare una preesistente catena partecipativa e che venga posta in essere in luogo della liquidazione della società

<sup>157</sup> In questa selezione non sono ricompresi, peraltro, gli schemi tipici di abuso oggetto di studio a livello internazionale sia in sede OCSE, nell'ambito del progetto BEPS, che in sede comunitaria e ciò anche perché, come abbiamo avuto modo di sottolineare, in molti casi queste fattispecie toccano aspetti transnazionali che necessitano di interventi *ad hoc* (cfr. il par. 1.3).

Su questo tema si fa rinvio ai documenti degli organismi internazionali (cfr. da ultimo il *taxation paper* n. 61 del 2015 *Study on structures of aggressive tax planning* pubblicato dalla Commissione UE il 28.1.2016)

controllata<sup>158</sup>. Si sostiene che in queste ipotesi il vantaggio tributario sarebbe costituito dalla possibilità di ridurre la catena partecipativa in continuità di valori, senza far emergere e tassare i plusvalori sui beni dell'incorporata e si discute, poi, sulla natura indebita o meno di questo vantaggio.

Ai fini dell'accertamento della natura di questo vantaggio – che discenderebbe dalla neutralità fiscale della fusione rispetto al carattere realizzativo della liquidazione – va osservato che il regime di neutralità non si configura sistematicamente come un regime subordinato alla presenza di particolari requisiti di tipo economico gestionale dell'operazione. La *ratio* di fondo della neutralità fiscale della fusione è semplicemente quella di recepire ai fini fiscali la natura successoria che caratterizza questa operazione ai fini civilistici. Non è quindi ragionevole sostenere che la fusione possa ritenersi legittima e non abusiva solo al ricorrere di particolari finalità o effetti economici di natura organizzativa, finanziaria o commerciale (sinergie, economie di scala, ecc.), ma si deve, per converso, riconoscere che la neutralità fiscale spetta in tutti i casi in cui è civilisticamente ammesso il ricorso alla fusione.

Ponendosi in quest'ottica, è chiaro che fusione e liquidazione sono alternative di pari grado pienamente legittime, come del resto viene precisato nella stessa relazione illustrativa al D.L.vo n. 128 del 2015<sup>159</sup>.

Naturalmente, è solo il caso di aggiungere che, se è vero che la scelta tra fusione e liquidazione è del tutto legittima, questa scelta deve ritenersi *a fortiori* altrettanto coerente con l'ordinamento quando la liquidazione sia già iniziata con il realizzo di cespiti o aziende presso terzi e l'incorporata sia rimasta titolare di pochi beni o addirittura di sola cassa (o semplicemente essa è, di fatto, in uno stato di quiescenza in attesa dei futuri sviluppi). Va, cioè, pur sempre rispettato il principio di fondo secondo cui le scelte che non sono considerate abusive ove compiute inizialmente, devono

<sup>158</sup> Siamo in presenza in questo caso di una operazione idonea a modificare la situazione preesistente e, quindi, di una operazione cd. lineare e non circolare. Cfr., su questo esempio, SCARIONI-ANGELUCCI, in *Boll trib.*, 2015, 896 e ss.

<sup>159</sup> Infatti, nella relazione illustrativa si legge – come già ricordato – che: “*ad esempio, non è possibile configurare una condotta abusiva laddove il contribuente scelga, per dare luogo all'estinzione di una società, di procedere a una fusione anziché alla liquidazione. E' vero che la prima operazione è a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra "preferenza" per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse. Affinché si configuri un abuso andrà dimostrato il vantaggio fiscale indebito concretamente conseguito e, cioè, l'aggiramento della ratio legis o dei principi dell'ordinamento tributario*”.

ritenersi altrettanto legittime nel caso in cui siano operate *in itinere* ossia quando le condizioni di accesso ad un regime fiscale si verifichino *ex post*<sup>160 161</sup>.

La natura non indebita del vantaggio dovrebbe poi assorbire, a nostro avviso, ogni altra indagine sulla sussistenza o meno della sostanza economica.

Il problema dell'eventuale vantaggio indebito è più delicato e, secondo taluno, si potrebbe riproporre nel caso delle **fusioni transnazionali** in cui la fusione per incorporazione di una società italiana da parte della controllante estera consenta di far pervenire al socio la liquidità corrispondente alle riserve di utili della partecipata. In questi casi la scelta della fusione in luogo della liquidazione si presterebbe ad evitare l'applicazione della ritenuta in uscita altrimenti operante in caso di distribuzione dei dividendi.

In merito a questa fattispecie, in effetti, sono state avanzate tesi di varia natura.

Secondo alcuni la neutralità della fusione transazionale non potrebbe estendersi alla fuoriuscita dal circuito impositivo nazionale delle poste del netto della partecipata, sicchè, anche in caso di fusione, si dovrebbe applicare la ritenuta in uscita sulle riserve di utili dell' incorporata. Seguendo questa tesi, evidentemente, la fusione non potrebbe dar luogo al vantaggio ipotizzato, a prescindere dalla configurabilità o meno dell'operazione come abusiva, in quanto il regime applicabile all'operazione sarebbe identico a quello della diretta distribuzione degli utili.

Una seconda tesi è quella di chi ritiene, invece, che il vantaggio in questione possa configurarsi, ma che sia del tutto compatibile con il regime di neutralità fiscale della fusione. In quest'ottica, nel caso tipico di incorporazione di una partecipata interamente

<sup>160</sup> In quest'ottica, ad esempio, a nulla rileva il fatto che la liquidazione avrebbe dato luogo ad una tassazione della distribuzione della cassa ai soci *sub specie* di distribuzione di dividendi e che la fusione non produce questo effetto dal momento che il differimento della tassazione delle riserve di utili è una conseguenza naturale del regime di neutralità della fusione. A riprova di ciò basti pensare che, per previsione espressa, il legislatore consente, in caso di fusione, di evitare la tassazione anche delle riserve in sospensione di imposta, il che conferma che il differimento degli effetti impositivi è un effetto fisiologico della fusione derivante dalla sua natura successoria (cfr. art. 172, comma 5, del TUIR).

<sup>161</sup> Va peraltro evidenziato che le due alternative (fusione e liquidazione) non danno luogo alle medesime conseguenze, sicchè il beneficio della scelta di una fusione in continuità di valori può anche essere del tutto eventuale. Qui non intendiamo riferirci al fatto che la continuità dei valori presso l'incorporante determinerà comunque in futuro una tassazione dei plusvalori sui beni di primo grado attraverso minori ammortamenti/plusvalenze, tenuto conto che il vantaggio, in effetti, potrebbe comunque essere ravvisato nel differimento della tassazione di questi plusvalori. Il tema è che la liquidazione potrebbe, ad esempio, essere più conveniente della fusione in continuità di valori in presenza di perdite della partecipata che non sarebbe stato possibile utilizzare in altro modo.

posseduta (fusione con annullamento della partecipazione), il riconoscimento che, anche ai fini fiscali, siamo di fronte ad una fusione, darebbe luogo a due ordini di conseguenze: in primo luogo si dovrebbe assumere che, fino a concorrenza del costo della partecipazione annullata il patrimonio della incorporata debba ritenersi consumato (e non distribuito) e che debba quindi prevalere (*rectius* considerarsi come rimasto in vita) quello dell'incorporante, così come accade nelle fusioni interne; in secondo luogo si dovrebbe ritenere che, per l'eventuale eccedenza (*rectius* avanzo), il soggetto incorporante non riceva dividendi ma divenga bensì titolare, per successione, del maggior valore del patrimonio dell'incorporata rispetto al proprio. A sostegno di questa tesi viene anche evidenziato che nel nostro ordinamento non sarebbe ravvisabile un principio di automatica tassazione delle riserve di utili non più imputate ad un soggetto residente, come si evince dal fatto che in caso di trasferimento della residenza all'estero di una società, l'art. 166, comma 2 *ter*, del TUIR esclude espressamente che questo evento sia di per sé idoneo a dar luogo a conseguenze impositive in capo ai soci<sup>162 163</sup>.

Altri, infine, sostengono che il vantaggio dovrebbe essere considerato indebito, trattandosi di un aggiramento del regime fiscale delle ritenute sui dividendi e quindi si potrebbe configurare – ove ne esistano tutti i requisiti e, in particolare quello della mancanza di sostanza economica – un'ipotesi di operazione abusiva<sup>164</sup>. Il punto è delicato e meriterebbe un chiarimento.

### 3.2. Scissione e circolazione di beni singoli e di aziende

Relativamente alle operazioni di scissione un caso tipico in cui si sono sviluppati dubbi sulla natura abusiva o meno della fattispecie è quello delle scissioni non proporzionali o asimmetriche<sup>165</sup>. Si consideri, a titolo di esempio, una società che fa capo a due soci

<sup>162</sup> In effetti l'art. 166, comma 2 *ter*, TUIR dispone che: *“il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società di capitali non dà luogo di per sé all'imposizione dei soci della società trasferita”*.

<sup>163</sup> Sempre in questo senso si aggiunge che l'idea di riqualificare la fusione come una distribuzione di dividendi per applicare la ritenuta in uscita potrebbe essere non in linea con le convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti con il Paese dell'incorporante tenuto conto che si applicherebbe una ritenuta su un dividendo che non viene considerato tale nel Paese di residenza della incorporante.

<sup>164</sup> Per quanto abbiamo detto nel par. 2.3, tuttavia, la natura indebita del vantaggio dovrebbe essere valutata avendo riguardo alla coerenza del risultato rispetto alla disciplina fiscale applicata, ossia a quella delle fusioni, piuttosto che rispetto a quella delle eventuali soluzioni alternative e cioè al regime fiscale della distribuzione dei dividendi.

<sup>165</sup> Nella scissione non proporzionale, all'esito dell'operazione, i soci originari della scissa vengono a possedere una partecipazione in ciascuna delle società risultanti dall'operazione che non rispecchia l'originaria quota posseduta in precedenza. Ad esempio, in presenza di una scissione totale di una società posseduta da due soci in due società beneficiarie, ad un socio viene assegnato un pacchetto più



(A e B) e che possiede due attività di analogo valore economico (o due *asset* autonomi o divisibili, come le partecipazioni). Mediante una scissione non proporzionale si perviene all'attribuzione di una attività alla beneficiaria che sarà posseduta integralmente da A ed all'attribuzione dell'altra attività a B che sarà a sua volta posseduta integralmente da B.

In questi casi, già in passato si è sostenuto che il vantaggio conseguito attraverso il ricorso al regime di neutralità fiscale della scissione di cui all'art. 173 del TUIR potrebbe risultare indebito, salvo che non ricorrano valide ragioni extrafiscali quali, ad esempio, l'esigenza di risolvere un dissidio insanabile tra i soci. Ciò in quanto la scissione non proporzionale si presterebbe ad un uso distorto consistente nella mera assegnazione dei beni ai soci e le beneficiarie assumerebbero il ruolo di meri contenitori delle attribuzioni di pertinenza di ciascun socio (cfr. la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 5/E del 2006).

Alla luce del nuovo art. 10 bis, l'accertamento dell'eventuale abuso non può prescindere però dall'analisi di compatibilità tra il risultato conseguito e la disciplina fiscale della scissione. Sotto questo profilo va osservato che la scissione non proporzionale o asimmetrica è certamente ammessa sul piano civilistico ed è anzi una delle possibili modalità di attuazione dell'operazione.

Dal punto di vista fiscale, inoltre, il regime di neutralità dell'operazione altro non è che la "traslazione" ai fini impositivi della natura successoria della scissione. Sicchè, al pari di quanto abbiamo già osservato per la fusione, tale regime può attuarsi negli stessi termini in cui l'operazione è ammessa ai fini civilistici e, quindi, anche in presenza di scissioni non proporzionali, salvo espressi limiti posti dalla normativa fiscale<sup>166</sup>.

Per di più, il regime di neutralità tipico della scissione non replica in alcun modo né direttamente, né indirettamente, gli effetti di un'assegnazione dei beni ai soci tenuto

---

che proporzionale in una società ed uno meno che proporzionale nell'altra (e per l'altro socio accade l'inverso) (Cfr. BERTOLOTI, *Scissione delle società*, in Commentario SCALOJA BRANCA GALGANO, Bologna, 2015). La scissione non proporzionale include anche l'ipotesi più ricorrente in cui ciascuno dei soci originari divenga titolare in esclusiva delle partecipazioni di una distinta società beneficiaria, separando in tal modo il proprio rapporto partecipativo dagli altri soci. L'operazione di scissione viene qualificata come "asimmetrica" quando ad uno dei soci non vengono assegnate azioni o quote di una delle società beneficiarie, ma azioni della società scissa, così come previsto dall'art. 2506, comma 2, del c.c.. La scissione "asimmetrica", quindi, costituisce una particolare forma di scissione non proporzionale (cfr. SCOGNAMIGLIO, in *Trattato delle società per azioni* a cura di COLOMBO-PORALE, Utet, 2004, 35)

<sup>166</sup> Mentre nel testo originario dell'art. 123 bis del TUIR le scissioni non proporzionali erano espressamente escluse dal regime di neutralità, questa limitazione è poi venuta meno in modo da rendere uniforme l'inquadramento civilistico e il regime fiscale dell'operazione.

conto che i beni confluiti nelle società beneficiarie non fuoriescono dal regime dei beni di impresa e i soci mantengono il costo fiscale delle partecipazioni originariamente possedute, con la conseguenza che non si producono né doppie deduzioni né salti di imposta di nessun tipo. La riprova di ciò si evince dal fatto che le beneficiarie ereditano comunque le posizioni soggettive della società scissa non imputabili a specifici *asset* secondo il criterio proporzionale dell'art. 173, comma 4, del TUIR, e che continuano oltretutto a rispondere in solido dei tributi e delle sanzioni dovuti dalla società scissa ai sensi dell'art. 173, comma 13, del TUIR.

Ne consegue che sembra ormai anacronistico qualificare in via pregiudiziale come abusive le operazioni di scissione non proporzionale, sia che la scissione abbia ad oggetto aziende sia che riguardi altri *asset*<sup>167</sup>.

Altro caso paradigmatico è quello della scissione di un bene singolo (tipicamente un immobile) in favore di una società veicolo beneficiaria e della successiva cessione della partecipazione nella società veicolo a terzi.

Anche in questa ipotesi – che è chiaramente anch'essa un'operazione che risponde ad uno schema non circolare ma lineare – il tema centrale è quello dell'eventuale contrasto tra il risultato ottenuto e la *ratio* sottostante al regime di neutralità della scissione.

L'effetto complessivo della scissione di beni singoli, seguita dalla cessione della partecipazione nella società beneficiaria, è rappresentato dalla non emersione delle plusvalenze che sarebbero state rilevate in caso di cessione diretta del bene – con il trasferimento del relativo gravame impositivo, indirettamente, sul nuovo socio – e dalla

<sup>167</sup> *Contra*, lo studio del *Notariato* 56-2016/T in cui si afferma laconicamente che, in una fattispecie di scissione non proporzionale “la funzione tipica della scissione quale strumento di riorganizzazione aziendale, in relazione a specifici casi concreti, potrebbe risultare alterata”. In realtà, non appare ragionevole assumere che l'operazione di scissione debba ritenersi civilisticamente legittima e quindi, non alterata, solo quando riorganizza e non anche quando separa aziende o *asset* singoli, tenuto conto che, al di là di quanto è possibile desumere dalla prassi operativa, la stessa Cassazione (cfr. la sentenza n. 9897 del 1998) ha avuto modo di osservare che la scissione può essere il veicolo di un trasferimento di azienda, ma anche di una pluralità di beni non funzionalmente organizzati e non riconducibili alla nozione di azienda (Cfr. BERTOLOTTI, *Scissione delle società*, in Commentario SCALOJA-BRANCA-GALGANO, Bologna, 2015, secondo cui la legge non richiede che la scissione debba avere necessariamente ad oggetto un ramo di azienda e nulla impedisce di assegnare alla beneficiaria anche singoli beni. Questa è anche la posizione di CAVALLI-PACITTO, in *il nuovo abuso del diritto*, a cura di MIELE, Eutekne 2016, 192, nota 24).

trasformazione delle plusvalenze sui beni di primo grado in plusvalenze sulle partecipazioni<sup>168</sup>.

A questo punto, secondo una prima tesi, questo risultato dovrebbe considerarsi indebito poiché nel nostro ordinamento sussisterebbe un principio secondo cui la possibilità di traslare a terzi l'onere fiscale latente sui beni di primo grado attraverso la cessione di società veicolo in cui i beni siano stati fatti confluire mediante operazioni fiscalmente neutrali (cd. veicolazione societaria) sarebbe ammessa solo in presenza di beni/azienda e non anche in presenza di beni *uti singuli*<sup>169</sup>. In quest'ottica, quindi, l'operazione in esame si potrebbe qualificare come una fattispecie di abuso.

In senso contrario, tuttavia, si può obiettare che il risultato che si viene a determinare nella sequenza ipotizzata non è dissimile rispetto a quello che si sarebbe potuto realizzare in presenza di una partecipazione in una società che già avesse posseduto fin dall'origine un bene singolo (ammortizzabile o meno), nel qual caso la scelta se cedere la partecipazione o il bene sarebbe stata certamente legittima e non abusiva. Se questo è vero, e cioè siccome nel nostro ordinamento la scelta tra *asset deal* e *share deal* è del tutto fisiologica anche quando la società partecipata risulti titolare di un bene singolo (e non di un'azienda), non sarebbe sistematicamente coerente considerare elusiva un'operazione come la scissione che si limita, per l'appunto, a riportare il contribuente nella condizione di poter effettuare questa scelta<sup>170</sup>.

Del resto, se è vero che i regimi tributari alternativi ammessi dall'ordinamento non sono "elettivi" ma sono liberamente accessibili da parte del contribuente, deve anche

<sup>168</sup> Al riguardo si è sostenuto che il vantaggio si potrebbe manifestare anche in presenza di partecipazioni nella beneficiaria che non soddisfino i requisiti PEX e diano luogo anch'esse a plusvalenze imponibili laddove il costo della partecipazione risulti superiore a quello del bene, in quanto, mediante la cessione della partecipazione, sarebbe possibile realizzare una plusvalenza di importo inferiore rispetto a quella che sarebbe emersa in caso di cessione diretta del bene.

<sup>169</sup> Questo principio si fa discendere *a contrariis* dall'art. 176, comma 3, che esclude espressamente l'abuso in presenza di conferimenti di azienda fiscalmente neutrali e di successiva cessione delle partecipazioni nella conferitaria in regime Pex. Cfr. SCARIONI-ANGELUCCI, in *Boll trib.*, 2015, 896 e ss.

<sup>170</sup> Una qualche cautela andrebbe forse mantenuta quando la veicolazione tramite una società riguardi beni di primo grado soggetti a limiti o a vincoli di circolazione. Si pensi al caso in cui una eccedenza IRES venga fatta confluire tramite scissione in una società-veicolo che poi sia trasferita a terzi in modo da consentire a questi ultimi – tramite, ad esempio l'ingresso della stessa società-veicolo in una *fiscal unit* preesistente – di utilizzare tale eccedenza avvalendosi del meccanismo di compensazione. Questa ipotesi, che è simile al caso preso in esame nel parere n. 36 del 2005 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, potrebbe ritenersi in contrasto con la *ratio* della disciplina che consente di trasferire le eccedenze IRES solo nell'ambito del gruppo in cui si sono formate (art. 43 *ter* d.p.r. n. 600 del 1973) e che, viceversa, permette di cedere a terzi i soli crediti chiesti a rimborso nella dichiarazione dei redditi (art. 43 *bis* d.p.r. n. 600 del 1973).

ammettersi che tutte le operazioni di riorganizzazione che consentono al contribuente di soddisfare i presupposti per poter fruire di questi regimi siano altrettanto legittime e non abusive.

Anche in questo caso, il profilo della sussistenza o meno della sostanza economica perde di interesse una volta che si convenga sulla natura fisiologica del vantaggio.

### **3.3. Costituzione di holding da parte di soci persone fisiche**

Si pensi ora ad un'ipotesi di conferimento di partecipazioni qualificate da parte delle persone fisiche ad una *holding* che poi proceda alla successiva cessione delle partecipazioni a terzi. Il vantaggio tributario potrebbe *prima facie* essere ravvisato nell'assoggettamento della plusvalenza sulla partecipazione ad IRES in luogo dell'IRPEF<sup>171</sup>.

Ai fini della valutazione della natura (indebita o meno) del vantaggio ipotizzato, va considerato che il conferimento di partecipazioni di controllo di una società posseduta dagli stessi soci è soggetto al regime di realizzo controllato di cui all'art. 177, comma 2, del TUIR, ossia può avvenire commisurando l'eventuale plusvalenza alla differenza tra il valore di iscrizione presso la conferitaria e il valore fiscale originario della partecipazione, con la conseguenza che quando il valore di iscrizione e, quindi, l'incremento del netto della conferitaria coincida con i valori di iscrizione originari della partecipazione, l'operazione può essere perfezionata senza emersione di plus/minusvalenze imponibili (cd. neutralità indotta).

