



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea
Magistrale
in
Amministrazione, finanza
e controllo

Tesi di Laurea

La rilevanza penale della c.d. “esterovestizione”

Relatore

Ch. Prof. Loris Tosi

Correlatore

Ch. Prof. Antonio Viotto

Laureanda

Elena Brotto

Matricola 839750

Anno Accademico

2020 / 2021

Sommario

INTRODUZIONE	7
CAPITOLO I: LA DEFINIZIONE DI ESTEROVESTIZIONE E LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO	11
1. Premessa	11
2. Nozione di esterovestizione	12
3. La residenza delle persone giuridiche	14
5. Dual residence companies e importanza del <i>Place of Effective Management</i>	25
6. La stabile organizzazione occulta	29
7. La disciplina CFC	33
CAPITOLO II: L'EVOLUZIONE NORMATIVA	37
1. Premessa	37
2. La categorizzazione tra elusione, evasione e lecito risparmio d'imposta	38
3. La normativa antielusiva prima dell'articolo 10.....	40
4. L'articolo 10 della Legge 408 del 29 dicembre 1990	42
5. L'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973	49
5.1 La norma sostanziale: commi 1 e 3	50
5.2 Norma procedimentale: comma 2 art. 37-bis	56
6. Il principio antiabuso: dal profilo comunitario a quello domestico	57
7. La normativa ante riforma	58
CAPITOLO III: IL CASO <i>Dolce&Gabbana</i>	61
1. Premessa	61
2. Il gruppo ante e post ristrutturazione	62
3. Le motivazioni dell'accusa	64
4. La prima pronuncia del Tribunale di Milano	65
5. La sentenza n. 7739/2012 della Cassazione	70
5.1 Le ragioni del ricorso del PM	70
5.2 Le ragioni del ricorso della Agenzia delle Entrate	72
5.3 La pronuncia della Cassazione	74
6.1 Il primo grado di giudizio	79
6.2 Il secondo grado di giudizio	81
7. La fine del processo: sentenza n. 43809/2014 della Corte di Cassazione	82
8. La codifica della sentenza n. 43809/2015.....	83
CAPITOLO IV: PROFILI PENALI DELL'ESTEROVESTIZIONE	87
1. Premessa.....	87
2. I profili più rilevanti della sentenza 43809/2015	88
2.1 Il concetto di residenza secondo la Cassazione	90
2.2 Aspetti penali dell'elusione fiscale	96
3. Gli interventi normativi dopo il caso <i>Dolce&Gabbana</i>	101
3.1 La Raccomandazione della Commissione europea	103
3.2 Il nuovo abuso del diritto	105
3.3 Profili sanzionatori	109

3.4 La revisione della disciplina penale tributaria: l'art. 8 della Legge delega n. 128/2014	111
4. Il rapporto tra abuso del diritto e il reato di omessa dichiarazione post riforma: il problema dell'esteroinvestizione	114
CONSIDERAZIONI FINALI.....	117
BIBLIOGRAFIA	121

INTRODUZIONE

Il presente elaborato tratta la rilevanza penale di una tematica molto importante, quale quella della cosiddetta “esterovestizione” di società. L’idea di base è quella di definire tale fattispecie a livello normativo e sanzionatorio, analizzandone l’evoluzione. Tale fenomeno è recente, ma di grande portata, infatti riguarda la mobilità delle imprese per quel che concerne il trasferimento della residenza all’estero. Nel primo capitolo l’analisi sarà rivolta, oltre alla definizione di esterovestizione, in particolar modo all’articolo 73, commi 5-bis e 5-ter del TUIR che identificano l’esterovestizione di diritto, individuando delle fattispecie ben definite.