Ciò posto, l'ambito di applicazione di questa disciplina, come ormai riconosciuto dalla stessa Agenzia delle entrate, non è limitato solo alle operazioni poste in essere tra soggetti terzi, ma comprende anche le riorganizzazioni interne ai gruppi, anche se i soci conferenti siano persone fisiche non imprenditori. Ne consegue che la disciplina dell'art. 177, comma 2, da un lato avvalorava la piena legittimità dei conferimenti finalizzati all'allungamento delle catene partecipative tra soggetti IRES; dall'altro lato è del tutto compatibile con la possibilità per i soci persone fisiche di assoggettare i flussi reddituali futuri (dividendi/plusvalenze) relativi alle partecipazioni al regime dei soggetti IRES così come sarebbe avvenuto se avessero fin dall'inizio effettuato l'investimento partecipativo, non direttamente, ma tramite una *holding*. Non vi è quindi alcun aggiramento della *ratio* dell'art. 177, comma 2, del TUIR<sup>172</sup>.

<sup>171</sup> Anche questo è uno schema tipicamente lineare e non circolare. Cfr., anche in questo caso, SCARIONI-ANGELUCCI, in *Boll trib.*, 2015, 896 e ss.

Del resto, a ben vedere, l'operazione in parola (conferimento alla *newco* e successiva cessione della partecipazione conferita) non è comparabile, né appare più vantaggiosa rispetto alla cessione diretta delle partecipazioni da parte dei soci originari, tenuto conto che per giungere al medesimo risultato, e cioè a quello di far affluire il corrispettivo ai soci, nel caso di interposizione della *holding* si dovrebbe assoggettare la plusvalenza non soltanto al regime PEX dei soggetti IRES – più favorevole rispetto a quello dei soggetti IRPEF – ma anche alla tassazione delle stesse somme ai fini IRPEF in sede di distribuzione del relativo utile ai soci sotto forma di dividendi; tassazione che, per l'appunto, è dovuta in misura analoga a quella prevista in caso di realizzo diretto delle plusvalenze su partecipazioni qualificate da parte delle persone fisiche. Sicchè, in definitiva, il gravame complessivo per far giungere le medesime somme ai soci, in caso di "interposizione" di una *holding* intermedia, è addirittura superiore rispetto all'ipotesi di cessione diretta.

Una fattispecie per certi versi simile a quella fin qui esaminata è quella in cui i soci persone fisiche di una società operativa costituiscano una *holding* e conferiscano la propria partecipazione nella società operativa (ai sensi dell'art. 177, comma 2, del TUIR) in modo da continuare a possederla indirettamente e senza alcuna prospettiva di cederla<sup>173</sup>. In questo caso, l'operazione è finalizzata a gestire le partecipazioni per il tramite della *holding* e ad accentrare presso quest'ultima la riscossione e l'eventuale reinvestimento dei dividendi provenienti dalla società operativa. In una ipotesi del genere taluno ha obiettato che l'operazione potrebbe dar luogo al vantaggio della più tenue tassazione ai fini IRES dei dividendi provenienti dalla società operativa rispetto a quanto sarebbe avvenuto in caso di incasso diretto da parte dei soci persone fisiche e che questo vantaggio sarebbe indebito.

In realtà, come già notato per i *capital gain*, in questa ipotesi non vi è un effettivo vantaggio tributario, dal momento che per far pervenire le stesse somme ai soci, oltre alla tassazione IRPEF sui dividendi – che si sarebbe avuta in caso di incasso diretto – si viene ad aggiungere l'ulteriore tassazione IRES presso la *holding* e, dunque un

<sup>172</sup> Va peraltro osservato che si poteva giungere alla medesima struttura finale, ossia alla presenza di una *holding* intermedia posseduta dai soci, anche con un percorso diverso altrettanto fisiologico: la società direttamente partecipata avrebbe, cioè, potuto conferire la propria azienda in una controllata rimanendo titolare delle partecipazioni nella conferitaria.

<sup>173</sup> L'alternativa, anche in questo caso, è quella di conferire l'azienda della operativa in una *newco* e di trasformare la conferente in una *holding*. Una ulteriore variante dell'operazione ipotizzata è quella in cui la *holding* intermedia, dopo essere stata costituita, sia oggetto di scissione totale non proporzionale, in modo da consentire a ciascun socio di detenere in via esclusiva e indirettamente – tramite la propria *holding* di riferimento risultante dalla scissione – la partecipazione che inizialmente possedeva direttamente.

maggior onere. Né sembra ragionevole sostenere che il vantaggio risieda nel fatto che la presenza della *holding* intermedia permette di differire l'imposizione IRPEF dei dividendi, ove si consideri che questo differimento è un risultato che può conseguirsi con la semplice decisione di non distribuire i dividendi; decisione che è pacificamente legittima e insindacabile<sup>174</sup>.

Un caso diverso e peculiare è invece quello in cui il ricorso ad una *holding* intermedia costituisca lo strumento per trasformare i flussi di dividendi di una società operativa in *capital gains* soggetti ad una minore imposizione. Ci riferiamo all'ipotesi già segnalata in questa trattazione (in particolare, nella nota n. 81) di cd. **leverage cash out** in cui i soci persone fisiche di una società che sia titolare di riserve di utili di notevole ammontare: 1) rivalutino le partecipazioni di queste società con il pagamento di una imposta sostitutiva (ad es. ai sensi dell'art. 5 della legge n. 448 del 2001 e successive modificazioni); 2) cedano le partecipazioni rivalutate ad una *holding* posseduta dai medesimi soci senza subire ulteriori prelievi. A questo punto, la *holding* incasserebbe i dividendi, detassandoli al 95%, e utilizzerebbe queste somme per pagare, in più fasi, il debito nei confronti dei soci sorto a seguito dell'acquisto delle partecipazioni.

In questo caso, il vantaggio, evidentemente, è quello di poter incassare i dividendi con un prelievo (tra IRES sul 5% dei dividendi transitati dalla *holding* e imposta sostitutiva) complessivamente inferiore a quello che si sarebbe avuto in caso di incasso diretto dei dividendi da parte dei soci, ipotesi che avrebbe dato luogo alla tassazione del 49,72% degli utili percepiti con aliquota ordinaria IRPEF.

La natura abusiva o meno dell'operazione è indubbiamente legata alla compatibilità del vantaggio conseguito con la *ratio* della disciplina in tema di rivalutazione delle partecipazioni.

Secondo una prima tesi, fatta propria in passato dall'Agenzia delle entrate e basata sull'interpretazione letterale della norma, la legge n. 448 del 2001 (e successive modificazioni e proroghe) consentiva di ottenere, con il pagamento dell'imposta sostitutiva, un maggior valore fiscale utilizzabile unicamente in sede di realizzo della partecipazione e, quindi, ai soli fini della quantificazione delle plusvalenze imponibili, ove realizzate presso terzi<sup>175</sup>. Ponendosi in quest'ottica, il vantaggio in questione dovrebbe considerarsi indebito (*rectius* contrario alla *ratio* della norma) in quanto il

<sup>174</sup> Va semmai rimarcato che la costituzione della *holding* risponde normalmente anche ad una finalità extrafiscale non trascurabile e, cioè, all'esigenza di "segregare" e porre al riparo gli utili conseguiti dalla società operativa dai rischi inerenti alla sua gestione, in modo da valutare poi se e quando reinvestirli nella stessa società operativa o in altre forme di impiego.



maggior valore affrancato non dovrebbe poter essere utilizzato validamente né in caso di recesso, né nelle ipotesi equivalenti in cui il socio riceva somme rimborsate attingendo al patrimonio della società partecipata dopo aver rivalutato le relative partecipazioni.

Secondo altra prospettazione, invece, la *ratio* della legge n. 448 del 2001 dovrebbe essere quella di riconoscere maggiori valori fiscali in ogni possibile vicenda reddituale di disinvestimento delle partecipazioni rivalutate e non solo nell'ambito delle cessioni verso soggetti terzi, dal momento che non vi sarebbe ragione sistematica per distinguere tra cessione vera e propria, con realizzo di un *capital gain*, e recesso (art. 47, comma 7, del TUIR), trattandosi di fattispecie tassate in entrambi i casi in via differenziale (ossia come differenza tra *quantum* ricevuto e costo fiscale della partecipazione). Pur muovendosi in quest'ottica, si sostiene che nell'ipotesi in esame si potrebbe in effetti riscontrare una violazione anche di questa *ratio*, in quanto in esito alla cessione alla *holding* intermedia, tutti i soci conservano sostanzialmente – anche se in via indiretta – la medesima cointeressenza nella società originariamente posseduta, sicché non saremmo di fronte ad una monetizzazione dei plusvalori maturati sulle partecipazioni, ma solo ad un incasso dei dividendi<sup>176</sup>.

Il requisito del vantaggio indebito così ricostruito potrebbe poi cumularsi con quello del difetto di sostanza economica dell'operazione prospettata<sup>177</sup> (ed integrare l'abuso) in

<sup>175</sup> Cfr. la circolare dell'Agenzia n.16/E del 2005 che giunge ad escludere la possibilità di far valere i maggiori valori risultanti dalla rivalutazione in caso di recesso tipico.

<sup>176</sup> Chi inquadra in questo modo la *ratio* della disciplina della rivalutazione giunge a ritenere che, nella diversa ipotesi in cui il socio che ha rivalutato la partecipazione fuoriesca dalla compagine societaria mediante la cessione della propria partecipazione alla *holding* intermedia, costituita e posseduta dai soci "superstiti", l'operazione debba qualificarsi come legittima e non abusiva (Cfr. MARCHESE, in *Il nuovo abuso del diritto* a cura di MIELE, Eutekne 2016, 243 e ss).

<sup>177</sup> L'operazione di cd. *leverage cash out* può presentare una serie di varianti rispetto allo schema tipo da noi ipotizzato. Ad esempio, in luogo del pagamento rateale del corrispettivo in concomitanza dell'incasso dei dividendi, la *holding* intermedia potrebbe saldare il corrispettivo in un'unica soluzione ricorrendo all'indebitamento verso terzi e poi pagare gli interessi passivi sul debito con i dividendi incassati dalla società *target*. Come ulteriore alternativa si potrebbe pensare ad una fusione della *holding* intermedia nella società *target* con l'effetto di riportare il debito contratto per il *cash out* in favore dei soci nella stessa società *target*.

Nell'ambito di queste varianti dell'operazione, taluno ritiene che possa qualificarsi come abusivo qualsiasi impiego degli utili della società *target* a fronte della restituzione del finanziamento, e che si debba perciò tener conto sia degli utili già presenti al momento dell'accensione del debito, sia di quelli eventualmente conseguiti dopo. Altri ritengono, forse più correttamente, che la trasformazione dei dividendi in *capital gain* possa ipotizzarsi solo per gli utili già conseguiti dalla società *target* e non per quelli da conseguire eventualmente in futuro, tenuto conto che le aspettative di utili futuri costituiscono tipicamente una componente dei *capital gains* per la quale non vi sarebbe alcun contrasto con la *ratio* della disciplina della

considerazione del fatto che l'effetto giuridico-economico di far affluire ai soci somme corrispondenti ai dividendi della partecipata era senz'altro attuabile attraverso una loro semplice distribuzione anziché mediante una trasformazione dei dividendi in *capital gains*.

### **3.4. L'aggiramento delle norme antielusive specifiche in tema di circolazione delle perdite**

Tra le operazioni che probabilmente si qualificano come abusive anche alla luce della nuova disciplina vanno ricomprese quelle che, pur non violando direttamente le disposizioni che impongono limiti al riporto delle perdite pregresse, risultino in contrasto con la *ratio* di tali disposizioni. Come è noto, il legislatore ha introdotto nel corso del tempo varie discipline antielusive specifiche che si proponevano di evitare che le perdite pregresse accumulate presso soggetti ormai privi di vitalità (cd. bare fiscali) potessero circolare ed essere compensate con gli utili di altre imprese. Il divieto alla compensazione intersoggettiva delle "bare fiscali" è stato dapprima introdotto con riguardo alle forme di integrazione che si realizzano attraverso operazioni di fusione e scissione (cfr. gli artt. 172 comma 7 e 173 comma 10 del TUIR). Lo stesso divieto è stato poi esteso anche ad operazioni che raggiungono il medesimo risultato con modalità alternative: in quest'ottica, l'art. 84 del TUIR ha preso in considerazione l'ipotesi in cui, dopo l'acquisto di una "bara fiscale", il soggetto acquirente, in luogo di procedere ad una incorporazione, vi apporti, ad esempio, una propria azienda redditizia mutando l'attività svolta dalla società bara allo scopo di sfruttare le sue perdite pregresse. Il divieto è stato ribadito e confermato anche dalla successiva evoluzione legislativa e, in particolare, dalla disciplina del consolidato fiscale domestico: in questo ambito, da un lato è stata sancita la facoltà di sommare algebricamente gli utili e le perdite delle società che aderiscono al regime di tassazione di gruppo formatesi successivamente all'esercizio dell'opzione; dall'altro lato, proprio per mantenere ferma l'operatività delle norme antielusive specifiche, è stato stabilito che non è possibile far circolare nel consolidato le perdite pregresse delle società che vi aderiscano; perdite che, quindi, rimangono nella esclusiva disponibilità delle società presso le quali si sono formate.

Ciò posto, una fattispecie che può presentare connotati di natura abusiva, ad esempio, può essere quella di un **acquisto indiretto della partecipazione nella società - bara fiscale** da rivitalizzare con l'immissione di *asset* profittevoli.

---

rivalutazione.

In una ipotesi del genere, il divieto non opera automaticamente in quanto l'art. 84 comma 3 del TUIR si riferisce testualmente all'acquisizione della partecipazione di controllo nella stessa società che riporta le perdite (e che poi cambia la sua attività), sicchè questa norma non può essere invocata quando la partecipazione acquisita sia quella nella *holding* che a sua volta possiede la "bara fiscale"<sup>178</sup>. Si tratta perciò di verificare se quella ipotizzata possa costituire una fattispecie di abuso.

Il tema centrale a tal fine consiste nello stabilire se l'acquisto della partecipazione nella *holding* e la rivitalizzazione della società "bara" con lo sfruttamento delle perdite pregresse di quest'ultima possa costituire un risultato in contrasto con la volontà del legislatore. Al riguardo, a ben vedere, non è plausibile che il commercio di bare fiscali possa ritenersi disapprovato dal sistema quando oggetto del trasferimento sia direttamente la società titolare delle perdite e che possa invece essere considerato legittimo quando sia posto in essere con la cessione di società intermedie che a loro volta possiedono la bara. L'art. 84 (e le disposizioni degli artt. 172 e 173 del TUIR) intendono infatti esprimere un chiaro divieto all'utilizzo delle perdite pregresse accumulate da "bare fiscali" da parte di soggetti terzi. Ne consegue che il vantaggio eventualmente conseguito nell'ipotesi di acquisto indiretto dovrebbe ritenersi indebito al pari di quanto espressamente previsto dal legislatore nel caso di acquisto diretto. Siamo, cioè, di fronte ad una tipica ipotesi di contraddizione del risultato conseguito dal contribuente con la *ratio* delle norme applicate (quelle in cui si compendia la disciplina di utilizzo delle perdite fiscali pregresse) così come desumibile da una disposizione antielusiva specifica che, nel porre un limite alla finalità di una determinata disciplina, indica quali sono i risultati che si devono considerare non voluti o incompatibili con la sua applicazione (cfr. quanto già osservato, in proposito, nel par. 2.3).

A questo punto, si dovrebbe poi dimostrare che l'ipotesi di acquisto indiretto non ha, di per sé, una chiara sostanza economica rispetto all'acquisto diretto della "bara" dal momento che quest'ultima soluzione garantisce i medesimi effetti di dominio sulla società *target* e di possibile sfruttamento delle relative perdite fiscali pregresse<sup>179</sup>. Tutto ciò potrebbe far scattare l'applicazione della clausola antiabuso.

Più controverso è, invece, il caso in cui i divieti di utilizzo delle perdite pregresse di società prive di vitalità interagiscano con il **consolidato**. E' questo il caso, ad esempio,

<sup>178</sup> Né può supplire, al riguardo, l'interpretazione analogica, in considerazione dei motivi già ricordati nel par. 2.2.2.

<sup>179</sup> Sotto questo profilo si dovrebbero raccogliere elementi idonei a comprovare che l'acquisto indiretto e la rivitalizzazione della bara sia solo un percorso più lungo per giungere al medesimo risultato.

di una “bara” fiscale che sia stata inserita in un consolidato fiscale e che abbia reso la stessa *fiscal unit*, a sua volta, un consolidato “bara”, intendendo per tale un consolidato che sia titolare di perdite fiscali residue generate prevalentemente dalla società ormai decotta e che sia incapace di assorbire tali perdite con la redditività delle altre società che vi partecipano<sup>180</sup>.

In questa ipotesi, un acquirente del “consolidato bara” potrebbe porre in essere operazioni dirette a sfruttare le perdite pregresse della *fiscal unit* acquisita. In particolare, poiché gli artt. 84, 172 e 173 presuppongono una coincidenza soggettiva tra chi ha prodotto le perdite e chi le riporta a nuovo, queste disposizioni non possono trovare diretta applicazione laddove chi ha prodotto le perdite le abbia trasferite alla *fiscal unit* e sia quest’ultima, in costanza del consolidato, a riportarle a nuovo.

Ciò premesso occorre interrogarsi sulla possibilità di invocare, in questi casi, la clausola antiabuso.

Quanto alla violazione della *ratio* delle norme applicate o dei principi impositivi di riferimento si possono individuare due possibili ricostruzioni.

Secondo una prima tesi si potrebbe ritenere violata la *ratio* del regime di utilizzo delle perdite pregresse quale risulta dal complesso delle norme antielusive specifiche coniate dal legislatore (che tendono ad escludere, in generale, la possibilità che le perdite provenienti da una società “bara fiscale” possano essere sfruttate da parte di un soggetto terzo acquirente). In quest’ottica si dovrebbero qualificare come abusive tutte le operazioni che consentano all’acquirente del “consolidato-bara” di sfruttare le perdite pregresse della *fiscal unit* generate dalla bara fiscale. Si pensi all’ipotesi in cui l’acquirente della *fiscal unit* apporti in una delle società che vi partecipano aziende redditizie in modo da compensare i futuri redditi di queste ultime con le perdite riportate a nuovo dalla *fiscal unit*. Si pensi altresì, sempre a titolo di esempio, all’eventuale immissione nel “consolidato/bara” di asset/aziende profittevoli mediante operazioni di fusione/scissione con una delle società incluse nel consolidato e che non determinino un’interruzione del consolidato stesso<sup>181</sup>.

<sup>180</sup> Se, infatti, nel complesso le perdite accumulate dalla *fiscal unit* possono essere riassorbite nell’ambito dello stesso perimetro delle società consolidate non può infatti parlarsi di un consolidato “bara”. Su questa tematica cfr. GARCEA, in *Il nuovo abuso del diritto* a cura di MIELE, Eutekne 2016, 223 e ss.

<sup>181</sup> Ove si aderisca a questa impostazione, va precisato che, come è logico, per poter qualificare la condotta come abusiva è poi necessario anche dimostrare che l’“allargamento” di una *fiscal unit* con perdite pregresse e l’integrazione con altre imprese sia priva di sostanza economica e, cioè, destinata a non produrre effetti extrafiscali significativi. Questo ulteriore elemento in molti casi non è riscontrabile per due ordini di motivi. In primo luogo perché normalmente l’espansione di un gruppo è legata ad aspetti

Secondo altra tesi, invece, gli ordinari divieti di compensazione intersoggettiva delle perdite dovrebbero comunque cedere il passo alle regole del consolidato che si basano sulla “spersonalizzazione” delle perdite sorte dopo l’esercizio dell’opzione e fino a quando la *fiscal unit* rimanga in vita. In base a questa tesi, le perdite provenienti dalla società “bara fiscale” sorte nel corso del consolidato – così come quelle eventualmente provenienti da società “vitali” – non hanno per definizione alcun vincolo genetico o funzionale con la società da cui provengono e possono circolare ed essere liberamente utilizzate dalle società incluse nel perimetro di consolidamento<sup>182</sup>. In quest’ottica, in presenza di una *fiscal unit*, i divieti relativi all’utilizzo delle perdite pregresse delle società *stand alone* devono intendersi integralmente sostituiti dalla disciplina che stabilisce in quali casi il consolidato può proseguire o interrompersi. Sononchè le regole in questione non contemplano alcuna interruzione del consolidato in caso di trasferimento del controllo della società consolidante e viceversa ammettono, con norma espressa, che il perimetro della *fiscal unit* possa variare con l’ingresso di nuove società, in qualità di consolidate, garantendo anche a queste ultime di poter compensare i propri imponibili con le perdite pregresse del consolidato preesistente (art. 15 del d.m. 9.6.2004). Di qui la conclusione secondo cui, in tutte le ipotesi in cui, come nel caso in esame, venga preservata la continuità della *fiscal unit* originaria non possa parlarsi di alcuna violazione, neanche implicita, dei divieti di utilizzo delle perdite concepiti – per le singole società singolarmente considerate – dalle norme antielusive speciali (artt. 84, 172 e 173 del TUIR). Sarebbe in quest’ottica superfluo interrogarsi sulla sussistenza o meno del requisito della mancanza di sostanza economica.