Nonostante tale lavoro si orienti principalmente sugli aspetti penali e tributari del fenomeno, è importante, al fine di individuare al meglio tutte le problematiche ad esso collegate, descrivere quali siano tutti i criteri che collegano un soggetto estero all’Italia con lo scopo di contrastare tutte le fittizie localizzazioni all’estero. È proprio l’art. 73, comma 3, del TUIR che illustra quali siano i criteri da soddisfare affinché si possa considerare fiscalmente residente una società. L’art. 73 consente quindi di delineare l’esterovestizione per contrasto, mediante l’onere probatorio a carico dell’Amministrazione finanziaria di provare l’effettiva residenza in Italia del soggetto in esame.

La trattazione proseguirà con l’individuazione di criteri oggettivi che consentono di svelare se una società risulti o meno esterovestita e di ricondurla, di conseguenza in Italia.

La sentenza n. 43809/2015 relativa al caso *Dolce&Gabbana*, come si avrà modo di approfondire abbondantemente nel capitolo 3, risulta di fondamentale importanza non solo perché assolve i due stilisti dall’accusa di esterovestizione integrata dal reato di omessa dichiarazione ai sensi dell’art. 5 D. Lgs. 74/2000, ma anche per il fatto che in essa erano racchiuse le basi per la riforma dei reati tributari, in particolar modo per quel che riguardava le norme antielusive. In base quanto appena detto, in questa sede è utile ricostruire la normativa previgente all’emissione di tale sentenza in modo da capire quale sia stato l’excursus storico che ha portato alla definizione della nuova disciplina a contrasto dell’elusione e non solo. Saranno quindi illustrate le differenze principali tra evasione ed elusione fiscale e la loro definizione, specificando in

quale caso la fattispecie sia sottoposta a sanzioni penali o meno, ripercorrendo anche la strada che ha portato il legislatore ad introdurre le prime disposizioni in materia di elusione fiscale. Questo comporta l'analisi dell'10, introdotto dalla Legge 408 del 29 dicembre 1990 n. 408, che fu la prima vera disposizione a contrasto delle operazioni elusive. Nel 1973, inoltre fu introdotto l'art. 37-bis, introdotto d.p.r n. 600. Quest'ultimo, come si avrà modo di vedere, l'imitava un po' il campo d'azione in primo luogo perché non si sapeva come ci si dovesse comportare in caso di situazioni non previste. In più la norma non era retroattiva e quindi ci si interrogava su come trattare le operazioni poste in essere prima dell'entrata in vigore della norma.

La trattazione continua con la codificazione del principio, di derivazione comunitaria, di divieto di abuso del diritto nell'articolo 53 della Costituzione e la normativa vigente prima dell'ultima pronuncia del caso *Dolce&Gabbana*. In merito a quest'ultimo, sarà privilegiato il filone penale, conclusosi con l'assoluzione dei due noti stilisti, permetterà di individuare le tematiche chiave legate alla rilevanza penale dell'esterovestizione.

Come già inizialmente anticipato, la sentenza n. 43809/2015 gettò le basi per la riforma dei reati tributari. Mediante tale pronuncia, la Cassazione pose l'accento sui temi la residenza fiscale, in quando nonostante la società fosse stata costituita in base alle leggi del Lussemburgo, l'autorità inquirente riteneva che fosse residente in Italia. Inoltre, ci fu un'inversione di rotta sulla rilevanza penale delle condotte elusive.

Il risultato finale del processo può essere ricondotto alla Legge delega n. 23 del 2014 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita) e al suo successivo decreto attuativo n. 128 del 5 agosto 2015, "*Disposizioni sulla certezza del diritto e sui rapporti tra Fisco e contribuente*", introdotto all'interno dello Statuto dei diritti del contribuente (L. 212/2000). Il decreto 128/2015 consentì di equiparare il concetto di elusione fiscale a quello di abuso del diritto e realizzò una revisione delle vigenti norme antielusive, con l'obiettivo di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto.

L'analisi si concluderà con alcune riflessioni in merito al regime sanzionatorio a cui è dedicato il Titolo primo del D.Lgs. 158/2015 e gli interventi effettuati agli articoli 4 e 5 del D.Lgs. 74/2000 (delitto di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione).