Un caso interessante, poi, è anche quello dell’interruzione di un consolidato che abbia prodotto perdite riportabili e non ancora consumate. Si pensi all’ipotesi in cui una *fiscal unit* “bara” – in cui la consolidante è una società vitale e la consolidata è una “bara” fiscale – venga acquisita da un soggetto terzo. Il soggetto acquirente, dopo aver acquisito la consolidante, la incorpora determinando l’interruzione del consolidato. Si assuma altresì che le perdite residue della *fiscal unit*, in caso di interruzione del

---

gestionali e commerciali che esulano dalla presenza di un consolidato fiscale già avviato e che si basano su variabili di mercato e su obiettivi di investimento a lungo termine finalizzati ad eliminare le diseconomie e i fattori di perdita. In secondo luogo va ribadito che l’ipotesi di considerare l’acquisizione come preordinata allo sfruttamento delle perdite pregresse della *fiscal unit* si basa su un dato previsionale che può ritenersi attendibile in pochi casi limite e cioè sulla previsione che le società già incluse nel perimetro originario della *fiscal unit* non siano già di per sé in grado di assorbire da sole, con i propri redditi futuri, le perdite in questione.

<sup>182</sup> Ciò è tanto più vero se si pensa che le perdite provenienti da una società priva di vitalità possono circolare ed essere utilizzare nel consolidato anche nell’ipotesi in cui la società “bara” non partecipi più alla *fiscal unit* perché nel frattempo estinta.

consolidato, debbano essere attribuite in base ad un precedente accordo alla ex consolidante così come dispone, salvo diversa opzione, l'art. 124, comma 4, del TUIR. L'operazione comporta l'attribuzione delle perdite alla ex consolidante e la possibilità di trasmettere a sua volta le medesime perdite all'incorporante senza subire particolari falcidie, in considerazione del fatto che la ex consolidante è una società vitale e che le perdite attribuitegli sono considerate alla stessa stregua di perdite formatesi presso la stessa ex consolidante (e non della società decotta ex consolidata).

Anche in questa fattispecie, secondo una prima tesi questo risultato potrebbe apparire in contrasto con i principi desumibili dalle norme antielusive specifiche in materia di divieto di utilizzo delle perdite pregresse, con particolare riferimento alla disciplina dell'art. 172, comma 7, del TUIR. Si potrebbe cioè ritenere che la circolazione delle perdite che si realizza con questa operazione finisca per aggirare i limiti connessi alla vitalità e al patrimonio netto della società che ha prodotto le perdite, ossia alla società "bara", traslando la verifica di entrambi i requisiti su un soggetto (la ex consolidante) che è in grado di soddisfarli entrambi. Naturalmente, quand'anche si volesse aderire a questa ricostruzione, occorrerebbe pur sempre dimostrare, poi, l'assenza di una sostanza economica, ossia l'altro requisito dell'abuso.

Secondo altra tesi, invece, – a nostro avviso più convincente – così come lo sfruttamento delle perdite pregresse della *fiscal unit*, in costanza di consolidato, può avvenire senza incorrere nelle limitazioni della disciplina dell'art. 172, comma 7, del TUIR, per effetto della "spersonalizzazione" delle perdite prodotte dalle singole società incluse nel consolidato, allo stesso modo deve ritenersi coerente che questo divieto non si applichi, per le medesime perdite, neanche in sede di chiusura del consolidato. D'altra parte, una volta stabilito che la società ex consolidante è legittimata a considerare le perdite attribuitegli al termine del consolidato come perdite proprie e ad utilizzarle ad abbattimento dei propri redditi senza limitazioni, è altrettanto logico e consequenziale che il successivo regime di circolazione di queste perdite, in sede di fusione della ex consolidante, debba avere a riferimento il patrimonio netto e la vitalità di questa società, tenuto conto che questi elementi, per l'appunto, vengono assunti come indicatori della capacità di assorbimento delle perdite che la società incorporata avrebbe avuto in assenza della fusione.

### **3.5. Le scelte relative alla struttura finanziaria dell'impresa**

Si consideri ora il caso in cui una società deliberi la distribuzione delle proprie riserve di utili in favore dei propri soci persone fisiche (per semplicità, residenti in Italia),



riducendo le disponibilità liquide e il patrimonio netto<sup>183</sup>. Subito dopo questa prima fase la stessa società emette un prestito obbligazionario di pari importo, a tasso congruo e di mercato, collocandolo presso gli stessi soci destinatari della distribuzione degli utili in modo da sostituire, nella sostanza, la riduzione di patrimonio netto con un corrispondente incremento dell'indebitamento verso i soci<sup>184</sup>.

In questa fattispecie si potrebbe sostenere che il vantaggio tributario sia rappresentato dalla deducibilità ai fini IRES degli interessi passivi sul prestito obbligazionario presso la società emittente e dall'assenza di una tassazione compensativa pienamente corrispondente presso i soci. Ciò in quanto il prelievo presso quest'ultimi è limitato alla ritenuta a titolo di imposta del 26 per cento, a fronte della deduzione IRES con aliquota del 27,5 per cento<sup>185</sup>.

A questo punto, per sostenere che l'operazione è elusiva e che il vantaggio in questione va disconosciuto, si potrebbe osservare che la società emittente non avrebbe avuto nessuna necessità di indebitarsi se non si fosse privata un attimo prima della propria liquidità utilizzata per distribuire gli utili. In altri termini, se vi fosse stato un effettivo fabbisogno finanziario da soddisfare, la società emittente avrebbe potuto limitarsi a non distribuire le riserve, senza fare ricorso all'indebitamento. In quest'ottica la modifica della struttura finanziaria iniziale, con riduzione del patrimonio netto e corrispondente incremento dei debiti non avrebbe alcuna motivazione economica se non quella di comprimere in modo indebito l'imponibile della società partecipata<sup>186</sup>.

Senonchè, nel contesto della nuova clausola antiabuso, questo percorso argomentativo non sembra più fondatamente sostenibile. Anche ove si voglia

<sup>183</sup> Si ipotizza, in questo esempio, che gli utili distribuiti non siano rilevanti ai fini ACE – perché ad esempio formati prima del 2010 – e che la loro distribuzione non incida quindi sulla fruibilità di questa agevolazione.

<sup>184</sup> Questo è il caso preso in considerazione dalle recente sentenza della Corte di Cassazione n. 12548 del 2016.

<sup>185</sup> Per la verità, questo esempio ha perso di attualità a seguito dell'evoluzione delle aliquote che ha ridotto il differenziale tra deduzione degli interessi ai fini IRES e tassazione degli interessi attivi presso il socio ai fini IRPEF. Lo riproponiamo in questa sede, più che altro, per una analisi di tipo concettuale.

E' il caso di sottolineare, inoltre, che qui si è ipotizzato, come detto, che gli utili distribuiti non siano rilevanti ai fini ACE. Nella diversa ipotesi di distribuzione di utili già computati ai fini dell'ACE e di sostituzione di questi utili con poste di debito verso i soci, l'operazione potrebbe dar luogo ad un danno anziché ad un beneficio. Infatti, mentre la deduzione ACE non è accompagnata da nessuna tassazione presso i soci, la deduzione degli interessi passivi comporta comunque una tassazione degli interessi attivi presso il socio creditore e può quindi risultare meno favorevole.

<sup>186</sup> In effetti, quello descritto nel testo è il percorso logico seguito in più di una occasione dai verificatori e avallato dalla Corte di Cassazione nella sentenza citata (n. 12458 del 2016).

ammettere che la sequenza ipotizzata non abbia prodotto effetti extrafiscali significativi, e che sia quindi priva di sostanza economica, in base al nuovo art. 10 *bis* rimane pur sempre da verificare la sussistenza dell'altro elemento fondamentale dell'abuso e, cioè, occorre individuare l'eventuale violazione della *ratio* delle norme applicate o dei principi impositivi.

L'analisi condotta su questo piano sembra destinata a rivelare l'assenza di questo requisito. Quanto, infatti, alla *ratio* delle norme applicate, la disciplina di deducibilità degli interessi passivi attualmente vigente, in termini generali, non subordina la rilevanza di questi componenti a specifiche forme di impiego della liquidità e/o ad una qualche conformazione della struttura finanziaria (leggasi del rapporto *equity/debito*) dell'impresa che contrae il finanziamento. L'unico limite è legato alle capacità reddituali del debitore ed è costituito dal rapporto tra gli interessi passivi netti e il 30 per cento del ROL, con l'ulteriore specificazione che la parte eventualmente eccedente può essere dedotta negli esercizi successivi qualora vi sia capienza nel ROL (cfr. art. 96 TUIR). Del resto, nel sistema delle imposte sui redditi non vi è un principio che richieda per le società un livello minimo di capitalizzazione né, sempre per le imprese societarie, sono individuati in alcun modo i criteri per definire congruo un determinato *equity* in relazione all'attività svolta e/o all'indebitamento complessivo.

Il fatto che non vi siano regole non è evidentemente riconducibile ad una lacuna dell'ordinamento, ma all'intenzione del legislatore fiscale di affidare le scelte relative al *mix* di *equity* e di debito alla libera determinazione dei soci<sup>187</sup>. Se così è, sembra logico e coerente che questa scelta, così come può essere esercitata *ab origine*, ossia in sede di costituzione della società, possa essere assunta anche successivamente, senza che questa modificazione di un assetto precedente – come abbiamo visto per la fattispecie del *leaseback* – possa mettere in dubbio la sua piena legittimità<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> Una riprova in questo senso è rappresentata proprio dalla disciplina dell'ACE che, essendo concepito come un incentivo alla capitalizzazione, ha per presupposto logico che i soci possano decidere liberamente se e in che misura capitalizzare la società

<sup>188</sup> Il dato più eclatante che emerge dalla lettura della sentenza n. 12548 del 2016, infatti, è la sua radicale divergenza rispetto alle numerose decisioni della Cassazione in materia di *leaseback* che abbiamo già ricordato nel par. 3.1.. Mentre in quei precedenti l'inesistenza di un fabbisogno preesistente del *leasing* è stata considerata non dirimente per ravvisare una condotta abusiva, nella sentenza n. 12548 del 2016, questo elemento viene ritenuto autosufficiente, senza porsi il problema di verificare la legittimità o meno della scelta compiuta, pur in assenza di motivazioni extrafiscali. La sentenza n. 12548/2016, quindi, rappresenta, obiettivamente, un passo indietro rispetto alle elaborazioni più avvertite ed alla stessa codificazione della clausola antiabuso.

Naturalmente, non sfugge che le operazioni del tipo qui descritto sono state talora oggetto di contestazione sotto un profilo diverso dall'abuso e, cioè, ravvisando un difetto di inerenza degli interessi passivi sui debiti contratti per distribuire dividendi o restituire gli apporti ai soci.

Rilievi di questo tipo, come già ricordato nella circolare Assonime n. 18 del 2012, partono dal presupposto che la deducibilità degli interessi passivi sia subordinata ad una duplice condizione: sul piano qualitativo, al rispetto del requisito dell'inerenza, nel senso che deve trattarsi di interessi afferenti all'attività di impresa, alla stessa stregua degli altri componenti negativi di reddito; sul piano quantitativo, invece, al rispetto dei limiti desumibili dall'art. 96 del TUIR<sup>189</sup>. Viceversa, come è noto, secondo altra impostazione gli interessi passivi dovrebbero di per sé essere considerati inerenti all'impresa societaria in considerazione del fatto che l'art. 96 del TUIR delinea un meccanismo di deduzione collegato al ROL, senza alcun riferimento al requisito di inerenza (a differenza di quanto previsto dall'art. 61 del TUIR per le imprese individuali e le società di persone), e che l'art. 109, comma 5, del TUIR detta criteri di inerenza solo per le spese o gli altri componenti diversi dagli interessi passivi<sup>190</sup>.

Merita tuttavia osservare che, anche ponendosi nell'ottica più restrittiva, l'attività di impresa, per la sua stessa esistenza e continuità, richiede una corretta gestione dei rapporti con i soci, sicchè le decisioni relative alla politica dei dividendi come pure quelle di favorire il disinvestimento di alcuni soci in dissidio con altri, nella normalità dei casi, vengono assunte nello stesso interesse dell'impresa. Se, dunque, per attuare queste decisioni si fa ricorso all'indebitamento è difficile negare che gli oneri finanziari che derivano da tale indebitamento siano afferenti all'impresa<sup>191</sup>.

<sup>189</sup> Il tema dell'inerenza degli interessi passivi è stato in passato al centro delle questioni fiscali connesse alle operazioni di *merger leverage buy out*. In proposito si fa rinvio all'ampia trattazione di ROSSI-AMPOLILLA, in *Tem di fiscalità nazionale e internazionale*, Cedam, 2014, 8 e ss. La questione è stata poi oggetto dei chiarimenti resi dall'Agenzia delle entrate nella sua circolare n. 6/E del 2016 (cfr., al riguardo, la circolare Assonime n. 17 del 2016).

<sup>190</sup> Piuttosto, come già osservato nella circolare Assonime n. 18 del 2012, il problema dell'inerenza degli interessi passivi è mal posto in quanto, semmai, si dovrebbe sottoporre al vaglio dell'inerenza la sorte del denaro raccolto tramite l'indebitamento e, quindi, il versante degli impieghi. Ma anche ponendosi in quest'ottica, stante la natura fungibile del denaro e la coesistenza di capitale proprio e di investimenti non specificamente correlati ai debiti, si dovrebbero probabilmente introdurre regole convenzionali per individuare la parte del costo medio dell'indebitamento riferibile agli impieghi estranei alla attività di impresa. Ad ogni modo, nel caso ipotizzato – come precisato nel testo – gli impieghi del denaro raccolto tramite indebitamento appaiono comunque conformi alle funzioni che l'impresa è chiamata a svolgere, tra le quali vi è pacificamente quella di remunerare i soci (cfr. sul punto anche a circolare Assonime n. 17 del 2016).

### 3.6. La casistica in materia di IVA

#### 3.6.1. Le costruzioni dirette ad eludere i limiti al diritto alla detrazione

Nel campo dell'IVA, varie fattispecie riconducibili al concetto di abuso sono state poste in evidenza dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Alcune pronunce, infatti, hanno rilevato come la disciplina comune dell'IVA implichi l'esistenza di un principio generale anti abuso che impone agli Stati membri di disconoscere gli effetti fiscali dei comportamenti dei contribuenti che siano posti in essere al solo scopo di beneficiare abusivamente di vantaggi previsti dal diritto dell'Unione. I principi espressi da questa giurisprudenza comunitaria, in realtà in termini piuttosto generici, trovano ora sostanziale riscontro, ma in forma ben più articolata, nella nuova disciplina nazionale anti abuso. Appare utile, pertanto, ricordare alcune fattispecie in quella sede considerate<sup>192</sup>.

Paradigmatica è l'ipotesi in cui un soggetto che effettua esclusivamente o prevalentemente operazioni esenti – cui pertanto è precluso del tutto, o in larga parte, l'esercizio del diritto alla detrazione dell'IVA assolta a monte in via di rivalsa – elabori un piano che comporti l'affidamento di importanti acquisti di beni (generalmente immobili o comunque beni di investimento), funzionali all'attività del soggetto stesso, a società collegate che non hanno, invece, limiti alla detrazione. Tali acquisti, peraltro, sono di regola finanziati dalla stessa società con limiti alla detrazione, la quale concede, appunto, finanziamenti alle società collegate che acquistano i beni. Il primo soggetto, pertanto, rimane, di fatto, l'effettivo centro di riferimento per il pagamento delle forniture. Di regola, poi, lo stesso soggetto stipula con le società acquirenti dei beni in questione contratti di affitto o locazione dei beni medesimi per poterli utilizzare nell'ambito della sua attività<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> E' chiaro, poi, che, una volta ammessa l'inerenza di questi interessi passivi diventa indifferente che si tratti di interessi relativi a debiti contratti verso terzi piuttosto che di interessi su debiti contratti nei confronti degli stessi soci (a patto che ovviamente i tassi risultino congrui e di mercato), poichè anche in quest'ultimo caso ciò che conta è che rimanga ferma la distinzione, sul piano giuridico e su quello effettuale, tra incasso del dividendo e diritto del tutto autonomo del socio ad ottenere la restituzione delle somme prestate.

<sup>192</sup> A seguito della prima e più importante delle sentenze della Corte di Giustizia sul tema – la Causa n. C-255/02 del 21 febbraio 2006 (*Halifax*) – l'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 67 del 13 dicembre 2007, ha precisato le implicazioni che essa poteva avere sull'operato dell'amministrazione finanziaria.

<sup>193</sup> Questo è, nella sostanza, lo schema preso in considerazione nella ricordata sentenza *Halifax*, in cui una banca faceva ricorso a soggetti controllati per realizzare strutture di *call center* che poi erano riprese in locazione dalla stessa banca. Uno schema analogo si ritrova nella sentenza della Corte di Giustizia C-233/03 *University of Huddersfield*.

In casi del genere, il vantaggio fiscale, a volte, non è costituito *tout court* dal recupero dell'IVA sugli acquisti con il meccanismo della detrazione, dal momento che l'acquirente/locatore del bene è tenuto ad applicare l'IVA "a valle" sui canoni di locazione; imposta, questa, che viene addebitata in via di rivalsa al locatario e non è da questi detraibile. In tale ottica, il beneficio complessivo dell'operazione è rappresentato essenzialmente dalla ripartizione del costo costituito dall'IVA indetraibile in una pluralità di periodi d'imposta; se, infatti, la società controllante avesse proceduto ad un acquisto diretto, tale costo sarebbe stato sostenuto integralmente nel periodo d'imposta di effettuazione di questa operazione.

Questo tipo di vantaggio, a ben guardare, non può considerarsi indebito poiché l'acquisizione della disponibilità di un bene attraverso la locazione è sicuramente un'alternativa legittima rispetto all'acquisizione in proprietà; il vantaggio in questione, pertanto, deve ritenersi fisiologico. Del resto, uno dei principi basilari dell'IVA è che tale tributo deve limitare al massimo gli oneri a carico degli operatori – che non sono i soggetti incisi – sicché sembra coerente ammettere la legittimità dei comportamenti diretti a ridurre gli oneri finanziari che derivano dal meccanismo di applicazione del tributo. Comunque, la Corte di Giustizia ha avuto modo di riesaminare questa situazione con la sentenza C-103/09 del 22 dicembre 2010 (*Weald Leasing LTD*). Proprio in coerenza con le osservazioni appena svolte, con tale pronuncia la Corte ha correttamente riconosciuto che se un soggetto passivo ha la possibilità di scegliere fra due operazioni alternative per il raggiungimento di un determinato obiettivo, il sistema comune dell'IVA non impone di scegliere quella che implica un maggior pagamento dell'IVA; al contrario, il soggetto passivo può liberamente scegliere l'operazione che gli consente di limitare l'applicazione dell'imposta. Sulla base di questo principio, la Corte ha negato che il vantaggio fiscale derivante dal fatto che un operatore ricorra ad operazioni di *leasing* invece che all'acquisto diretto costituisca un vantaggio indebito da perseguire, sempreché le condizioni contrattuali relative a tali operazioni corrispondano alle condizioni normali di mercato.

### 3.6.2. La segmentazione dei rapporti giuridici

Un caso interessante, che pure è stato sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia, è quello in cui una operazione imponibile di per sé assoggettabile ad IVA in modo unitario venga frazionata nelle sue singole componenti – alcune delle quali sono soggette ad IVA ed altre no (in quanto escluse o esenti) – affidandone l'esecuzione a soggetti diversi del gruppo, in modo da ridurre complessivamente il carico impositivo.

Uno schema di questo genere è stato preso in considerazione dalla Corte di Giustizia (sentenza C- 425/06) e dalla Cassazione (sent. n. 25374 del 2008), nel caso *Part Service*, che si riferiva ad una ipotesi di scomposizione del contratto di *leasing* nella quale una società terza del gruppo prestava servizi assicurativi e finanziari (esenti) a fronte di una riduzione del canone di locazione. Più precisamente, la prestazione della società di *leasing* si esauriva sostanzialmente nella mera locazione del bene al cliente utilizzatore finale. Quest'ultimo era tenuto a versare al concedente una cauzione corrispondente alla parte del costo del bene non coperta dai canoni di locazione. La cauzione era in realtà prestata da altra società del gruppo che finanziava l'utilizzatore e riconosceva poi alla società di *leasing* un compenso a titolo di intermediazione, fornendo altresì altre prestazioni accessorie connesse all'assicurazione del bene. In tal modo, in pratica l'elemento finanziario caratteristico del *leasing* risultava scorporato ed affidato ad una società consociata che erogava le relative prestazioni in regime di esenzione, mentre la società concedente assoggettava ad IVA le sole prestazioni relative al godimento del bene.

In questa vicenda la Corte di Giustizia, dopo aver riconosciuto che la sesta direttiva IVA consente in linea di principio di scegliere l'alternativa fiscalmente meno onerosa, ha precisato che quando una operazione comprende in sé diverse prestazioni si pone la questione se le singole prestazioni debbano essere considerate unitariamente o meno ai fini del tributo sul valore aggiunto<sup>194</sup>. Al riguardo, se è vero che in linea di principio le singole prestazioni dovrebbero essere considerate autonomamente, ed essere quindi assoggettate singolarmente ad imposizione o esenzione, ciò non è possibile quando tali prestazioni risultino non indipendenti tra di loro, nel qual caso devono essere considerate come un'unica operazione. Questa ipotesi ricorre qualora si possa dire che una prestazione è principale rispetto alle altre, le quali vengono ad assumere natura accessoria, ovvero nel caso in cui gli elementi forniti dal soggetto passivo *“sono a tal punto strettamente connessi da formare, oggettivamente, una sola prestazione economica indissociabile la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale”* (par. 53). In quest'ottica, è stato ritenuto non conforme alla Direttiva il vantaggio del minor gravame IVA derivante dalla scomposizione di un contratto di

<sup>194</sup> Cfr. la sentenza C- 425/06, *Part Service*, par. 49 e ss.