Da quando appena descritto, l'obiettivo dell'analisi è lo sforzo nel capire se l'esterovestizione sia un fenomeno elusivo o evasivo, mediante l'applicazione di criteri classificatori o attraverso una valutazione caso per caso da parte dell'Amministrazione

finanziaria. Questo anche alla luce del nuovo concetto di elusione/abuso del diritto, definito dal nuovo art. 10 *bis* della L. 212/2000, la quale ha sancito l'irrelevanza penale del comportamento elusivo, con assoggettamento del medesimo alle sole sanzioni amministrative. Tale distinguo è di fondamentale importanza in quanto agli illeciti penali si applicano sanzioni differenti rispetto alle fattispecie elusive. In altri termini la differente classificazione, della condotta, come elusiva od evasiva, innesca il rispettivo sistema sanzionatorio, solo amministrativo od anche penale.

In particolare, nel caso di reato di omessa dichiarazione, un conto sarà infatti la sola punizione amministrativa, che prevede una sanzione pecuniaria, ben altro sarà, invece, l'ulteriore pena di reclusione del reo, da un anno e sei mesi a quattro anni, prevista ove fosse accertata l'ulteriore responsabilità penale.

La maggiore problematica deriva dal fatto che la differenza tra le nozioni di evasione ed elusione non è ben distinta; di conseguenza ciò non potrà che ripercuotersi anche sulle indagini attinenti l'esterovestizione.

Per considerare un comportamento evasivo, dal quale deriverà l'assoggettamento a sanzioni penali, è necessaria un'indagine, nei vari gradi di giudizio e nel corso di regolare processo, di stampo psicologico dell'attore, finalizzata ad accertarne il dolo specifico, elemento soggettivo imprescindibile affinché si configuri la responsabilità penale.

Le caratteristiche tipiche degli illeciti penali, e le indagini necessarie per accertarli, comportano l'interrogarsi sulla reale distanza, esistente nel nostro sistema tributario, tra fattispecie elusive ed evasive. Il principale interrogativo verte sull'esistenza, o meno, di linee di demarcazione nette e definite, che consentano di classificare agilmente i comportamenti dei soggetti estero vestiti.

Il tutto diventa ancora più complesso in quanto trattasi di un comportamento formalmente lecito dal momento che un soggetto ha il diritto di stabilire la propria attività in un qualunque Paese comunitario, sfruttandone anche le opportunità fiscali. L'analisi è incentrata, di conseguenza, nel cercare di comprendere quali siano i comportamenti che prevedono l'ulteriore sanzione penale oltre a quella amministrativa e di capire se la disciplina in tema di esterovestizione permetta all'Amministrazione Finanziaria di prendere decisioni ponderate scoraggiando le condotte artificiali.

CAPITOLO I: LA DEFINIZIONE DI ESTEROVESTIZIONE E LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO

1. Premessa. 2. Nozione di esterovestizione. 3. La residenza delle persone giuridiche. 4. Presunzione di residenza. 5. Dual residence companies e importanza del Place of Effective Management. 6. La stabile organizzazione occulta. 7. La disciplina CFC

1. Premessa

L'obiettivo di questo elaborato è quello di far emergere il problema dell'esterovestizione sotto il profilo penale e di descriverne le caratteristiche attraverso l'aiuto della normativa tributaria interna, della dottrina e della giurisprudenza. Trattasi di un fenomeno recente, ma di grande rilevanza, che riguarda la mobilità delle imprese: il trasferimento della residenza all'estero, presupposto dell'esterovestizione. L'analisi sarà rivolta in particolar modo all'articolo 73, commi 5-bis e 5-ter del TUIR che identificano l'esterovestizione di diritto, individuando delle fattispecie ben definite, motivo per cui è possibile individuare parzialmente le società che ricadono sotto tale disciplina; si fa riferimento in tal senso alla nozione di *subholding* che ha un consiglio di amministrazione o un organo che si occupa della gestione residente in Italia.