*leasing*, sul presupposto che nel sistema IVA la locazione finanziaria è concepita come una prestazione di servizi unitaria da assoggettare al tributo per intero<sup>195 196</sup>.

### 3.6.3. Altre ipotesi ricondotte al concetto di abuso prima dell'introduzione della nuova disciplina

Merita ricordare che l'Agenzia delle entrate, nella circolare n. 67/E del 13 dicembre 2007, ha individuato alcune potenziali fattispecie di abuso in materia di IVA alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia.

Costituirebbe, in particolare, un vantaggio indebito, ad esempio, la fatturazione anticipata dei corrispettivi, rispetto agli altri momenti rilevanti ai fini della effettuazione dell'operazione (art. 6 del d.p.r. n. 633 del 1972) da parte di soggetti in regime di detraibilità limitata. Ciò in quanto l'anticipazione potrebbe comportare l'applicazione di un *pro rata* di detraibilità più favorevole rispetto a quello altrimenti applicabile, sempreché – aggiunge l'Agenzia – non risultino applicabili gli altri correttivi ordinariamente previsti per la rettifica della detrazione.

A ben vedere, tuttavia, questa ipotesi appare difficilmente riconducibile al concetto di abuso: la stessa disciplina dell'IVA, infatti, attribuisce agli operatori il diritto di emettere la fattura prima del pagamento o della consegna dei beni venduti; essa, quindi, presuppone la legittimità dell'esercizio di tali diritti sulla base di valutazioni che, riguardando adempimenti di rilevanza essenzialmente fiscale, sono riconducibili per loro natura a ragioni di convenienza fiscale.

<sup>195</sup> *In terminis*, in particolare, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 25374 del 2008 in esito al rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia. La sentenza C- 425/06 *Part Service*, è nota anche per la precisazione che, per configurare l'abuso, è sufficiente che il vantaggio indebito costituisca lo scopo essenziale e non quello esclusivo della condotta abusiva.

<sup>196</sup> Nella circolare n.67/E del 2007 – sulla quale ci soffermeremo in appresso per altri aspetti – l'Agenzia menziona una possibile forma di abuso simile a quella derivante dal frazionamento di una prestazione unitaria. L'Agenzia ricorda, infatti, che l'art. 13 del Regolamento CE n. 1777/2005, recante norme di applicazione della VI direttiva IVA (ora direttiva 112/2006), stabilisce che “*allorché un fornitore dei beni o un prestatore di servizi esige che per l'accettazione del pagamento mediante carta di credito o di debito il cliente paghi un importo a lui stesso o ad un'altra impresa e allorché il prezzo complessivo che tale cliente deve pagare resta invariato a prescindere dalla modalità di pagamento, tale importo è parte integrante della base imponibile per la cessione di beni o la prestazione di servizi, a norma dell'articolo 11 della direttiva 77/388/CEE.*” Con questa premessa, secondo l'Agenzia, “*ogniqualevolta, si accerti – sulla base di adeguati e rigorosi riscontri – una prassi commerciale ispirata alla finalità che il richiamato Regolamento comunitario intende contrastare, sarà possibile invocare, oltre che la norma regolamentare richiamata (in quanto direttamente applicabile), anche il più generale principio dell'abuso del diritto.*”

Non può non rilevarsi, inoltre, che il vantaggio fiscale ipotizzato nella circolare dell'Agenzia per il caso di emissione anticipata della fattura – cioè la possibilità di detrarre una percentuale maggiore di imposta sugli acquisti per la presenza di un *pro rata* generato anche da tali fatture – costituisce un vantaggio non solo relativo ma anche del tutto eventuale. Ciò in quanto, evidentemente l'operazione in questione, contabilizzata nell'anno x, concorrerà al *pro rata* di tale anno, ma non a quello dell'anno x+1, e proprio il *pro rata* dell'anno x+1 potrebbe, *a posteriori*, risultare più favorevole rispetto a quello dell'anno x, annullando ogni ipotetico beneficio. Peraltro, questo risultato, favorevole o sfavorevole per il contribuente, è, in realtà, una conseguenza della disciplina del *pro rata* così come delineata dal legislatore nazionale. Tale disciplina, infatti, ha carattere generale applicandosi a tutti gli acquisti del soggetto passivo; viceversa il meccanismo del *pro rata* previsto come regola generale dalla direttiva è diverso e meno distorsivo in quanto fa riferimento, invece, ai soli acquisti di beni e servizi utilizzati promiscuamente per operazioni esenti e operazioni imponibili<sup>197</sup>.

Sempre nella stessa circolare l'Agenzia osserva che potrebbe costituire condotta abusiva l'omessa emissione della nota di variazione in diminuzione da parte del cedente – emissione che ai sensi dell'art. 26 del d.p.r. n. 633 del 1972 è facoltativa – in un caso particolare: e, cioè, quando la cessione che poi è venuta meno sia stata effettuata da un soggetto che gode di un regime speciale di detrazione in favore di altro soggetto appartenente al medesimo gruppo societario. Ciò in quanto il mantenimento della fattura originaria consentirebbe comunque di conservare il beneficio della detrazione piena dell'IVA da parte del cessionario a fronte del versamento parziale dell'IVA addebitata da parte del cedente (tenuto conto che quest'ultimo si avvale, per

<sup>197</sup> Il sistema italiano comporta che un'impresa che effettua operazioni imponibili e operazioni esenti – ad esempio un'attività industriale e un'attività finanziaria – si trovi a poter detrarre una percentuale di imposta “a monte” stabilita in base al rapporto fra l'ammontare delle operazioni che consentono la detrazione e l'ammontare delle operazioni esenti. Ora, potrebbe accadere che l'attività industriale richieda un'elevata quantità di acquisti (materie prime, servizi, ecc.), mentre l'attività finanziaria, pur concorrendo in misura rilevante al volume d'affari, richieda una quantità di acquisti inferiore in rapporto all'altra attività. La regola del *pro rata* italiano, quindi, potrebbe determinare, in concreto, l'indetraibilità anche dell'imposta afferente acquisti che sono stati effettuati solo per l'attività industriale. L'unico correttivo a questa situazione è la separazione dell'attività a norma dell'art. 36-bis del d.p.r. n. 633/72, la quale, peraltro, non è sempre praticabile. Sul tema si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia del 29 giugno 2016, causa C-378/15 *Mercedes Benz Italia*, secondo cui non sarebbe conforme alla direttiva una normativa nazionale e una prassi dell'amministrazione fiscale nazionale, come quella italiana, che impongano a soggetti passivi che effettuano nel contempo operazioni che danno diritto a detrazione e operazioni che non conferiscono tale diritto, di determinare l'importo dell'IVA detraibile mediante l'applicazione di un *pro rata* nei confronti della totalità dei beni e servizi acquistati, ivi compresi i beni e servizi utilizzati esclusivamente per effettuare sia operazioni che danno diritto alla detrazione, sia operazioni che non conferiscono tale diritto.

l'appunto, del regime speciale di detrazione). Questa fattispecie è, in effetti, più delicata, anche se non si può fare a meno di osservare che se è vero che il sistema tollera la persistenza di questo risultato asimmetrico in presenza di transazioni tra soggetti terzi ed indipendenti è dubbio che questo stesso risultato possa qualificarsi di per sé come abusivo nel caso di transazioni infragruppo, specie quando la transazione originaria sia stata regolata a condizioni di mercato e la sua caducazione, in tutto o in parte, dipenda da condizioni obiettive sopravvenute.

Non sembrano, inoltre, annoverabili tra le ipotesi di abuso altre fattispecie che sono state pure accostate a questo fenomeno nella prassi accertativa. Ad esempio, la particolare vicenda del *leasing* nautico, che pure è stata oggetto di numerose contestazioni in chiave antiabuso, si basava in effetti su una diversa qualificazione del fatto e, cioè, sull'assunto che il contratto di *leasing* dissimulasse una compravendita allo scopo di fruire del regime IVA più favorevole legato al criterio di territorialità delle prestazioni di servizi di locazione di un mezzo di trasporto<sup>198 199</sup>.

<sup>198</sup> L'art. 7, comma 4, lett. f) del D.P.R. n. 633 del 1972 come modificato dalla legge n. 342 del 2000 (oggi trasfuso nell'art. 7 *quater* lett. e)), ha introdotto la regola secondo cui le prestazioni derivanti da contratti di locazione o di noleggio di mezzi di trasporto rilevano solo in caso di impiego del mezzo di trasporto in Italia o in altro Stato membro della Comunità. In presenza di unità da diporto, la territorialità è stata forfettizzata ipotizzando che il loro utilizzo al di fuori della UE fosse direttamente correlato con la lunghezza di tali unità (cfr. la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 49/E del 2002). In tal modo il vantaggio connesso al particolare criterio territoriale del *leasing* nautico, in pratica, è divenuto direttamente proporzionale alla lunghezza dell'imbarcazione.

In questo contesto gli organi accertatori in molti casi hanno contestato che il leasing nautico di imbarcazioni da diporto fosse stato posto in essere per fruire dei vantaggi connessi al particolare regime di territorialità dell'IVA e che in realtà "mascherasse" una compravendita del bene. A tal fine i verificatori hanno fatto leva su alcuni indicatori di anomalia del *leasing*, come, ad esempio la presenza di un maxicanone superiore al 40 per cento del costo di acquisto del bene; il deposito di somme pari al corrispettivo della locazione; la durata del contratto inferiore a 48 mesi; la facoltà di riscattare in via anticipata il bene durante il periodo di vigenza del contratto, ecc.(cfr. la nota interna dell'Agenzia delle entrate del febbraio 2009 e la circolare n. 38/E del 2009).

<sup>199</sup> Sono invece ormai superati da apposite previsioni normative gli arbitraggi che venivano realizzati attraverso operazioni straordinarie di fusione scissione o conferimento di azienda escluse da IVA, per poter acquisire un diritto di detrazione altrimenti non spettante, ovvero per cumulare l'ordinario diritto di detrazione sugli acquisti con i regimi fiscali che forfettizzano il diritto alla detrazione (es. in agricoltura). In particolare, lo schema del soggetto bancario-assicurativo che acquisisce un immobile tramite una società veicolo con diritto alla detrazione IVA, per poi incorporare il veicolo, è oggi contrastato dall'art. 19bis2 comma 6, del d.p.r. n. 633 del 1972, secondo cui la rettifica della detrazione per i beni ammortizzabili va effettuata anche in caso di acquisizione dei beni a seguito di fusione, scissione e conferimento di azienda. Il caso in cui beni acquisiti in regime IVA ordinario venivano poi fatti confluire tramite una operazione di riorganizzazione societaria in una società in regime agricolo che poi, in sede di rivendita, maturava un nuovo diritto alla detrazione sui medesimi beni è oggi contrastato dall'art. 34, comma 4, del d.p.r. n. 633 del 1972, in base al quale il regime speciale non si applica sui beni acquisiti dal cedente senza assolvere l'imposta (come avviene in caso di fusione, scissione e conferimento di azienda).

### 3.7. Casi concreti in tema di imposta di registro

La casistica relativa all'imposta di registro è chiaramente influenzata dal dibattito sulla portata dell'art. 20 del d.p.r. n. 131 del 1986 e dall'utilizzo che ne ha fatto la giurisprudenza in chiave sostanzialmente antielusiva; tematiche sulle quali ci siamo già ampiamente soffermati e che ci sembra, tuttavia, opportuno riprendere ancora in questa sede per delinearne un inquadramento più preciso (cfr. par. 1.2, note 35, 36 e 89, e par. 2.2.2).

Preliminarmente, è opportuno ricordare la funzione della norma contenuta nell'art. 20 e ripercorrere l'*excursus storico* che ha condotto alla sua attuale formulazione<sup>200</sup>. Tale articolo riproduce la norma contenuta nell'art. 19 del d.p.r. n. 634 del 1972, che corrispondeva, con opportune modifiche, a quella contenuta nell'art. 8 del r.d. n. 3276 del 1923, secondo cui *"le tasse sono applicate secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti o dei trasferimenti, se anche non vi corrisponda il titolo apparente"*. Questa norma aveva determinato profonde disparità di opinioni sui criteri da utilizzare per identificare la vera natura di un atto; si era dibattuto, in particolare, se essa si riferisse alla sua natura giuridica o a quella economica. La giurisprudenza si era espressa, per lo più, in senso favorevole alla tesi secondo cui doveva essere la natura giuridica a determinare i criteri di tassazione dell'atto. Tuttavia, proprio per eliminare tali incertezze, la nuova formulazione della norma, introdotta in sede di attuazione della riforma tributaria del '71 (art. 19 del d.p.r. n. 634 del 1972), recependo la giurisprudenza nel frattempo consolidatasi, ha chiarito che gli "effetti" da considerare ai fini della tassazione sono quelli "giuridici" che caratterizzano gli atti ai fini dell'imposta di registro e non quelli economici. Già dal 1973 (e cioè dalla data di entrata in vigore del d.p.r. n. 634), quindi, avrebbero dovuto ritenersi definitivamente superati gli orientamenti degli uffici che talvolta avevano effettuato accertamenti che muovevano dal presupposto di poter riqualificare gli atti di cessione di pacchetti azionari o di quote di società sulla base di presunti diversi effetti economici di tali cessioni, in particolare, considerando tali atti alla stregua di atti di cessione di un'azienda.

Più recentemente, invece, gli uffici tendono ad attribuire all'art. 20 una valenza diversa e più ampia che non tiene conto né della lettera della norma – nonostante, ripetiamo, la sua più puntuale formulazione rispetto alla corrispondente norma in vigore fino al 1972 – né della sua collocazione sistematica come norma funzionale alla tassazione dell'atto inteso come strumento idoneo a costituire, modificare e documentare rapporti giuridici.

<sup>200</sup> L'art. 20 dispone che *"l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente"*.

Tale orientamento, in sostanza, ritiene che l'art. 20 legittimi un'applicazione dell'imposta sulla base degli effetti economici desumibili dalla combinazione di un atto con altri atti posti in essere fra le stesse parti o con soggetti diversi.

In quest'ottica, gli uffici avrebbero la possibilità di verificare se la combinazione fra i diversi atti evidenzia l'intento di effettuare un'operazione diversa o, comunque, di conseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che può evincersi dagli atti autonomamente considerati, nel qual caso dovrebbero essere applicati i tributi (imposta di registro, ma anche le imposte ipotecaria e catastale) previste per l'operazione realmente voluta. Ciò, beninteso, nonostante la presenza – ripetiamo ancora – di una statuizione esplicita, per l'appunto l'art. 20, che impone di considerare gli effetti giuridici, non anche quelli economici.

Questa tesi, come già evidenziato in precedenza (cfr. par. 1.2), è stata avallata anche dalla Cassazione in non poche occasioni, sia pure con motivazioni non sempre univoche. In particolare la Corte ha sovente affermato che l'esigenza di assoggettare a tassazione gli atti o le sequenze negoziali in base alla loro intrinseca natura ed al risultato economico conseguito dovrebbe ascriversi al fatto che l'art. 20 d.p.r. n. 131/1986 non sarebbe destinato ad operare sul piano della mera interpretazione delle disposizioni contenute negli atti sottoposti a registrazione, ma avrebbe in realtà una natura antielusiva. Questa disposizione consentirebbe cioè di applicare il tributo attribuendo una *“preminenza assoluta alla causa reale sull'assetto cartolare, con conseguente tangibilità sul piano fiscale delle forme negoziali”*<sup>201</sup>, e di dare perciò rilievo all'intento delle parti ricostruito anche sulla base di elementi extratestuali.

Nel contesto attuale – lo abbiamo già evidenziato (cfr. par. 1.2) – a seguito dell'introduzione dell'art. 10 *bis* come clausola antiabuso estesa a tutti i tributi e della mancata soppressione dell'art. 20 del d.p.r. 131/1986, il rapporto tra questa norma e la tematica dell'abuso ha assunto una nuova luce. La valenza generale dell'art. 10 *bis*, cioè, porta a escludere che l'art. 20 possa ancora essere interpretato come una vera e propria norma con funzione antielusiva, realizzandosi, altrimenti, una sovrapposizione

<sup>201</sup> Così Cassazione n. 5877 del 2014. Si vedano, con analoga motivazione, *ex multis*, Cassazione n. 16345 del 2013; n. 6835 del 2013; n. 13580 del 2007; n. 10273 del 2007; n. 18374 del 2007; n. 14900 del 2001.

In altre sentenze più recenti, viceversa, la Cassazione non ha “speso” espressamente l'argomento della funzione antielusiva dell'art. 20, anche se è giunta a conclusioni identiche rispetto alla giurisprudenza precedente per quanto attiene alla possibilità di riqualificare gli atti sottoposti a registrazione in base ad elementi estranei al suo contenuto; cfr. le sentenze della Cassazione n. 24258 del 2015 e n. 20050 del 2015.

che non sarebbe coerente con l'intento di assicurare alla nuova disciplina un ambito oggettivo di applicazione esteso in modo trasversale a tutti i settori impositivi. Quell'ampio significato che negli ultimi anni gli uffici e la giurisprudenza della Corte di Cassazione hanno inteso attribuire all'art. 20 è ora smentito dalla preminenza dell'art. 10 *bis*. Ne consegue che l'art. 20 non può essere più inteso se non come norma di interpretazione – secondo le regole ermeneutiche ordinarie – degli atti in base ai loro effetti giuridici e, dunque, come norma che di per sé non consente di effettuare analisi e valutazioni tipiche della disciplina antiabuso.

In questo senso, in effetti, si è già espressa – e anche questo lo abbiamo già sottolineato (cfr. la nota 35) – la stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 9582 del 2016, giungendo a riconoscere che l'art. 20 non riguarda le condotte di natura elusiva o abusiva che si trovano ora disciplinate, in via esclusiva, dall'art. 10 *bis* della L. 212/2000. Tuttavia, nella stessa sentenza, la Corte continua a sostenere, in modo non del tutto coerente con questa premessa, che l'art. 20 consente di *“qualificare l'atto o il ‘collegamento negoziale’ in ragione ...degli effetti oggettivamente raggiunti dal negozio o dal collegamento negoziale, come per es. può avvenire con il conferimento di beni in una società e la cessione di quote della stessa che se ‘collegati’ potrebbero essere senz'altro idonei a realizzare ‘oggettivamente’ gli effetti della vendita”*.

Senonchè, alla luce di quanto già ricordato in merito ai canoni ordinari dell'interpretazione (cfr. il par. 2.2.2 e la nota 89), questo tipo di (ri)qualificazione degli atti negoziali – solo perché collegati tra di loro per soddisfare uno scopo pratico ulteriore rispetto a quello tipico di ciascuno – non appare possibile, specie nei casi in cui non vi sia alcun frazionamento di un contratto tipico in più atti di identico contenuto, ma una sequenza di più atti dal contenuto eterogeneo. Né sembra ragionevole ipotizzare che l'art. 20 sia espressione di un *tertium genus* tra interpretazione civilistica e disciplina antiabuso<sup>202</sup>, tenuto conto che gli effetti giuridici menzionati dall'art. 20 sono pur sempre quelli civilistici, senza che possano assumere rilevanza elementi estranei all'atto sottoposto a registrazione<sup>203</sup>. Tutto ciò induce a ritenere che, nell'assetto delineato dal D.L.vo n. 128 del 2015, l'applicazione dell'imposta di registro possa travalicare gli effetti giuridici dei singoli atti negoziali solo in presenza dei presupposti e nel rispetto delle garanzie procedurali dell'art. 10 *bis* e che l'art. 20 conservi – o, se

<sup>202</sup> In *terminis* GALLO, in *Rass. Trib.*, 2015, 1317.

<sup>203</sup> D'altra parte, se si potesse prescindere dal contenuto dell'atto, avrebbe poco senso la stessa disciplina della cd. enunciazione (art. 22 del d.p.r. 131/1986), dal momento che tutte le altre intese intercorse tra le parti e astrattamente desumibili dalle loro 'reali' intenzioni dovrebbero essere assoggettate a tassazione indipendentemente della loro menzione nell'atto.



si vuole, veda riconfermata – la sua tradizionale funzione di norma volta esclusivamente a cogliere l'effettiva natura giuridica degli atti al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle parti<sup>204</sup>.

### 3.7.1. La circolazione di beni e di aziende mediante il ricorso a società-veicolo

Così impostata la questione, e venendo alla tematica dell'applicazione del regime dell'art. 10 *bis*, non vi è dubbio che le operazioni che più frequentemente sono state riqualficate con procedimento logico tipico dell'abuso del diritto sono proprio quelle in cui una società (A) costituisce una nuova società (B) – o sottoscrive un aumento di capitale di una società esistente – alla quale conferisce un ramo di azienda e contestualmente, o in un arco temporale molto ridotto, trasferisce la partecipazione ottenuta ad un soggetto terzo (C)<sup>205</sup>.

Gli atti con i quali si articola questa operazione sono stati frequentemente riqualficati come una vendita di azienda con conseguente applicazione dell'imposta proporzionale di registro. Più precisamente, gli uffici assumono che l'operazione debba essere equiparata a quella in cui la società A, invece di conferire l'azienda, l'avesse ceduta al soggetto C e quest'ultimo, a sua volta, avesse provveduto a conferirla alla società B.