Nonostante tale lavoro si orienti principalmente sugli aspetti penali e tributari del fenomeno, è importante, al fine di individuare al meglio tutte le problematiche ad esso collegate, comprendere quali siano tutti i criteri che collegano un soggetto estero all'Italia con lo scopo di contrastare tutte le fittizie localizzazioni all'estero. Tali criteri sono considerati all'articolo 73 comma 3 del TUIR, delineando così l'esterovestizione per contrasto, con l'onere probatorio a carico dell'Amministrazione finanziaria di provare l'effettiva residenza in Italia del soggetto in esame, in caso di determinati requisiti, con conseguente ripresa a tassazione in Italia nel caso in cui dovesse ricadere nei requisiti sarebbe tassato in Italia.

Un ulteriore criterio di collegamento è rappresentato dalla stabile organizzazione occulta definito dall'articolo 162 del TUIR, nei casi in cui un soggetto passivo nasconda una sede fissa d'affari al fisco ma risulti residente in Italia. Tale tematica consentirà di analizzare il rapporto tra controllanti e controllate che si traduce nella direzione e nel coordinamento.

Nella prassi potrebbe accadere che un medesimo soggetto possa essere considerato residente da un punto di vista fiscale sia in Italia che all'estero alla luce di differenti normative, facendo risultare, così, la residenza in più di uno stato; in questi casi è necessario leggere congiuntamente un 'eventuale normativa contro le doppie imposizioni nel caso fossero presenti nei paesi coinvolti.

Infine si tratterà delle possibili interferenze tra la presunzione relativa di esteroinvestizione e la disciplina delle *controlled foreign companies*, al fine di impedire scelte di convenienza fiscale in paesi a fiscalità privilegiata dal momento che i fatti e le conseguenze per ricadere in una o nell'altra fattispecie sono diversi.

2. Nozione di esteroinvestizione

L'internazionalizzazione dei mercati, dovuta allo sviluppo di un mercato moderno globalizzato, risulta essere la causa principale del trasferimento della residenza fiscale di una persona e, in particolar modo, di una società all'estero; questo risulta essere un comportamento sempre più praticato dalle imprese italiane poiché oltre i confini nazionali ci sono molte opportunità economiche e strategiche che possono essere sfruttate. In alcuni casi, invece, esternalizzare la propria attività risulta essere l'unico modo per restare competitivi e per sopravvivere nel medio-lungo termine. Tutto ciò è difeso dalla libertà di stabilimento stabilito dal TFUE¹ che consente ad ogni soggetto economico di praticare la propria attività nello stato ritenuto più opportuno.

Questo tipo di tutela strategica non è da confondere con la tutela fiscale, infatti, è quest'ultima che il legislatore tende a contrastare. In questi casi il trasferimento della residenza ha lo scopo di far ottenere all'azienda un risparmio fiscale grazie alla presunta residenza in paesi che permettono una tassazione più favorevole creando discordia tra i vari regimi fiscali e con l'obiettivo di attrarre investimenti poiché soggetti a tassazione inferiore.

Quanto detto fa riferimento al c.d. fenomeno dell'"esteroinvestizione" che riveste un ruolo di estrema attualità ed interesse in ambito nazionale ed internazionale poiché esistono dei collegamenti intrinseci tra le due realtà. In primo luogo si può definire l'esteroinvestizione come la dissociazione fra la residenza formale da quella sostanziale, avente lo scopo di beneficiare di un regime fiscale migliore rispetto a quello cui si sarebbe legalmente sottoposti. Tutto questo è stato definito dalla Suprema Corte come la

¹ Articoli 26 (mercato interno), da 49 a 55 (stabilimento) e da 56 a 62 (servizi) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

“fittizia localizzazione all'estero di una società (o ente commerciale), al fine di beneficiare di un'imposizione più favorevole, sebbene la società stessa sia sostanzialmente situata nel territorio dello Stato (italiano)”².