Il vantaggio fiscale derivante dallo schema operativo adottato dalle parti, rispetto al trattamento previsto per la vendita dell'azienda, deriva dal fatto che il conferimento di un'azienda, come pure la cessione delle partecipazioni, sono atti soggetti all'imposta di registro in misura fissa, mentre le cessioni di azienda sono soggette all'imposta di registro proporzionale.

Una volta esclusa, come abbiamo detto, la possibilità di riqualficare le operazioni in esame in base all'art. 20 – per il fatto che tale articolo deve essere ora coordinato, ripetiamo, con la disposizione generale dell'art. 10 *bis* – si deve valutare se accertamenti di contenuto analogo possano essere effettuati in base alla disciplina dell'art. 10 *bis* e, quindi, se il sistema delle imposte d'atto consenta, per l'appunto, una valutazione di tale fattispecie in termini di abuso.

Al riguardo, occorre tenere in considerazione alcuni argomenti che appaiono fondamentali.

<sup>204</sup> *In terminis* lo studio del *Notariato*, n. 151 -2015 T, *L'abuso del diritto o elusione in materia tributaria: prime note nella prospettiva della funzione notarile*, 6.

<sup>205</sup> Cfr., da ultimo, la sentenza della Corte di Cassazione 18 dicembre 2015, n. 25487. Su questa ricorrente fattispecie si vedano le più ampie considerazioni di BUONO, in *Il nuovo abuso del diritto* a cura di MIELE, Eutekne 2016, 139 e ss.

In primo luogo l'abuso – ripetiamo ancora una volta – presuppone l'accertamento della *ratio* o dei principi traditi e, con riguardo a questi ultimi, la relazione illustrativa al D.L.vo n. 128 del 2015 è chiara nel precisare che, a tal fine, occorre fare riferimento a quelli desumibili dalla disciplina dei singoli tributi. Ciò posto, la stessa conformazione del tributo di registro denota l'assenza di una regola che imponga l'applicazione del trattamento fiscale più oneroso e spicca, viceversa, il rispetto – nella determinazione dell'*an* e del *quantum* del tributo dovuto – dell'autonomia negoziale delle parti così come consacrata in un atto formale. In quest'ottica, cioè, la stipula di un atto di cessione di un ramo di azienda piuttosto che quella di un atto di conferimento della medesima azienda, seguito o meno da una successiva cessione della partecipazione, costituiscono certamente alternative paritetiche e di pari grado, rimesse in quanto tali alla libera scelta del contribuente<sup>206</sup>.

Non può essere sottovalutata, inoltre, la circostanza che il diverso trattamento del conferimento di azienda rispetto alla sua cessione agli effetti del tributo di registro, deriva anche dall'attuazione della normativa comunitaria, e, in particolare, da quella relativa alla tassazione della raccolta dei capitali. Tale normativa, in origine, prevedeva la tassazione proporzionale dei conferimenti e una tassazione ridotta per le operazioni di ristrutturazione, mentre allo stato attuale la Direttiva n. 7 del 2008, prevede la totale detassazione di tali operazioni. Il dato da sottolineare è che le operazioni di ristrutturazione, secondo l'art. 4 della direttiva, comprendono i conferimenti di azienda di per sé intesi, a prescindere dalla circostanza che le quote ottenute a seguito del conferimento siano prima o poi cedute a terzi.

Dal punto di vista propriamente giuridico, inoltre, l'effetto di una cessione diretta di un bene non può ritenersi equivalente a quello di una cessione indiretta, ossia realizzata tramite il trasferimento della partecipazione totalitaria della società che lo possieda. Si tratta di scelte operative che comportano l'adozione di contratti tipici con oggetti diversi (il bene nel primo caso e la partecipazione nel secondo) le quali non possono essere messe in discussione dall'Amministrazione finanziaria nemmeno ai fini

<sup>206</sup> Merita, a scanso di equivoci, evidenziare che questa fattispecie presenta aspetti del tutto diversi dall'ipotesi in cui le vendite di singoli beni, pur se autonome, siano collegate tra di loro per realizzare l'effetto del trasferimento di un ramo di azienda. In questo caso, come già detto (cfr. la nota 89), il collegamento negoziale di questi atti non assume rilevanza di per sé, ma come elemento di prova della presenza di una intesa verbale per la cessione del ramo di azienda, tenuto conto che, come è noto, agli effetti del tributo di registro, rilevano anche i contratti verbali di trasferimento di azienda (cfr. art. 3 del d.p.r. n. 131 del 1986). Sicchè con riguardo a questa fattispecie non c'è neanche bisogno di ricorrere al regime dell'abuso, in quanto essa trova già corretta configurazione nell'ambito della disciplina dell'imposta di registro.

dell'individuazione delle imposte d'atto dovute, poiché tali imposte, come noto, non colpiscono il risultato economico delle attività dei contribuenti, ma colpiscono gli atti stipulati in relazione alla capacità contributiva che essi esprimono.

Non è privo di rilevanza, infine, un aspetto ulteriore di ordine sistematico. Come è noto, l'art. 176, comma 3, del TUIR stabilisce che il conferimento di un ramo di azienda in regime di neutralità fiscale seguito dalla cessione a terzi delle partecipazioni ricevute non integra una condotta abusiva. Certamente non può dirsi che questa previsione sia di per sé valida anche ai fini dell'imposta di registro, tenuto conto che ogni tributo ha principi autonomi e *ratio* non coincidenti. Si può quindi ben ipotizzare che, a fronte di una più mite imposizione di una determinata operazione agli effetti delle imposte sui redditi, il legislatore possa decidere di inasprire il prelievo ai fini dei tributi indiretti. Meno plausibile, tuttavia, è che la qualificazione di non elusività agli effetti di un settore impositivo possa coesistere con un qualificazione in senso opposto agli effetti di un altro. Se così fosse, si dovrebbe assumere che il legislatore, in modo alquanto irrazionale, possa approvare espressamente un determinato percorso negoziale – sancendone la legittimità rispetto ad un tributo e dunque inducendo il contribuente ad attuarlo – e, allo stesso tempo, disapprovare in modo tacito la medesima scelta, disconoscendone gli effetti, con riguardo ad altri profili impositivi. La particolarità è, in altri termini, che questo disconoscimento deriverebbe, non già da una disposizione specifica dell'imposta di registro, ma da una regola di natura residuale, quale quella antiabuso, posta a tutela delle carenze del sistema nelle sue articolazioni normative. Uno scenario del genere ci sembra contrario al più elementare principio di coerenza logica interna che è il cardine di ogni ordinamento normativo.

Tutte queste considerazioni dovrebbero portare a concludere, dunque, che, da un punto di vista logico sistematico, non sia molto ragionevole qualificare come abusive le operazioni di conferimento di azienda e di successiva cessione delle partecipazioni ai fini del tributo di registro. Naturalmente, occorre adesso attendere se ci sarà un'auspicabile evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali.

### *3.7.2. Il conferimento in società preceduto da un finanziamento che grava sui beni conferiti*

Un'altra operazione per la quale è stata fatta applicazione, recentemente, dell'art. 20 e che, ora, potrebbe essere ricondotta nell'alveo delle operazioni abusive soggette all'art. 10 *bis*, è quella consistente nel conferimento a una società di beni immobili gravati da

debiti ipotecari, nei casi in cui tali passività siano state create in prossimità del conferimento.

L'art. 50 del TU. n. 131 del 1986 stabilisce che, in caso di conferimento di immobili o diritti reali immobiliari la base imponibile sia costituita dal valore dei beni o dei diritti conferiti *“al netto delle passività o degli oneri accollati alla società”*. Il soggetto che conferisce l'immobile gravato da una passività di pari importo si trova pertanto ad applicare una imposta di registro assai ridotta sull'atto di conferimento. Di qui il problema di come inquadrare l'ipotesi che, subito prima di effettuare il conferimento di un immobile già posseduto da tempo, si accenda una passività che sia poi fatta oggetto di accollo da parte della conferitaria per *“abbattere”* l'imposta di registro.

In tali situazioni, gli uffici hanno rilevato che il conferimento, in realtà, dovrebbe essere qualificato come compravendita in quanto il finanziamento sarebbe solo uno strumento per consentire il pagamento di un prezzo, tant'è che il conferente acquisisce a titolo definitivo il valore monetario (in tutto o in parte) del bene conferito incamerando l'importo oggetto del finanziamento, della cui restituzione si fa carico la società conferitaria. Volendo analizzare la fattispecie alla luce della norma antiabuso, così come sembra necessario nel contesto attuale, si potrebbe invero ravvisare una violazione della *ratio* della disciplina recata dall'art. 50 sopra ricordato e, dunque, un vantaggio tributario indebito, nella quantificazione della base imponibile del tributo. La finalità, infatti, della regola che consente di tener conto anche delle passività accollate dalla conferitaria sembra essere quella di riconoscere la rilevanza delle passività che afferiscono ai beni conferiti; non quella di poter scomputare tutte le passività che vengono associate al conferimento solo perché la società conferitaria è disposta ad assumersene. Ne consegue che l'accensione di una passività che sia obiettivamente preordinata ad abbattere l'imponibile del tributo di registro nell'ambito di un conferimento di un bene, potrebbe in effetti ritenersi abusiva, in mancanza di ragioni extrafiscali significative che la giustificano.

### 3.7.3. Accesso o conservazione di regimi agevolativi

Fra le fattispecie potenzialmente abusive, potrebbero rientrare i casi in cui una norma agevolativa subordini l'applicazione di un regime di favore – tendente a evitare l'applicazione di imposte *“a cascata”* per i trasferimenti successivi dello stesso bene – alla rivendita del bene acquistato entro un determinato arco temporale. Ad esempio, l'art. 1, comma 1, n. 3 della tariffa allegata al d.p.r. n. 131 del 1986 – non più in vigore dal 2014 – disponeva che gli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni

immobili erano soggetti all'imposta di registro dell'1 per cento se il trasferimento avesse avuto ad oggetto fabbricati o porzioni di fabbricato esenti da IVA ai sensi dell'articolo 10, primo comma, numero 8 *bis*), del d.p.r. n. 633 del 1972, e fosse stato effettuato nei confronti di imprese esercenti, in via esclusiva o principale, attività di rivendita di beni immobili, a condizione che nell'atto l'impresa acquirente avesse dichiarato la sua intenzione di (ri)trasferire gli immobili acquisiti entro tre anni<sup>207</sup>. Si assuma ora che una impresa abbia fruito di questa agevolazione e che, per non perderla, prima della scadenza del triennio effettui il trasferimento dell'immobile nell'ambito di un conferimento del ramo di azienda immobiliare in favore di una società del gruppo scontando l'imposta fissa di registro<sup>208</sup>.

Per stabilire se una condotta di questo tipo, palesemente finalizzata ad evitare la decadenza dalla agevolazione, sia abusiva o meno è determinante verificare quale sia la *ratio* del requisito della rivendita infra-triennale, tenuto conto che il trasferimento della proprietà dell'immobile si può certamente realizzare sul piano formale anche mediante il conferimento in favore di una controllata di una azienda che ricomprenda tra i suoi *asset* anche l'immobile in questione.

Se si ritiene che la *ratio* dell'agevolazione sia quella di favorire il realizzo dell'immobile con applicazione dell'imposta di registro in misura piena entro un determinato orizzonte temporale, evidentemente, non può ritenersi compatibile con questa finalità un mero atto di conferimento di azienda all'interno del gruppo di appartenenza, che in quanto tale sconta l'imposta in misura fissa<sup>209</sup>.

Se invece la *ratio* fosse ricondotta – ma ci sembra meno probabile – alla volontà del legislatore di indurre l'impresa a monetizzare in tempi brevi il valore dell'immobile attraverso un qualsiasi atto di natura dispositiva, questa condizione può forse ritenersi

<sup>207</sup> Analoga agevolazione è ora prevista per gli immobili acquistati da imprese entro il 31.12.2016 in esito ad un'asta giudiziaria. L'art. 16 del d.l. n. 18 del 2016 convertito con modificazioni dalla legge n. 49 del 2016, ha infatti stabilito che gli acquisti in questione siano soggetti ad imposta fissa di registro, ipotecarie e catastali, a condizione che l'acquirente dichiari di voler rivendere l'immobile entro 24 mesi dall'acquisto.

<sup>208</sup> Si veda, in proposito, la sentenza n. 9582 dell'11 maggio 2016 della Cassazione.

<sup>209</sup> Se viceversa si procede al conferimento dell'immobile al di fuori del compendio aziendale e, quindi, come bene singolo, si può discutere, sotto altro profilo, in merito alla necessità che il realizzo del bene avvenga nei confronti di soggetti terzi ovvero anche con una controparte del gruppo. In effetti, però, una volta che si sia convenuto che la *ratio* dell'impegno alla rivendita è quella di pervenire ad una applicazione piena del registro sull'immobile entro l'arco temporale concesso per la sua valorizzazione, è poi indifferente per l'erario che questa piena applicazione del registro derivi da una operazione tra parti indipendenti oppure da una operazione tra società appartenenti al medesimo gruppo.

soddisfatta anche quando la contropartita sia costituita dalle azioni o quote emesse dalla società conferitaria.

In ogni caso, per poter configurare una condotta abusiva, la violazione della *ratio* della norme non è sufficiente e dovrebbe essere, comunque, accompagnata dalla dimostrazione della sussistenza del requisito della mancanza di sostanza economica.

#### **4. Le norme di natura procedimentale**

##### **4.1. Il procedimento applicativo della clausola antiabuso**

Il nuovo art. 10 *bis*, come accennato, interviene anche sugli aspetti procedurali collegati all'applicazione della nuova disciplina antiabuso. Il criterio direttivo della legge delega su questi aspetti era quello di stabilire regole che garantissero un efficace contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria, salvaguardando il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario (art. 5, lett. f, della legge n. 23 del 2014).

L'impostazione seguita dal decreto attuativo è stata, in particolare, quella di fare riferimento al modello di regole già stabilite per l'applicazione della disciplina dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, sia pure con alcune innovazioni di non poco rilievo. Sempre in linea generale, inoltre, il legislatore delegato ha stabilito che le norme procedurali contemplate dall'art. 10 *bis*, commi 5-11, non trovano applicazione con riguardo *“agli accertamenti e ai controlli aventi ad oggetto i diritti doganali di cui all'art. 34 del d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 che restano disciplinati dalle disposizioni degli articoli 8 e 11 del decreto legislativo 8 novembre 1990 n. 374 e successive modificazioni, nonché dalla normativa doganale dell'Unione europea”*. In tal modo si sono volute salvaguardare le regole proprie del diritto doganale che già contemplano, tra l'altro, una procedura di interpello tipico che è regolata da disposizioni di rango comunitario, nonché una fase di contraddittorio preliminare rispetto all'accertamento<sup>210</sup>.

<sup>210</sup> Cfr. la nota 96267/RU del 24 settembre 2015 dell'Agenzia delle dogane. L'interpello tipico comunitario è disciplinato dal Codice Doganale (Reg. UE n. 2913/1992, oggi sostituito dal Reg. UE n. 952/2013) e dai relativi Regolamenti di attuazione con la possibilità per il contribuente di richiedere all'autorità doganale decisioni, informazioni, informazioni tariffarie vincolanti (ITV) e informazioni vincolanti in materia di origine (IVO). Per quanto attiene al contraddittorio preventivo, ai sensi dell'art. 11, comma 4 *bis*, e 12, comma 7, del D.L.vo n. 374 del 1990 l'autorità doganale in sede di accessi, ispezioni e verifiche, come pure in caso di revisione dell'accertamento, deve assegnare al contribuente un termine di 30 giorni per eventuali



Tra gli aspetti che replicano, sostanzialmente, l'assetto dell'art. 37 *bis*, ricordiamo innanzitutto la facoltà del contribuente di proporre apposita istanza di interpello preventivo per conoscere se, a parere dell'Amministrazione finanziaria, l'operazione che il contribuente intende realizzare integri o meno una fattispecie abusiva. In particolare, l'art. 10 *bis*, comma 5, così come risultante dopo la revisione della disciplina degli interpelli operata – sempre in attuazione della delega fiscale – dal D.L.vo n. 156 del 2015, prevede che l'interpello cd. antielusivo possa essere richiesto secondo le modalità previste dall'art. 11, comma 1, lett. c) della legge n. 212 del 2000. L'istanza va dunque presentata in via preventiva<sup>211</sup> e l'Amministrazione ha un termine di 120 giorni per rispondere. La mancata risposta entro il suddetto termine *“equivale a condivisione da parte dell'Amministrazione della soluzione prospettata dal contribuente”* (cd. silenzio assenso). Il termine in questione può essere interrotto dall'Amministrazione in caso di regolarizzazione dell'istanza che sia carente dei suoi elementi essenziali – regolarizzazione che il contribuente è tenuto ad effettuare entro 30 giorni dalla richiesta – ovvero laddove sia necessaria un'integrazione documentale. In quest'ultima ipotesi la risposta dell'Amministrazione va resa entro 60 giorni dal ricevimento dei documenti (art. 4 del D.L.vo n. 156 del 2015)<sup>212</sup>. Il provvedimento 4.1.2016 del Direttore dell'Agenzia delle entrate ha individuato gli organi dell'Amministrazione finanziaria cui indirizzare le istanze di interpello stabilendo che le istanze vanno presentate alle Direzioni Regionali competenti, con l'eccezione delle amministrazioni centrali dello Stato, degli enti non commerciali a rilevanza nazionale, dei soggetti non residenti e dei contribuenti di più grandi dimensioni<sup>213</sup> che devono invece rivolgere le proprie istanze alla Direzione Centrale Normativa. Il provvedimento

osservazioni e richieste. Per più ampi e puntuali riferimenti si rinvia al documento Assonime *Le regole doganali e il commercio internazionale* a cura di MANCUSO, 2016.

<sup>211</sup> Taluno aveva messo in dubbio che l'interpello antiabuso dovesse essere sempre assistito dal requisito della preventività in quanto l'art. 1 del D.L.vo n. 128 del 2015 faceva riferimento non soltanto alle operazioni da realizzare ma anche a quelle “realizzate”. La questione è ormai superata a seguito delle modifiche apportate dal D.L.vo n. 156 del 2015 il quale, tra l'altro dispone che l'istanza di interpello *“deve essere presentata prima della scadenza dei termini previsti dalla legge per la presentazione della dichiarazione o per l'assolvimento di altri obblighi tributari aventi ad oggetto o comunque connessi alla fattispecie cui si riferisce l'istanza medesima senza che, a tali fini, assumano valenza i termini concessi all'amministrazione per rendere la propria risposta”* (art. 2 comma 2).

<sup>212</sup> Il meccanismo di silenzio-assenso operava anche in vigore dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 anche se per la sua formazione erano previsti termini più lunghi. L'art. 21 della legge 413 del 1991 e il d.m. n. 195 del 1997 prevedevano infatti che, dopo lo spirare di 120 giorni dalla presentazione dell'istanza di interpello antielusivo, fosse necessaria una diffida ad adempiere da parte del contribuente ed il decorso di ulteriori 60 giorni.

<sup>213</sup> Sono contribuenti di grandi dimensioni i soggetti con ricavi o fatturato non inferiore a 100 milioni di euro (art. 27, comma 10, del d.l. n. 185 del 2008).

in questione ha anche stabilito che *“in via transitoria fino al 31 dicembre 2017 le istanze in materia di abuso sono presentate direttamente alla Direzione Centrale normativa”* (punto 2.3)<sup>214</sup>. Tra le novità di questa forma di interpello è da segnalare che, poichè la nuova disciplina antiabuso ha un ambito di applicazione esteso alla generalità dei tributi, l'istanza deve comunque precisare quali sono i settori impositivi in relazioni ai quali viene richiesto il parere preventivo dell'Amministrazione finanziaria<sup>215</sup>. Naturalmente, anche l'interpello antiabuso, così come le altre forme di interpello, non ha natura vincolante per il contribuente in caso di risposta negativa.

Al di là della facoltà di proporre istanza di interpello preventivo, il comma 6 dell'art. 10 *bis* specifica che l'abuso del diritto deve essere accertato con apposito atto. Questa previsione – che non era contenuta nell'art. 37 *bis* – come viene osservato nella relazione illustrativa, implica che *“l'apposito atto di accertamento dell'abuso non può contenere altri eventuali addebiti i quali, pertanto, dovranno essere separatamente contestati”*.

Le ulteriori garanzie procedurali introdotte dall'art. 10 *bis* sono legate da un lato – come già accennato nelle considerazioni generali e come vedremo meglio in seguito – alla natura residuale dell'abuso rispetto alle possibili contestazioni di fattispecie evasive e, dall'altro lato, alle peculiarità del procedimento di accertamento dell'abuso per il quale l'art. 10 *bis* ha delineato un percorso specifico da seguire a pena di nullità.

<sup>214</sup> L'Agenzia delle entrate con risoluzione n. 104/E del 15.12.2015 ha risolto in via interpretativa un delicato problema di disallineamento temporale nella decorrenza dei decreti attuativi n. 128 del 2015 e 156 del 2015. L'art. 10 *bis*, comma 5, del D.L.vo n. 128 del 2015, nella versione entrata in vigore con decorrenza 1.10.2015, prevedeva che l'interpello antiabuso dovesse seguire le regole già vigenti per l'art. 37 *bis* (art. 21 della legge n. 413 del 1991 e d.m. 195 del 1997) mentre la nuova versione modificata dal D.L.vo n. 156 del 2015, ma con decorrenza 1.1.2016 contempla una diversa procedura e cioè quella del novellato art. 11 della legge n. 212 del 2000. In proposito l'Agenzia ha ritenuto che, dovendosi attribuire rilievo preminente alla nuova disciplina antiabuso non solo sul piano sostanziale ma anche su quello procedimentale, le istanze presentate dopo il 1.10.2015 in base alle vecchie regole possano essere ripresentate dal contribuente con le modalità e i requisiti dell'art. 11, comma 1, lett. c) della legge n. 212/2000 entro 60 giorni dal ricevimento di apposito avviso.

<sup>215</sup> In particolare, nella circolare n. 9/E del 2016 di commento alla nuova disciplina in materia di interpelli, l'Agenzia delle entrate, ha chiarito che: *“in considerazione della portata generale dell'abuso – riferibile, rispetto al passato, a qualsivoglia operazione (fatti, atti e contratti) e soprattutto a qualsiasi profilo impositivo - le istanze presentate non potranno genericamente limitarsi a chiedere il parere dell'Agenzia in ordine alla abusività di una determinata operazione o fattispecie, ma dovranno declinare, nel dettaglio: - gli elementi qualificanti l'operazione o le operazioni; - il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo; - le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata; - le “valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente”*.

L'art. 10 *bis*, comma 6, dispone innanzitutto che l'Amministrazione finanziaria ha l'obbligo di instaurare un contraddittorio preventivo con il contribuente rispetto all'eventuale atto impositivo basato sulla disciplina antiabuso. In particolare, come già previsto per l'art. 37 *bis* (comma 4), l'avviso di accertamento deve essere preceduto, a pena di nullità, da una richiesta di chiarimenti in cui l'Amministrazione finanziaria è tenuta ad indicare i motivi per i quali ritiene di poter riscontrare una fattispecie abusiva<sup>216</sup>. Il contribuente ha 60 giorni per fornire i chiarimenti richiesti. Il successivo comma 7 stabilisce che la richiesta di chiarimenti deve essere notificata entro il termine di decadenza previsto per l'accertamento e che tale termine deve intendersi comunque prorogato in modo da consentire all'Amministrazione di beneficiare di un arco temporale di almeno 60 giorni per l'emanazione dell'atto impositivo in applicazione della disciplina antiabuso. L'art. 10 *bis* in tal modo riconosce che anche l'Amministrazione deve poter fruire di un termine di almeno 60 giorni dal momento in cui abbia ricevuto i chiarimenti (o dalla scadenza del termine per fornirli) per potere a sua volta formulare correttamente l'atto impositivo.

Sempre a presidio dell'effettività del contraddittorio preventivo, l'art. 10 *bis*, comma 8, impone all'Amministrazione finanziaria – come avveniva in vigore dell'art. 37 *bis* – l'onere di motivare in modo specifico l'atto impositivo, a pena di nullità, non soltanto in relazione ai requisiti costitutivi dell'abuso, ma anche per quanto attiene ai chiarimenti forniti dal contribuente<sup>217</sup>. Al riguardo taluno ha osservato che sarebbe stato più opportuno prevedere non solo che l'atto impositivo debba essere motivato, ma che debba altresì contenere la prova della sussistenza degli elementi costitutivi dell'abuso. Costituisce tuttavia *ius receptum* in materia di accertamento che la dimostrazione della sussistenza o meno degli elementi di prova a sostegno della motivazione possa essere fornita in giudizio, ferma restando la necessità che si tratti di una motivazione esaustiva e che consenta al contribuente di comprendere le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto della contestazione in modo da consentirgli un effettivo esercizio del suo diritto di difesa<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> La particolarità rispetto al passato è che la comunicazione della richiesta deve essere formalmente notificata ai sensi dell'art 60 del d.p.r. n. 600 del 1973 mentre l'art. 37 *bis* contemplava la possibilità di trasmettere la richiesta *“anche per lettera raccomandata”*. La modifica ha un certo rilievo in quanto in passato sembra che alcuni uffici abbiano fatto ricorso a comunicazioni e richieste prive di data certa.

<sup>217</sup> Il comma 8 recita: *“fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6”*. La norma dunque precisa che si deve trattare di chiarimenti giunti entro il termine di 60 giorni, non sussistendo invece alcun onere specifico di motivazione qualora si tratti di chiarimenti non tempestivi.

Il comma 9 dell'art. 10 *bis* fissa la ripartizione degli oneri probatori a carico, rispettivamente, dell'Amministrazione finanziaria e del contribuente stabilendo che gli uffici debbano dimostrare la sussistenza dei presupposti dell'abuso e che il contribuente debba invece dimostrare che ricorrono le ragioni extrafiscali<sup>219</sup>. Questa disposizione, nella sua formulazione letterale, appare *prima facie* contraddittoria, dal momento che da un lato pone l'onere di provare l'abuso – e, quindi, l'elemento della carenza di significative ragioni extrafiscali su cui poggia il requisito della mancanza di sostanza economica – sull'Amministrazione finanziaria e, dall'altro lato prevede che sia il contribuente a doversi far carico dell'onere di dimostrare in positivo che le ragioni extrafiscali sussistono e, quindi, a dover fornire comunque la prova contraria dell'abuso. Il dato testuale della norma non chiarisce quale sia il rapporto tra questi oneri contrapposti (e che si elidono) in caso di *res dubia*, vale a dire se le conseguenze negative della mancata dimostrazione della sussistenza o meno di valide ragioni extrafiscali debbano ricadere sul contribuente o sull'Amministrazione. Senonchè, a noi sembra che il legislatore dell'art. 10 *bis* non abbia inteso derogare ai principi generali del processo tributario in base ai quali l'Amministrazione finanziaria è pur sempre l'attore in senso sostanziale su cui incombe l'onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa. Se questo è vero, è da ritenersi che l'Amministrazione sia l'unico soggetto tenuto a dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'abuso e che il contribuente abbia solo l'onere di proporre le sue difese prendendo posizione sulle ragioni giuridiche e sui fatti addotti dall'Amministrazione a fondamento della propria pretesa<sup>220</sup>.

<sup>218</sup> Non è mancato chi ha fatto notare che, testualmente, il comma 8 evidenzia la necessità di dimostrare la condotta elusiva, le norme o i principi elusi e i vantaggi tributari indebiti ma non menziona il requisito della essenzialità (CONTRINO-MARCHESELLI, in *Corr. Trib.* 2016, 15 e ss.). In realtà questo profilo e cioè la dimostrazione che il vantaggio sia essenziale è già insito nella qualificazione della condotta come abusiva, dal momento che, come si evince dal successivo comma 9, per poter qualificare in questo modo la condotta devono ricorrere tutti gli elementi costitutivi dell'abuso.

<sup>219</sup> Ai sensi del comma 9 *"l'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3"*.

<sup>220</sup> Alcuni autori hanno osservato che la norma non sarebbe contraddittoria in quanto lungi dall'introdurre una regola di giudizio rispetto alle medesime circostanze, si riferirebbe a due dimostrazioni di diversa natura, ponendole rispettivamente a carico del contribuente e dell'Amministrazione finanziaria. Mentre l'Amministrazione, attraverso l'esercizio dei propri poteri istruttori deve giungere a ricostruire i presupposti dell'abuso sulla base di parametri di normalità secondo l'*id quod plerumque accidit*, il contribuente potrebbe a sua volta confutare le affermazioni dell'Amministrazione ovvero fornire ulteriori giustificazioni che sono nella sua conoscenza e disponibilità, per dimostrare che il vantaggio tributario non è essenziale. In quest'ottica, i due oneri opererebbero su piani distinti (CONTRINO-MARCHESELLI, in *Corr. Trib.* 2016, 15 e ss.). In apparenza, si tratta della riproposizione sul piano procedimentale della tesi già presa in esame della delimitazione del rapporto tra il requisito della mancanza di sostanza economica del comma 1

L'aspetto da rimarcare, in ogni caso è che, al di là della formulazione del comma 9, il contribuente può certamente opporsi all'accertamento contestando la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'abuso senza doversi limitare solo alla eccezione della sussistenza di ragioni extrafiscali non marginali. In altri termini, la statuizione sugli oneri probatori non è certamente diretta a limitare il diritto di difesa del contribuente, che può quindi ben esplicarsi a tutto campo in sede di impugnativa dell'accertamento secondo le ordinarie regole processuali<sup>221</sup>.

Proseguendo nell'analisi, spicca, invece, nel testo del nuovo art. 10 *bis*, comma 9, una particolare locuzione: la sussistenza della condotta abusiva, che deve essere dimostrata dall'Amministrazione finanziaria, "non" è "rilevabile d'ufficio". Come già osservato nel paragrafo delle considerazioni generali (cfr. il par. 1), il divieto di applicare d'ufficio la clausola antiabuso risponde alla finalità di preservare l'effettività del contraddittorio tra Amministrazione e contribuente sull'abuso e di tener conto della natura impugnatoria del processo tributario, in cui il *thema decidendum* è delimitato dalla motivazione dell'accertamento e dalle eccezioni fatte valere dal contribuente nel proprio ricorso<sup>222</sup>. Va solo aggiunto che, secondo qualche commentatore, la combinazione tra l'obbligatorietà del particolare procedimento di accertamento disciplinato dall'art. 10 *bis* e il divieto di rilevanza di ufficio consentirebbe al contribuente di invocare l'abuso alla stregua di un argomento difensivo. In particolare, in presenza di una pretesa tributaria fondata su un'asserita fattispecie di evasione si potrebbe eccepire in giudizio che in realtà si trattava di abuso senza incorrere in particolari conseguenze negative, tenuto conto che il potere di accertamento dell'Amministrazione dovrebbe ritenersi ormai già consumato. Al riguardo, tuttavia, altri hanno obiettato che il divieto di rilevanza d'ufficio dell'abuso non impedisce al giudice

---

e le ragioni extrafiscali del comma 3 dell'art. 10 *bis*.

Si è però replicato, in proposito, che il comma 9, nel porre testualmente un onere probatorio a carico del contribuente, allude chiaramente, anche se in modo non del tutto appropriato, ad una regola destinata ad operare in giudizio. Il piano, perciò, non può che essere lo stesso ed è quello comune della medesima controversia *sub iudice*. D'altra parte, è difficile pensare che quando l'Amministrazione contesti che il vantaggio indebito è essenziale e che l'operazione non produce effetti extrafiscali significativi, la dimostrazione da parte del contribuente delle valide ragioni economiche possa essere qualcosa di diverso dalla confutazione di questa affermazione, il che fa emergere la criticità sotto il profilo tecnico della formulazione della norma.

<sup>221</sup> Sembra cioè logico ritenere che, anche nelle controversie aventi ad oggetto l'abuso del diritto, rimangano fermi nel processo i principi generali e cioè i ruoli di attore in senso sostanziale dell'Amministrazione finanziaria e di convenuto per il contribuente con i rispettivi oneri probatori e le relative conseguenze in caso di *res dubia*.

<sup>222</sup> Su questo delicato punto, perciò, rinviando alle considerazioni già ampiamente svolte (cfr. par. 1.4. note 46 e 47)

di prendere in considerazione la sussistenza o meno dell'abuso quando questo argomento venga introdotto dal contribuente, sia pure a scopo difensivo. Secondo questa tesi, se è vero infatti che il processo tributario è un giudizio di impugnazione-merito, non si può escludere che la fattispecie nel merito possa essere qualificata come una condotta abusiva laddove sia lo stesso contribuente a sostenerlo.

Sotto altro profilo, il comma 10 dell'art. 10 *bis* conferma un'altra regola di grande rilievo sul piano procedimentale. I maggiori tributi accertati in base alla nuova disciplina antiabuso sono posti in riscossione solo dopo la sentenza di primo grado, in ossequio all'art. 68 del D.L.vo n. 546 del 1992 e, per quanto riguarda le sanzioni, all'art. 19, comma 1, del D.L.vo n. 472 del 1997. In virtù di questa disposizione i tributi accertati e gli interessi sono riscossi per i due terzi dopo la sentenza di primo grado della Commissione tributaria provinciale che ne confermi la debenza, e per la parte residua dopo quella della Commissione tributaria regionale. Le stesse modalità di riscossione sono previste per le sanzioni amministrative<sup>223</sup>. L'assenza di una riscossione provvisoria in pendenza della sentenza di primo grado disattiva altresì il regime ordinario di esecutività dell'accertamento ai fini delle imposte sui redditi, IVA ed IRAP (art. 29 del d.l. n. 78 del 2010), nel senso che non opera la regola secondo cui l'accertamento ha efficacia esecutiva parziale anche in caso di impugnativa (cfr. *in terminis*, con riguardo al previgente art. 37 *bis*, la nota dell'Agenzia delle entrate 2011/141776 del 30.9.2011).

Sempre in linea con le previsioni dell'abrogato art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 il comma 11 dell'art. 10 *bis* prevede che i soggetti diversi rispetto a quelli che hanno subito la contestazione possono chiedere il rimborso dei tributi assolti in base alle operazioni disconosciute entro un anno dal momento in cui l'accertamento è divenuto definitivo (o è stato oggetto di adesione o conciliazione giudiziale) mediante istanza all'Agenzia delle entrate che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi<sup>224</sup>. Naturalmente deve trattarsi di soggetti diversi dai destinatari

<sup>223</sup> L'art. 37 *bis*, comma 6, del d.p.r. n. 600 del 1973 parlava invero dell'iscrizione a ruolo dopo la sentenza della Commissione tributaria provinciale senza menzionare le sanzioni, mentre l'attuale formulazione si limita a richiamare l'art. 68 del D.L.vo n. 546 del 1992 e dell'art. 19 del D.L.vo n. 472 del 1997.

<sup>224</sup> Nel corso dell'iter parlamentare era stato suggerito di modificare questa previsione stabilendo che i soggetti terzi dovessero essere informati dell'avvenuta definizione dell'accertamento mediante apposita comunicazione, dalla cui ricezione avrebbe dovuto poi decorrere il termine annuale per esercitare il diritto al rimborso. Questa osservazione non è stata però recepita in considerazione della difficoltà, in non pochi casi, di identificazione dei terzi interessati, specie in presenza di sequenze di atti o operazioni.



dell'atto impositivo, dal momento che per tali soggetti il recupero d'imposta deve già essere quantificato al netto di quello assolto in applicazione delle operazioni abusive<sup>225</sup>.

Infine, il comma 12 dell'art 10 *bis*, come già accennato, ribadisce la residualità della disciplina antiabuso rispetto alle fattispecie che possono essere ricondotte alla violazione di norme impositive. Al riguardo la norma precisa che *"in sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie"*. Anche in relazione ai motivi di questa previsione rinviando alle osservazioni già svolte nel paragrafo delle considerazioni generali (cfr. par. 1.4). Peraltro, da taluni è stata messa in luce l'eventualità di un utilizzo strumentale in giudizio da parte del contribuente come argomento difensivo. In particolare si è sostenuto che, in presenza di una contestazione di abuso, il contribuente potrebbe validamente eccepire che la fattispecie avrebbe dovuto qualificarsi come evasiva e chiedere l'annullamento dell'accertamento per violazione dell'obbligo di fare ricorso solo in via residuale alla clausola antiabuso. Altri hanno messo in dubbio la validità di questa tesi osservando che il processo tributario è un giudizio di impugnazione-merito che affida al giudice la cognizione del merito del rapporto nei limiti delle ragioni fatte valere dall'Amministrazione e dal contribuente (ivi comprese quelle che presuppongono l'ammissione di una condotta evasiva), sicché il giudice può ben decidere di accogliere la qualificazione della fattispecie in termini di evasione anche quando eventualmente introdotta dalla parte ricorrente. In quest'ottica, si è fatto notare che l'utilizzo come argomento difensivo dell'ammissione di una condotta evasiva potrebbe verosimilmente portare il contribuente ad una soccombenza.

#### **4.2. Le disposizioni di natura procedimentale per le norme antielusive specifiche**

Venendo agli aspetti procedurali relativi alle disposizioni antielusive specifiche, l'art. 1, comma 3, del D.L.vo n. 128 del 2015 – così come integrato dal D.L.vo n. 156 del

<sup>225</sup> Al riguardo, è il caso di evidenziare che i soggetti destinatari dell'atto di accertamento possono essere anche diversi da quelli che hanno materialmente posto in essere l'operazione abusiva. Si pensi al caso in cui, ad esempio, il contribuente aderisca ad un consolidato fiscale, caso in cui il disconoscimento di una operazione ritenuta abusiva si riverbera sulla *fiscal unit* e richiede la contestazione con atto impositivo unico da notificare alla consolidata ed alla consolidante che poi potranno eventualmente instaurare un contenzioso in litisconsorzio tra di loro. In questa fattispecie, evidentemente, il vantaggio tributario oggetto di disconoscimento nell'atto impositivo notificato alla consolidante sarà già quantificato al netto dei tributi versati dalla stessa consolidante. Sotto altro profilo, sembra logico che, in casi come questi, il pieno esercizio del diritto di difesa richieda un coinvolgimento della consolidante (così come della consolidata) non solo al momento dell'emanazione dell'atto impositivo, ma anche prima e, cioè, nella fase del contraddittorio preventivo che si attua con la richiesta di chiarimenti.

2015 – riproduce in un certo qual modo la disciplina dell'abrogato art. 37 *bis* comma 8 del d.p.r. n. 600 del 1973, con la previsione secondo cui *“le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi. A tal fine il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 2 della legge 27 luglio 2000 n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente”*.

L'interpello disapplicativo in parola, tuttavia, è stato sottoposto ad una profonda revisione da parte del D.L.vo n. 156 del 2015 ed ha assunto caratteristiche peculiari assai diverse rispetto al passato. In particolare, come chiarito dall'Agenzia delle entrate nella circolare n. 9/E del 2016, l'interpello disapplicativo delle norme antielusive specifiche, essendo stato concepito come una categoria autonoma rispetto alle altre forme di interpello contemplate dal novellato art. 11, comma 1, della legge n. 212 del 2000<sup>226</sup>, conserva una natura obbligatoria e non facoltativa<sup>227</sup>. Questa obbligatorietà, tuttavia, non è da intendersi nel senso che l'istanza debba necessariamente essere presentata. Secondo la stessa Agenzia la formulazione dell'ultimo periodo dell' art. 11, comma 2<sup>228</sup>, lascia intendere che gli esiti dell'interpello disapplicativo non sono comunque vincolanti per il contribuente. Ne consegue che *“la presentazione dell'istanza di interpello (in caso di risposta negativa) o la mancata presentazione (pur punita attraverso l'irrogazione di una sanzione “propria”) non pregiudicano, in alcun caso, la possibilità per il contribuente di fornire la dimostrazione della spettanza della disapplicazione anche nelle successive fasi dell'accertamento amministrativo e del contenzioso”* (sottolineatura nostra)<sup>229</sup>. In definitiva, la qualificazione dell'interpello

<sup>226</sup> Le categorie in questione sono quelle dell'interpello ordinario puro e qualificatorio (lett.a), dell'interpello probatorio (lett. b) dell'interpello antiabuso (lett. c).

<sup>227</sup> In questo senso nella circolare n. 9/E del 2016 si fa notare che, letteralmente, il comma 2 dell'art. 11 stabilisce che il contribuente “interpella”, mentre il comma 1 prevede che il contribuente “può interpellare” l'Amministrazione finanziaria.

<sup>228</sup> Secondo cui *“nei casi in cui non sia stata resa risposta favorevole, resta comunque ferma la possibilità per il contribuente di fornire la dimostrazione di cui al periodo precedente anche ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa”*.

<sup>229</sup> Queste parole riprendono un passaggio della relazione illustrativa allo schema di D.L.vo n. 156 del 2015 in cui si precisa, analogamente, che *“la presentazione dell'istanza di interpello o la mancata presentazione non pregiudicano, in alcun caso, la possibilità per il contribuente di fornire la dimostrazione della spettanza della disapplicazione anche nelle successive fasi dell'accertamento amministrativo e del contenzioso”*. Al riguardo l'Agenzia aggiunge che *“la peculiarità delle istanze di interpello disapplicativo risiede, infatti, nella imprescindibilità della segnalazione da parte del contribuente, mediante la presentazione di un'istanza di interpello, di trovarsi nella situazione descritta dalla norma di cui si chiede la disapplicazione (presidiata da un'autonoma sanzione, come si vedrà di seguito al par. 8), ma non dalla*

come interpello di natura obbligatoria non attiene al merito della spettanza della disapplicazione – che può prescindere anche dal preventivo esame della fattispecie da parte dell'Amministrazione – ma si esplica ai soli fini della irrogazione della sanzione prevista dal nuovo art. 11, comma 7 *ter* del D.L.vo n. 471 del 1997, secondo cui la mancata presentazione dell'istanza, in presenza di interpelli di natura obbligatoria, è punita con una sanzione amministrativa da 2 mila a 21 mila euro<sup>230</sup>.

Ciò posto, la risposta all'istanza di interpello, ove presentata<sup>231</sup>, deve essere resa entro il termine di 120 giorni (cfr. art. 11, comma 3, della legge n. 212 del 2000), così come previsto per il caso di interpello antiabuso. Inoltre, diversamente da quanto avveniva in passato, l'assenza di una risposta da parte dell'Amministrazione nel termine anzidetto viene equiparata ad un'approvazione implicita della soluzione prospettata dal contribuente con il meccanismo del silenzio assenso. Qualora, viceversa, sia stata fornita una risposta negativa, è possibile impugnare la risposta in questione *“unitamente all'atto impositivo”* e, cioè, in via differita (art. 6, comma 2, del D.L.vo n. 156 del 2015)<sup>232</sup>.