La Suprema Corte si riferisce a quelle aziende situate all'estero senza motivazioni economiche valide ma con il solo scopo di ottenere vantaggi fiscali. Anche la dottrina si conforma alla giurisprudenza, definendo l'esterovestizione come un artificio mediante il quale una società riesce dal punto di vista formale ad allocare all'estero la residenza fiscale, pur conducendo nel territorio dello stato (italiano) l'attività principale, ovvero abbia in Italia la sede amministrativa.

Da quanto appena esposto, e come si dirà in seguito, risulta importante individuare dei criteri precisi ed obiettivi per evitare che qualsiasi soggetto possa sottrarsi all'imposizione da parte dello stato in cui risulta essere residente: è necessario che gli indicatori facciano emergere gli eventuali collegamenti che ci possono essere tra il territorio italiano e l'impresa con l'obiettivo di smascherare l'artificialità di quest'ultima nel non avere valide ragioni economiche. Questo è fondamentale poiché in Italia vige il *worldwide principle* (principio della residenza), ossia l'ordinamento italiano assoggetta a tassazione i residenti con riferimento al reddito ovunque prodotto o ai beni ovunque esistenti, ferma restando per i non residenti l'imposizione dei soli redditi prodotti o beni posseduti entro i confini nazionali³. Definire dei criteri attraverso i quali identificare se un soggetto risulta residente o meno è importante, poiché spetta a quest'ultimo fornire la prova contraria: l'amministrazione finanziaria deve dimostrare la presunzione di residenza supportata da adeguati presupposti, mentre il contribuente avrà l'onere di fornire la prova contraria una volta validata la presunzione⁴.

L'analisi avrà come punto di partenza il concetto di residenza fiscale delle persone giuridiche, considerando il punto di vista del legislatore nazionale e le possibili connessioni che emergono con il diritto internazionale, ricercando l'omogeneità comune nei criteri di individuazione.

A titolo di esempio il Modello OCSE all'art. 4 considera il criterio del Place of effective management (la sede di direzione effettiva), mentre l'ordinamento italiano con l'art. 73 del D.P.R. n. 917/1986 prevede una parità tra i criteri di allocazione della residenza e nel caso in cui ci fossero dei casi di doppia residenza (*dual residence*)

² Cass. Civ., 7 febbraio 2013, n. 2869.

³ VALENTE P., *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013, XI.

⁴ Circolare Assonime, 31 ottobre 2007, n. 67, tratto da ROMANO A, *Prova contraria alle presunzioni del Fisco: esterovestizione in dubbio secondo Assonime*, in *Il commercialista Telematico*, servizi e soluzioni per aziende e loro consulenti, 24 Ottobre 2007.

risulterebbe insufficiente dal punto di vista applicativo qualora gli stati interessati non abbiano stipulato le convenzioni contro le doppie imposizioni in base al Modello OCSE.

3. La residenza delle persone giuridiche

L'ordinamento italiano, come già accennato sopra, prevede la distinzione tra soggetti residenti e non residenti; definire in modo corretto la residenza di un soggetto (sia persona fisica che giuridica) ha un ruolo di fondamentale importanza.

Con riferimento alle società, vige il principio di tassazione su base mondiale in base al quale i residenti sono assoggettati ad imposizione su tutti i redditi ovunque prodotti; ai non residenti si applica, invece, il principio di tassazione territoriale⁵: vengono tassati soltanto i redditi prodotti sul territorio nazionale⁶. Quindi un ente o una società non residente sarà sempre tassato in Italia, nel caso in cui dovesse produrre reddito, indipendentemente dal fatto che sia soggetto ad imposizione, per la stessa ricchezza, anche nel proprio paese di residenza (in virtù di un eventuale reciproco principio della tassazione mondiale previsto nell'ordinamento fiscale straniero)⁷. Infine non sarà tassato il reddito del soggetto non residente, prodotto in un paese estero, diverso dall'Italia.