La nuova configurazione dell'interpello disapplicativo delle norme antielusive specifiche, fin qui descritta nei suoi tratti essenziali, ha sollevato non poche perplessità che sono state evidenziate nel corso dell'iter di approvazione del D.L.vo n. 156 del 2015 non soltanto da Assonime<sup>233</sup>, ma anche da parte della dottrina più avvertita. Secondo l'impostazione tradizionale le norme antielusive speciali sono norme che, per scelta del legislatore, hanno natura sostanziale e costituiscono a tutti gli effetti regole di determinazione della base imponibile. La scelta del D.L.vo n. 156 del 2015 di stabilire che il contribuente possa disapplicare in via autonoma queste norme sostanziali senza un preventivo esame da parte dell'Amministrazione si risolve, obiettivamente, in una minore garanzia per l'erario<sup>234</sup>. Per di più la categoria delle norme antielusive specifiche è una categoria aperta e non ben definita che potrebbe prestarsi a difforni

---

*cogenza della risposta, circostanza che risulta pienamente coerente con la funzione, la natura e le regole istruttorie dell'interpello”.*

<sup>230</sup> La misura della sanzione è raddoppiata quando l'amministrazione, in sede di accertamento, disconosca la spettanza della disapplicazione.

<sup>231</sup> Gli organi competenti su queste istanze sono le Direzioni regionali, fatta salva la competenza della Direzione Centrale in caso di istanza presentata da Amministrazioni centrali dello Stato ed enti pubblici a rilevanza nazionale, da soggetti non residenti, ovvero da soggetti di più rilevante dimensione (con volume di affari o ricavi non inferiori a 100 milioni di euro).

<sup>232</sup> Qualora sia stata resa una risposta all'interpello disapplicativo, l'accertamento deve comunque essere preceduto, a pena di nullità, da un contraddittorio preventivo simile a quello previsto per la clausola antiabuso (art. 6, comma 2, del D.L.vo n. 156 del 2015).

<sup>233</sup> Cfr. la circolare Assonime n. 26 del 2015.

interpretazioni, e ciò potrebbe indurre qualche contribuente a ritenere di poter disapplicare di propria iniziativa precetti normativi di ogni tipo in virtù della loro ipotetica valenza antielusiva<sup>235</sup>. Per questi motivi, da più parti si auspica un ripensamento di questa materia.

## 5. Gli aspetti sanzionatori

<sup>234</sup> Si è osservato, in proposito, che questa scelta legislativa avrebbe di fatto trasformato le norme antielusive speciali da norme di natura sostanziale a norme di natura procedimentale, ossia in disposizioni che hanno la mera valenza di presunzioni relative di una fattispecie di abuso (cfr. ESCALAR in *Corr. Trib.* 2016, 1215 e ss.). Nel contesto normativo previgente era invece pacifico che le norme in questione avessero natura precettiva in considerazione del fatto che l'art. 37 *bis*, comma 8, del d.p.r. n. 600 del 1973 consentiva di disapplicarle solo in presenza di una risposta positiva all'istanza di interpello. Altri autori (cfr. GALLO, in *Rass. Trib.* 2015, 1315 e ss.) hanno criticato anche il meccanismo di tutela differita di fronte all'eventuale risposta negativa, osservando che o ci troviamo di fronte ad un atto autoritativo soggetto ad impugnativa immediata o ad un atto che non è autoritativo e che dunque non sarebbe impugnabile neanche in via differita. In realtà l'impugnativa "unitamente all'atto impositivo" sembra forse alludere al fatto che quest'ultimo possa essere motivato *per relationem* con rinvio alla risposta negativa disattesa dal contribuente e che l'impugnativa dell'atto impositivo assorba, quindi, la contestazione di questa risposta.

Sotto altro profilo, è da segnalare che alcune delle fattispecie che in precedenza ricadevano nell'ambito applicativo dell'art. 37 *bis*, comma 8, del d.p.r. n. 600 del 1973 sono oggi confluite nella categoria eterogenea del cd. interpello probatorio (art.11, comma 1 lett. b) della legge n. 212 del 2000), ossia dell'interpello che riguarda istanze dirette alla verifica della sussistenza delle condizioni di accesso ad un determinato regime fiscale come, ad esempio, gli interpelli sulle CFC, sulla continuazione del consolidato e della trasparenza. In questo ambito sono stati ricondotti, altresì, gli interpelli disapplicativi di disattivazione della disciplina antielusiva in tema di ACE (art. 10 del d.m. 14.3.2012) e gli interpelli disapplicativi della disciplina in tema di società di comodo e in perdita sistematica (art. 30 della legge 724 del 1994). Da questa collocazione discendono due conseguenze. Da un lato la natura facoltativa ad ogni effetto di questi interpelli comporta che la risposta non possa essere oggetto di impugnativa neanche in via differita. Dall'altro lato, che in caso di mancata segnalazione in dichiarazione degli elementi richiesti non si applichi la sanzione dell'art. 11 del D.L.vo n. 471 del 1997 ma, eventualmente, le sanzioni specifiche previste dall'art. 8 del D.L.vo n. 471 del 1997, ferma restando la possibilità (esclusa per il cd. interpello obbligatorio) di avvalersi del ravvedimento operoso.

<sup>235</sup> Si pensi all'ipotesi di un contribuente che ritenga di poter disapplicare in via autonoma la disciplina del *transfer pricing* in virtù della natura antielusiva che in passato la Cassazione ha talora attribuito a questa disciplina (Cfr. Cassazione n. 11226 del 2007; n. 22033 del 2006; *Contra* le più recenti pronunce come Cassazione n. 10739 del 2013). Naturalmente si tratta di una ipotesi meramente esemplificativa, dal momento che, con gli sviluppi che la disciplina del *transfer pricing* ha avuto – anche attraverso l'introduzione di specifici oneri documentali – è assai dubbio il suo inquadramento in chiave antielusiva. L'Agenzia, da parte sua, nella circolare n.9/E del 2016 osserva che "*caratteristica indefettibile della norma è che la limitazione prevista dalla disposizione risponda ad una finalità antielusiva di tipo sostanziale, frutto di una valutazione preliminare da parte del legislatore di tendenziale ma non sistematica offensività*".

Uno dei punti chiave dell'art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000 è il nuovo regime sanzionatorio delle condotte abusive.

**5.1.** Questo tema, come noto, era stato già lungamente dibattuto in dottrina con riferimento all'art. 37 *bis*. In favore della tesi dell'inapplicabilità delle sanzioni si era osservato che il comma 6 del citato art. 37 *bis*, consentiva testualmente l'iscrizione a ruolo dopo la sentenza di primo grado di imposte ed interessi senza menzionare le sanzioni. Sempre a sostegno di questa tesi altri avevano aggiunto che l'art. 37 *bis* costituiva una norma di natura procedimentale rivolta all'amministrazione finanziaria e non al contribuente, che non era obbligato né era in grado di tenerne conto. Conseguentemente, la dichiarazione che fosse risultata eventualmente in contrasto con il citato art. 37 *bis* non avrebbe potuto qualificarsi alla stregua di una dichiarazione infedele e dar luogo alle relative conseguenze sanzionatorie. Sul fronte opposto, e cioè in favore della punibilità della elusione, era stata sviluppata la tesi della natura sostanziale dell'art. 37 *bis*, che avrebbe imposto al contribuente di conformarsi agli effetti derivanti dall'inopponibilità della condotta elusiva, presidiando questo obbligo con l'applicazione delle sanzioni per infedele dichiarazione. In tal senso si osservava altresì che il D.L.vo n. 471 del 1997 prevedeva l'automatica applicazione delle sanzioni nel caso in cui l'imponibile e/o l'imposta dichiarati fossero risultati inferiori rispetto a quelli accertati.

La giurisprudenza era giunta dapprima ad affermare che la condotta abusiva non potesse condurre *“mai all'irrogazione di sanzioni, per le quali è necessario un fondamento chiaro e univoco”* (in conformità alle indicazioni della Corte di Giustizia C-255/02 *Halifax*), mentre in un secondo momento aveva ritenuto che tale riferimento normativo fosse presente nel nostro ordinamento essendo racchiuso tanto nell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, quanto nella stessa disciplina delle sanzioni amministrative tributarie (D.L.vo n. 471 del 1997), a mente della quale ciò che conta è il

---

*del fatto. In tali casi appare del tutto ovvio che il contribuente possa non incorrere nella penalizzazione prevista dalla legge dimostrando che l'effetto elusivo (temuto dal legislatore) non si produce nel caso di specie. Diverso è il caso delle norme, non infrequenti nel sistema, fondate su predeterminazioni e forfezzazioni dotate di valenza sistematica e, come tali, insensibili ad eventuali dimostrazioni da parte del contribuente”. A titolo esemplificativo, l'Agenzia menziona “l'articolo 84 e l'art. 172 del TUIR ed, in generale, le disposizioni che limitano l'utilizzo delle perdite anche in caso di operazioni straordinarie, l'articolo 109 TUIR per i fenomeni di dividend washing (come risulta peraltro pacificamente confermato dall'espresso riferimento all'interpello di cui all'articolo 11, comma 2, in seno alle citate disposizioni per effetto delle modifiche introdotte dall'articolo 7 del decreto), la disposizione di cui all'articolo 10, comma 6, lettera e) del decreto legislativo 460 del 1997”. Al contempo, l'Agenzia esclude altresì dall'ambito delle norme antielusive specifiche le regole che attengono alla residenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche che sono dettate a presidio di fenomeni di fittizio trasferimento della residenza.*

mancato versamento delle imposte, indipendentemente dal fatto che esso discenda dalla violazione o dall'elusione/abuso di norme impositive (cfr. Cassazione n. 25537 del 2011 o n. 2234 del 2013). Come già ricordato, la Cassazione ha poi ritenuto di poter affermare la punibilità dei comportamenti abusivi/elusivi anche sul piano penale (oltre che su quello amministrativo). In tal senso la Corte regolatrice ha introdotto la ben nota distinzione tra la rilevanza penale delle fattispecie riconducibili all'art. 37 *bis*, comma 3, del d.p.r. n. 600 del 1973 e l'irrilevanza penale delle ipotesi di abuso "innominato" (Cassazione n. 19100 del 2013 e n. 33187 del 2013; Cassazione n. 15186 del 2014).

Il D.L.vo n. 128 del 2015 prende posizione su questo tema controverso con una soluzione che conferma l'applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie e, al contempo – come già più volte evidenziato – esclude che le condotte abusive possano dar luogo a fatti penalmente rilevanti<sup>236</sup>. La relazione illustrativa al decreto, in proposito, precisa che la non punibilità dell'abuso sul piano penale è una conseguenza della configurazione dello stesso abuso come figura residuale e di chiusura dell'ordinamento che, in quanto tale, va tenuta ben distinta dalle ipotesi di simulazione, falsità e frode che – soprattutto nell'ambito della riforma del sistema delle sanzioni penali tributarie – contraddistinguono le condotte criminose. Così come, in termini più generali, le fattispecie di abuso, stando ai criteri dell'art. 5 della legge delega devono essere identificate e, quindi, trattate anche sul piano sanzionatorio in modo distinto rispetto alle fattispecie di evasione, tenuto conto della diversa gravità tra *“le condotte che integrano una violazione diretta di disposizioni normative e quelle che ne aggirano la ratio”* (cfr. la relazione illustrativa).

Viceversa, l'esclusione della punibilità penale non è stata estesa alle sanzioni amministrative, le quali rimangono applicabili anche in presenza di condotte abusive e non evasive. Si è così tenuto conto, stando a quanto riporta la relazione, sia della volontà emersa nell'ambito dei lavori parlamentari della legge delega di non considerare totalmente irrilevanti sotto il profilo sanzionatorio i fenomeni di abuso<sup>237</sup>, sia dell'esigenza di continuare a reprimere le condotte elusive, in quanto considerate "indesiderate dall'ordinamento", attraverso l'effetto deterrente correlato all'irrogazione delle sanzioni.

<sup>236</sup> Più precisamente il comma 13 dell'art. 10 *bis* recita: *“Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie”*.

<sup>237</sup> Nel corso dei lavori parlamentari relativi alla legge delega (n. 23 del 2014) furono, infatti, respinti gli emendamenti volti ad escludere *in toto* la rilevanza dell'abuso ai fini sanzionatori.



Questa residua rilevanza dell'abuso sul piano delle sanzioni amministrative è stata giudicata irragionevole da una parte della dottrina con vari argomenti<sup>238</sup>. In primo luogo, è stato osservato che le sanzioni amministrative tributarie avrebbero natura afflittiva non dissimile dalle sanzioni penali di talchè non si giustificerebbe che l'abuso possa risultare irrilevante per queste ultime e non anche per le prime. In secondo luogo, si è fatto notare che se è vero che l'evasione e l'abuso costituiscono fenomeni diversi e non sovrapponibili, non sarebbe possibile estendere alle fattispecie di abuso le sanzioni previste per l'evasione, vuoi perché il contribuente si trova nell'impossibilità materiale e, comunque, non è tenuto a disconoscere autonomamente gli effetti delle operazioni che ha realizzato, vuoi perché si violerebbe il principio costituzionale di riserva di legge posto che l'ordinamento contempla sanzioni amministrative per casi diversi rispetto all'abuso e cioè per le fattispecie di evasione (art. 25 Cost). In senso contrario, altri hanno replicato che nel nostro ordinamento, come è noto, le società con personalità giuridica rispondono direttamente delle sanzioni amministrative per le violazioni compiute dai propri amministratori in quanto ritenute beneficiarie dei relativi effetti (cfr. l'art. 7 del d.l. n. 269 del 2003), mentre le sanzioni penali colpiscono sempre l'autore dell'illecito. In quest'ottica, le sanzioni amministrative e quelle penali già risponderebbero a modelli non del tutto coincidenti. Quanto all'incongruenza rispetto alla distinzione tra evasione ed elusione, si è poi fatto notare che l'applicazione della clausola antiabuso si risolve comunque nell'accertamento di un maggior tributo e che gli elementi differenziali riguardano semmai le caratteristiche della condotta e non certamente l'effetto ultimo della dichiarazione e del versamento di una minore imposta rispetto a quella altrimenti dovuta<sup>239 240</sup>. In quest'ottica – si osserva – non può dirsi che le norme attuali non prendano in considerazione questo risultato.

In ogni caso, al di là di queste considerazioni, la depenalizzazione dell'abuso, come già osservato nel paragrafo delle considerazioni generali (cfr. il par. 1.4), trova una sua giustificazione non solo e non tanto come corollario dell'alterità rispetto alla evasione, ma è fondata anche sulla complessiva scelta di depenalizzare le fattispecie di evasione

<sup>238</sup> Cfr. RUSSO, *Dir. e prat. trib.* 1/2016, 10001 e ss; BEGHIN, *Il fisco* 2015, 2207 e ss.

<sup>239</sup> Del resto, estremizzando l'obiezione si dovrebbe sostenere che l'abuso non solo non sarebbe sanzionabile ma non sarebbe neanche accertabile dal momento che la disciplina relativa agli atti di accertamento è anch'essa calibrata sui fenomeni evasivi.

<sup>240</sup> Come già accennato, infine, nel paragrafo relativo alle considerazioni generali (cfr. la nota 26), quello della materiale impossibilità di adeguarsi agli effetti sostanziali della clausola antiabuso disconoscendo in dichiarazione gli effetti dell'operazione realizzata, è poi un argomento suggestivo ma – secondo taluni – non dirimente, dal momento che il contribuente che voglia adeguarsi *ex ante* alla clausola antiabuso, semplicemente, si asterrà dal porre in essere la condotta abusiva.

cd. "interpretativa", ossia le ipotesi in cui il maggior tributo risulti dovuto a seguito della errata applicazione di norme impositive e non ad un occultamento dei fatti materiali<sup>241</sup>.

**5.2.** Un tema di non poco momento è quello del rapporto tra l'irrilevanza sul piano penale della condotta abusiva, sancita dal nuovo art. 10 *bis*, e l'eventuale obbligo da parte dei verificatori di inoltrare comunque la *notitia criminis* all'autorità giudiziaria penale.

Il problema si pone in quanto, nel contesto previgente, il rapporto tra evasione/abuso ed eventuale rilevanza penale della condotta – nei limiti della cd. "elusione codificata", in cui si riteneva potesse sussistere – era sostanzialmente un rapporto di tipo quantitativo, nel senso che i verificatori si limitavano a constatare il superamento della soglia di punibilità, e dunque, l'eventuale sussistenza della condotta materiale del reato demandando poi all'autorità giudiziaria l'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo specifico. Con la revisione complessiva della disciplina dei reati tributari, attuata con il D.L.vo n. 158 del 2015, la rilevanza penale della condotta è stata circoscritta non solo sul piano quantitativo – con una rivisitazione delle soglie di punibilità – ma anche sotto il profilo qualitativo. Infatti, come abbiamo già avuto modo di rilevare (cfr. il par. 2.2.3) il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 4 del D.L.vo n. 74 del 2000, ha stabilito che non costituiscono fatti di cui tener conto ai fini dell'integrazione del reato di dichiarazione infedele le ipotesi di non corretta classificazione, valutazione, applicazione dei criteri di competenza e inerenza e delle regole di deduzione di elementi passivi reali; le ipotesi, cioè di cd. evasione interpretativa. In questo stesso senso si è mosso il D.L.vo n. 128 del 2015 che, ripetiamo, ha estromesso anche l'abuso dall'area delle fattispecie penalmente rilevanti.

<sup>241</sup> Piuttosto, è il caso di chiedersi se l'applicazione delle sanzioni amministrative codificata dal nuovo art. 10 *bis* sia compatibile con il diritto comunitario per quanto attiene alle condotte aventi ad oggetto tributi armonizzati. Il dubbio nasce dal fatto che in sede UE la Corte di Giustizia, come già rilevato, ha negato che il comportamento abusivo possa dar luogo a sanzioni (cfr. la sentenza *Halifax* C-255/02, par 93 e 94) e che si debba semplicemente ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni poste in essere dal contribuente. Un tema che potrebbe essere sollevato e sul quale la giurisprudenza sarà probabilmente chiamata nuovamente ad esprimersi è quindi quello della eventuale disapplicazione delle sanzioni previste dall'ordinamento interno perché non conformi alle indicazioni della Corte di Giustizia UE. Tuttavia va segnalato che sia nel corso dei lavori preparatori che nella versione definitiva della Direttiva CEE 2016/1164 è stato affermato un principio diverso che sembrerebbe consentire ai singoli Stati membri di qualificare o meno la condotta abusiva come un illecito meritevole di sanzioni. Nel considerando n. 11 viene infatti precisato che "agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di imporre sanzioni nei casi in cui è applicabile la norma generale antiabuso".

Con riguardo proprio all'abuso – ma analoghe considerazioni potrebbero essere svolte a maggior ragione per le fattispecie di cd. evasione interpretativa – vanno, quindi, vagliati i riflessi di questo nuovo approccio sulla *notitia criminis*.

Secondo una prima tesi, nonostante la non punibilità dell'abuso, gli organi verificatori sarebbero comunque tenuti ad informare del fatto i giudici inquirenti, in modo da consentire a questi ultimi di compiere le proprie valutazioni, in piena autonomia, in merito alla sussistenza o meno di una fattispecie di reato. In tal senso si potrebbe osservare che il processo penale è del tutto indipendente dal processo amministrativo-tributario – secondo il cd. principio del “doppio binario” che ha prevalso sull'opposto principio della cd. pregiudiziale tributaria – e che i verificatori, pertanto, non possono escludere che un fatto materiale che sul piano amministrativo viene qualificato in modo da non costituire astrattamente un illecito penale possa, invece, essere ricostruito diversamente e ricondotto ad una fattispecie criminosa da chi ha la specifica competenza di compiere queste valutazioni. In quest'ottica, in particolare, la denuncia della condotta abusiva potrebbe essere propedeutica ad una eventuale indagine in merito alla sussistenza di una simulazione degli atti o dei negozi – ove sia possibile acquisire la prova dell'esistenza di una volontà difforme rispetto a quella manifestata – come pure all'accertamento di un eventuale reato di falso di bilancio.

Questa prospettazione, tuttavia, non appare convincente sotto vari profili. In primo luogo, va ricordato che la Corte Costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 247 del 2011 in merito alla disciplina del cd. raddoppio dei termini per l'accertamento allora vigente – che si basava sulla sussistenza di una violazione per la quale fosse configurabile un obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 331 c.c.p. – ha avuto modo di precisare che *“per costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, tale obbligo sussiste quando il pubblico ufficiale sia in grado di individuare con sicurezza gli elementi del reato da denunciare (escluse le cause di estinzione o di non punibilità, che possono essere valutate solo dall'Autorità giudiziaria), non essendo sufficiente il generico sospetto di una eventuale attività illecita (ex plurimis, sentenze della Cass. pen. n. 27508 del 2009; n. 26081 e n. 15400 del 2008; n. 1244 del 1985; n. 6876 del 1980; n. 14195 del 1978)”*. Il nostro ordinamento cioè non ammette la denuncia di un fatto non circostanziata e/o non corrispondente con quanto lo stesso verificatore abbia riscontrato<sup>242</sup>. Ne consegue che quando in sede di accertamento si contesti un'ipotesi

<sup>242</sup> Caso diverso è quello in cui siano stati riscontrati gli elementi oggettivi della condotta materiale e si tratti di valutare la sussistenza o meno dell'elemento psicologico o di cause di non punibilità o di estinzione del reato, aspetti che sono rimessi all'apprezzamento esclusivo dell'autorità giudiziaria (così anche la circolare n. 331248/15 del Comando generale della Guardia di Finanza del 10.11.2015).

di abuso, escludendo al contempo che ricorrano gli estremi di una simulazione o di una frode, questo inquadramento del fatto non appare compatibile con la formulazione di una denuncia ex art. 331 c.p.p. perché l'abuso, per definizione, si colloca al di fuori dei fatti penalmente rilevanti e, cioè, non realizza gli elementi "tipizzanti" del reato. Come pure, per evidenti ragioni di coerenza logica, non sembra possibile che il medesimo verificatore possa inquadrare una determinata fattispecie come simulazione o frode, ai fini penali, e come abuso, ai fini amministrativi<sup>243</sup>.

Sul piano pratico, poi, è chiaro che, ragionando diversamente, e, cioè, ipotizzando un automatismo nella trasmissione della denuncia anche in presenza di un fatto non penalmente rilevante come l'abuso, risulterebbe del tutto snaturata la finalità originaria dell'intervento di revisione del sistema penale tributario, il cui intento era quello di circoscrivere *"l'area di intervento della sanzione punitiva per eccellenza – quella penale – ai soli casi connotati da un particolare disvalore giuridico"* in modo da garantire *"una più efficace risposta della magistratura"* (cfr. la relazione illustrativa al D.L.vo n. 158 del 2015). L'ipotesi di una trasmissione di *notitiae criminis* "in bianco", cioè, oltre ad essere deleteria per i contribuenti in primo luogo sul piano reputazionale, appare contraddittoria anche con la finalità complessiva di contrastare gli illeciti tributari con una risposta proporzionata da parte dell'ordinamento<sup>244</sup>.

Di fatto, sembra tuttavia che, allo stato, la posizione degli uffici verificatori sia quella di procedere comunque alla trasmissione della *notitia criminis*. Probabilmente questo indirizzo operativo si basa sulla constatazione che il tema non è stato affrontato, né chiarito, dal legislatore della riforma e che, in assenza di indicazioni normative precise, la mancata trasmissione della denuncia di un fatto suscettibile di essere valutato come penalmente rilevante dall'autorità giudiziaria potrebbe esporre ad eventuali profili di responsabilità<sup>245</sup>.

<sup>243</sup> Analogo ragionamento dovrebbe valere per le contestazioni contenute in un processo verbale di constatazione. Anche in questa ipotesi non è plausibile che il rilievo in cui si ipotizzi una condotta abusiva possa legittimare la trasmissione di una *notitia criminis* che presuppone il riscontro di un fatto materiale tutto diverso (di simulazione, frode ecc.).

<sup>244</sup> La relazione sottolinea l'esigenza di attribuire un rilievo primario alla *"predeterminazione delle condotte illecite, alla certezza della misura sanzionatoria, alla rapidità dei tempi di irrogazione della sanzione ed alla percezione della pena come risposta adeguata, non vessatoria né di carattere espropriativo"*.

<sup>245</sup> A questa tematica della *notitia criminis* si collega anche quella del nuovo reato di cd. auto riciclaggio. Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 648 *ter* 1 c.p. il reimpiego in attività economiche di utilità derivanti da reati non colposi, ivi compresi i reati fiscali, può integrare in talune ipotesi la nuova figura del reato di auto riciclaggio che in molti casi rischia di cumularsi e/o sovrapporsi con quella del reato presupposto. La fattispecie dell'art. 648 *ter* 1 c.p. è stata poi inclusa nel novero di quelle rilevanti ai sensi dell'art. 25 *octies* del D.L.vo n. 231 del 2001, con la conseguenza che, secondo la tesi prevalente, anche i reati fiscali, sia

**5.3.** Sotto altro profilo, sempre in merito al nuovo regime sanzionatorio dell'abuso, la relazione illustrativa al D.L.vo n. 128 del 2015 fornisce altre indicazioni di rilievo.

In merito alle sanzioni amministrative, la relazione fa presente che la loro applicazione presuppone comunque la sussistenza dell'elemento psicologico (doloso o colposo) richiesto per poter configurare la colpevolezza dell'autore della violazione (cfr. l'art. 5 del D.L.vo n. 472 del 1997). Poiché, come abbiamo visto, l'abuso si configura in presenza di un vantaggio indebito conseguito attraverso operazioni prive di sostanza economica, si intende così sottolineare che l'applicazione delle sanzioni è subordinata alla sussistenza di un *quid pluris* e, cioè, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa del soggetto agente. Questa affermazione, naturalmente, va coordinata con il fatto che per le società od enti muniti di personalità giuridica, come sopra ricordato, la sanzione non colpisce l'autore della violazione ma il soggetto che ne abbia tratto beneficio, ossia l'ente stesso (cfr. l'art. 7 del d.l. n. 269 del 2003, tuttora in vigore)<sup>246 247</sup>.

Quanto alle sanzioni penali, la relazione puntualizza che rimarrebbe comunque ferma la punibilità delle condotte che si risolvono nella violazione di disposizioni specifiche

---

pure indirettamente – e cioè come reati presupposto dell'autoriciclaggio – sembrerebbero idonei a dar luogo alla responsabilità amministrativa degli enti. Per approfondimenti su questo tema si veda il pregevole contributo di CORDEIRO GUERRA, in *Rass. Trib.* 2016, 316 e ss.

<sup>246</sup> In merito all'effettiva portata dell'art. 7 si fronteggiano, come è noto, varie tesi interpretative. Secondo una prima ricostruzione la norma avrebbe inteso fissare un criterio di responsabilità, sia della violazione che del pagamento della sanzione pecuniaria, basato sul cd. principio del beneficio oggettivo del tutto scollegato rispetto al principio personalistico che permea il D.L.vo n. 472 del 1997. Chi sostiene questa tesi evidentemente considera irrilevante l'atteggiamento psicologico dell'autore della violazione (amministratore, dipendente o rappresentante legale o negoziale) ai fini dell'irrogazione della sanzione. Altri autori, invece, ritengono che, pur nel nuovo contesto, la violazione sia ancora riconducibile al fatto compiuto dall'amministratore o legale rappresentante e che l'applicazione delle sanzioni alle persone giuridiche presupponga, quindi, l'imputabilità del fatto al suo autore materiale in base alle regole ordinarie del D.L.vo n. 472 del 1997. In questo secondo senso si è, in effetti, espressa l'Agenzia delle Dogane nella nota n.1949/IV del 13 luglio 2005 ove si richiama un conforme parere dell'Avvocatura generale dello Stato.

<sup>247</sup> Inoltre, per quanto la relazione non ne faccia cenno, è da ritenersi pacifico che le sanzioni amministrative non trovano applicazione anche in un'altra ipotesi e, cioè, quando il contribuente si sia attenuto alle indicazioni fornite dall'Agenzia delle entrate sulla non ricorrenza dell'abuso contenute in documenti di prassi (cfr. la circolare dell'Agenzie delle entrate n. 26/E del 2016 in cui si afferma che il cambiamento di destinazione di un immobile finalizzato ad avvalersi della disciplina di assegnazione agevolata ai soci costituisce un'ipotesi di legittimo risparmio di imposta). In tal senso depone l'art. 10 comma 2 della legge n. 212 del 2000, a mente del quale *“non sono irrogate sanzioni qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima”*. Ancora diversa è poi l'ipotesi in cui il contribuente si sia eventualmente attenuto alla risposta ad un interpello, nel qual caso l'atto impositivo o sanzionatorio che risulti difforme dalla risposta è nullo (cfr. l'art. 11, comma 3 della legge n. 212 del 2000).

che abbiano finalità antielusive<sup>248</sup>. La relazione sembra cioè aderire alla tesi secondo cui la violazione di norme con finalità antielusiva non sarebbe diversa e distinguibile dalla violazione di altre disposizioni di natura sostanziale suscettibili di dar luogo a fattispecie di evasione. Vi è tuttavia, in dottrina, chi ha osservato – non senza fondamento – che la precisazione appena ricordata risulta in realtà smentita dalla complessiva revisione della disciplina in tema di interpelli disapplicativi, di cui si è già riferito, in base alla quale il contribuente ha facoltà di disapplicare autonomamente le norme antielusive specifiche e fornire eventualmente in giudizio la prova della insussistenza degli effetti elusivi. In questo senso, la riforma degli interpelli avrebbe riconosciuto che le norme antielusive specifiche sono norme idonee a fondare unicamente una presunzione relativa circa la sussistenza o meno di una fattispecie di abuso. Si tratterebbe cioè di norme procedimentali in tema di abuso e non di autonome norme precettive. In quest'ottica, la rilevanza penale di una condotta in contrasto con norme antielusive specifiche potrebbe essere messa in dubbio. In altri termini, l'esito finale di una condotta contraria alle norme antielusive specifiche sarebbe quello di integrare una fattispecie di abuso che, in quanto tale, non sarebbe penalmente perseguibile<sup>249</sup>.

In ogni caso, un aspetto del tutto pacifico è quello della **efficacia retroattiva della irrilevanza penale** dell'abuso. Costituisce infatti principio fondamentale dell'ordinamento quello secondo cui le previsioni che escludono la rilevanza penale di una condotta si applicano retroattivamente, ossia anche in relazione alle condotte poste in essere in passato e che in precedenza integravano fattispecie di reato<sup>250</sup>. Ne consegue che deve senz'altro escludersi la punibilità delle condotte elusive/abusivo anche se realizzate prima dell'entrata in vigore della novella legislativa, come del resto già riconosciuto dalla Suprema Corte di Cassazione in una recente pronuncia<sup>251</sup>.

<sup>248</sup> Nella relazione si legge che “resta... impregiudicata la possibilità di ravvisare illeciti penali... nelle operazioni contrastanti con disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive (ad esempio, negando deduzioni o benefici fiscali, la cui indebita autoattribuzione da parte del contribuente potrebbe ben integrare taluno dei delitti in dichiarazione)”.

<sup>249</sup> Cfr. per tutti ESCALAR, in *Corr. trib.* 2016, 1215 e ss.

<sup>250</sup> Come rilevato dalla Corte Costituzionale, la regola della retroattività delle leggi penali più favorevoli (cd. *favor rei*) ha un fondamento costituzionale che è diverso rispetto a quello dell'irretroattività delle norme incriminatrici. Mentre il divieto di applicare retroattivamente una pena più severa si fonda sull'art. 25, comma 2 della Cost. (Corte Cost. sentenza n. 215 del 2008), la retroattività dell'*abolitio criminis* si basa sul “principio di uguaglianza che impone, in linea di massima di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice” (Corte Cost. sentenza n. 394 del 2006).



Per completezza, va messo in rilievo che il tema della non punibilità sul piano penale dell'abuso del diritto ha implicazioni significative anche sulla disciplina del cd. **raddoppio dei termini per l'accertamento**, disciplina che era stata riformata dallo stesso D.L.vo n. 128 del 2015 e sulla quale il legislatore, come già accennato, è nuovamente intervenuto (cfr. l'art. 1 commi 130-132 della legge n. 208 del 2015).

Merita ricordare, in estrema sintesi, che in origine gli artt. 57 del d.p.r. n. 633 del 1972 e 43 del d.p.r. n. 600 del 1973 stabilivano che l'Amministrazione finanziaria potesse avvalersi del raddoppio dei termini per l'accertamento in presenza di una *“violazione che comporta obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 331 del c.p.p. per uno dei reati previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74”*, indipendentemente dal fatto che tale denuncia fosse stata effettivamente inoltrata e che la sua presentazione fosse avvenuta entro il termine ordinario di decadenza previsto per l'accertamento. L'art. 2 del D.L.vo n. 128 del 2015 aveva riformato la materia prevedendo che il raddoppio non potesse operare *“qualora la denuncia da parte dell'Amministrazione finanziaria, in cui è ricompresa la Guardia di finanza” fosse “presentata o trasmessa oltre la scadenza ordinaria dei termini”* per l'accertamento<sup>252</sup>. Come già accennato nell'introduzione di questa circolare, la legge n. 208 del 2015 (di stabilità per il 2016) ha eliminato del tutto l'istituto del raddoppio dei termini a fronte di un allungamento dei termini ordinari di decadenza dal potere di accertamento; termini che sono stati estesi al 31 dicembre del quinto anno successivo (in luogo del quarto) a quello di presentazione della dichiarazione, ovvero, in caso di dichiarazione omessa, al 31 dicembre del settimo anno (in luogo del quinto) successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata. Le modifiche in parola riguardano tuttavia le sole violazioni compiute a partire dal periodo di imposta in corso al 31

<sup>251</sup> In questo senso si è già espressa la Corte di Cassazione, sez. penale, nella sentenza n. 40272 del 2015. In questo importante precedente, relativo al caso di uno *stock lending agreement*, i giudici di legittimità hanno qualificato l'operazione come una fattispecie di abuso da considerare depenalizzata in base al novellato art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000. Nella motivazione si ribadisce che *“la disposizione del comma 13, che reca la statuizione di irrilevanza penale delle operazioni abusive è destinata ad esplicare effetti, oltre che naturalmente per le nuove operazioni abusive poste in essere dalla data del 1 ottobre 2015, anche per quelle poste in essere prima di tale data per il principio di retroattività della legge penale più favorevole sancito dall'art. 2 c.p.”*.

Naturalmente – va rimarcato – che la retroattività della depenalizzazione è da riferirsi, in particolare alle condotte che, in base all'indirizzo della Cassazione, erano in precedenza sanzionabili penalmente, vale a dire alle fattispecie di elusione/abuso codificate nel previgente art. 37 *bis*, comma 3, e non anche a quelle di abuso “innominato” che già si consideravano penalmente irrilevanti.

<sup>252</sup> Venivano fatti salvi gli effetti degli atti di accertamento già notificati prima della entrata in vigore del D.L.vo n. 128 del 2015 (2 settembre 2015) nonché quelli dei processi verbali di constatazione notificati sempre entro la stessa data purché recepiti in atti impositivi notificati entro il 31 dicembre 2015.

dicembre 2016 e non anche quelle compiute in precedenza, per le quali continua a valere la disciplina previgente.

Ciò posto, va messo in risalto che, relativamente ai periodi di imposta anteriori al 2016, la sopravvenuta irrilevanza penale dell'abuso determina l'impossibilità di far scattare il raddoppio dei termini per l'accertamento. In particolare, la preclusione al raddoppio dei termini opera sicuramente per le fattispecie abusive che non sono state in passato oggetto di denuncia ex art. 331 c.p.c. e che non possono più esserlo in futuro. Meno chiari sono invece gli effetti della depenalizzazione nel caso in cui la denuncia sia stata eventualmente presentata o trasmessa in passato a fronte di una contestazione di abuso che oggi sarebbe comunque penalmente irrilevante. Il punto meriterebbe un chiarimento da parte degli organi competenti<sup>253</sup>.

## **6. Decorrenza della nuova disciplina**

Il decreto n. 128 del 2015 prevede che le disposizioni dell'art. 10 *bis* della legge n. 212 del 2000 di nuova introduzione si rendano applicabili a partire dal primo giorno del mese successivo all'entrata in vigore del decreto (2 settembre 2015), ossia a partire dal 1° ottobre 2015. Il decreto aggiunge che la nuova disciplina trova applicazione anche in relazione alle operazioni poste in essere antecedentemente, purchè tali operazioni non siano già state oggetto di accertamento notificato entro questa data (1° ottobre 2015)<sup>254</sup>. Ne consegue che in presenza di accertamenti già notificati prima del

<sup>253</sup> Cfr., sul punto, PANZERA DA EMPOLI-SUPINO, in *Corr trib.* 2016, 1888 e ss., secondo cui, anche quando sia stata presentata la denuncia, l'Amministrazione dovrebbe prendere atto in sede di emanazione dell'atto di accertamento di potersi avvalere del solo termine ordinario e non anche di quello raddoppiato in quanto nel frattempo l'abuso non costituisce più una violazione per la quale si possa configurare un obbligo di denuncia. Sotto altro profilo, ci si potrebbe anche domandare se sia consentito emettere un atto impositivo in cui si contesti l'abuso in presenza di un raddoppio dei termini che si sia già reso operante in virtù di altri rilievi che abbiano dato luogo alla *notitia criminis*. Secondo taluni, una volta ottenuto il raddoppio dei termini, l'Amministrazione finanziaria potrebbe esercitare a pieno e senza limiti i propri poteri di accertamento, anche in relazione a fattispecie diverse rispetto a quelle assunte ai fini della denuncia ex art. 331 c.p.p., ivi compreso l'abuso. Secondo altra tesi, il raddoppio dei termini consentirebbe di effettuare rilievi anche nuovi e diversi rispetto a quelli oggetto della denuncia penale, purchè tuttavia si tratti di accertamenti relativi a comportamenti evasivi che di per sé potrebbero astrattamente dar luogo a fattispecie di reato. In quest'ottica, il raddoppio dei termini non potrebbe comunque operare per quanto attiene alle contestazioni relative all'abuso, in quanto sempre e comunque penalmente irrilevanti.

<sup>254</sup> In base all'art. 1, comma 5, del D.L.vo n. 128 del 2015 *"le disposizioni dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000 n. 212 hanno efficacia a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano anche alle operazioni poste in essere in data*

1° ottobre 2015 in cui si contesti la natura abusiva/elusiva di una operazione, dovrebbero continuare a trovare applicazione la disciplina antielusiva (art. 37 *bis*) ed i principi giurisprudenziali elaborati in precedenza.

Nella relazione illustrativa si legge che questo regime di decorrenza sarebbe conforme al principio del *tempus regit actum* “*in modo da fare salvi i procedimenti già iniziati e che non siano stati già definiti*”.

E' tuttavia pacifico che la nuova disciplina antiabuso non contiene soltanto norme di natura procedimentale, ma anche e soprattutto fondamentali disposizioni definitorie che ne delimitano l'effettiva portata e che hanno valenza sostanziale. Queste disposizioni, a ben vedere, si propongono di codificare un principio antiabuso preesistente ed immanente all'ordinamento, e proprio in considerazione di questa finalità, dovrebbero assumere una valenza interpretativa e non una portata innovativa<sup>255</sup>. Per questo motivo sembrerebbe logico ed auspicabile che quantomeno gli elementi definitori dell'abuso – che non costituiscono una vera innovazione ma una razionalizzazione di concetti preesistenti applicati in modo discontinuo e non uniforme – possano ritenersi validi anche per il passato senza limitazioni temporali, ferma restando l'intangibilità sotto il profilo formale degli atti impositivi che si siano attenuti alle regole procedimentali vigenti *ratione temporis*<sup>256</sup>.

La regola di decorrenza del nuovo art. 10 *bis* non incide sull'efficacia temporale della depenalizzazione delle fattispecie di abuso che, come già osservato nel paragrafo

---

*anteriore alla loro efficacia per le quali, alla stessa data, non sia stato notificato il relativo atto impositivo*”.

<sup>255</sup> Per sostenere il contrario, si dovrebbe assumere che l'abuso dell'art. 10 *bis* sia un istituto ontologicamente diverso rispetto all'elusione di cui all'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 ed al principio generale antiabuso elaborato dalla giurisprudenza.

<sup>256</sup> In dottrina alcuni autori (Cfr. Tabet, in *Rass. Trib.* 1/2016, 11 e ss.) hanno stigmatizzato le regole del D.L.vo n. 128 del 2015 in tema di decorrenza temporale dell'art. 10 *bis*, osservando che il regime transitorio delineato dal legislatore delegato darebbe luogo ad una disparità di trattamento a danno delle operazioni pregresse non ricomprese nell'art. 37 *bis*. Ciò in quanto, se non vi è stato accertamento, le operazioni pregresse sarebbero comunque soggette retroattivamente ad una disciplina sostanziale antiabuso più severa rispetto al passato, mentre se vi è stato accertamento sarebbero comunque sottoposte ad una disciplina deteriore sul piano del procedimento, non potendo beneficiare delle garanzie del nuovo art. 10 *bis*. Naturalmente, per accogliere questa critica bisognerebbe condividere l'assunto che l'art. 10 *bis* costituisca una norma più severa sul piano sostanziale rispetto alla prassi precedente (e non anche, come sembra, una esplicazione e migliore delimitazione del principio antiabuso già affermatosi in giurisprudenza). Quanto alle garanzie procedimentali sopravvenute, in effetti, l'intento del legislatore sembra essere stato quello di escludere la possibilità di invocarle *ex post* per contestare la legittimità di atti già notificati, in deroga al principio del *tempus regit actum*.

precedente, si estende al passato indipendentemente dal fatto che sia stato o meno notificato un atto di accertamento<sup>257</sup>.

Il Direttore Generale

**Micossi**

---

<sup>257</sup> Ricordiamo che l'art. 1 del D.L.vo n. 128 del 2015, nel posporre al 1° ottobre 2015 l'efficacia del nuovo art. 10 *bis*, ha invece previsto l'abrogazione immediata e fin dalla sua entrata in vigore dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600 del 1973. A questa asimmetria iniziale si è aggiunto l'ulteriore differimento al 1° gennaio 2016 delle nuove norme in tema di interpello introdotte dal D.L.vo n. 156 del 2015. I problemi di coordinamento della decorrenza temporale di queste discipline sono stati affrontati dall'Agenzia delle entrate, per quanto attiene alla presentazione delle istanze di interpello, nella risoluzione 104/E del 2015 che abbiamo già richiamato nella precedente nota 214.