L'art. 73 del TUIR oltre a identificare i soggetti passivi IRES⁸, al comma 3 stabilisce che *“si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”*.

⁵ Art. 153 TUIR: *“ Le persone fisiche, le società e gli enti commerciali e non commerciali non residenti sono assoggettati a tassazione limitatamente ai redditi prodotti nel territorio dello stato.”*

⁶ L'art. 151, comma 1, del D.P.R. n. 917/86 stabilisce che *“ il reddito complessivo delle società e degli enti non residenti [...] è formato soltanto dai redditi prodotti nel territorio dello Stato, ad esclusione di quelli esenti dall'imposta e di quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva”*.

⁷ Cfr. Dragonetti, Piacentini, Sfondrini, *Manuale di Fiscalità Internazionale*, , Ipsoa, pag. 11 e ss.

⁸ 1 e 2 comma dell'art. 73 TUIR: *“1. a) Le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato; d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.*

2. [...] si comprendono le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo. Tra le società e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 sono comprese anche le società e le associazioni indicate nell'articolo 5”.

Dal dettato normativo emergono chiaramente tre differenti criteri in base ai quali si può stabilire se una società sia residente in Italia: la sede legale, la sede amministrativa della società e l'oggetto principale dell'attività della società.

Tali requisiti di collegamento territoriale sono considerati tutti sullo stesso piano, infatti possono essere presenti alternativamente tra loro (dalla disgiuntiva "o" si deduce questo)⁹; per quanto concerne "la maggior parte del periodo d'imposta" ci si riferisce ad un periodo di 183 giorni (184 se bisestile)¹⁰ e riguarda tutte e tre le caratteristiche sopra menzionate.

Esaminando nel dettaglio i tratti distintivi che collegano i soggetti passivi al territorio italiano, risulta quanto segue.

1) Il criterio della sede legale si traduce nel verificare la presenza, o meno, di una sede nel territorio italiano; questo non fa riferimento ad una realtà sostanziale come l'oggetto principale e la sede dell'amministrazione¹¹, ma è direttamente collegato ad un aspetto giuridico-formale poiché è ciò che viene formalizzato dalla società e fatto vedere, in caso di bisogno, all'Amministrazione Finanziaria dallo statuto o dall'atto costitutivo¹²: è su tali documenti che la sede legale deve essere indicata. Dal momento che nel TUIR non c'è una definizione precisa di sede legale, l'orientamento della dottrina è unanime nel collegare quest'ultima al concetto di sede societaria prevista dal diritto privato internazionale e da quello di diritto civile. Quindi, in base all'articolo 16 c.c.¹³, per sede legale si intende la sede della società riportata nell'atto costitutivo ovvero nello statuto, e tale dato viene successivamente annotato nel registro delle imprese in base all'art. 2196 del c.c.¹⁴.

Possono verificarsi dei casi in cui la sede legale (formale) sia in conflitto con la sede effettiva, ossia che le sedi non coincidano; è importante sottolineare che, ai fini fiscali, l'articolo 73 del TUIR fa riferimento alla sede legale come sede formale, ma il codice civile all'articolo 46 consente ai terzi la facoltà di reputare la sede effettiva come

⁹ Circolare 28/E del 4 agosto 2006, Agenzia delle Entrate punto 8: "...Come è noto, ai sensi dell'articolo 73, comma 3, del TUIR, la residenza fiscale delle società e degli enti viene individuata sulla base di tre criteri: la sede legale, la sede dell'amministrazione ed il luogo in cui è localizzato l'oggetto principale. Tali criteri sono alternativi ed è sufficiente che venga soddisfatto anche uno solo di essi perché il soggetto possa considerarsi residente ai fini fiscali nel territorio dello Stato".

¹⁰ La Circolare 17 agosto 1996 n°201 del Ministero delle Finanze ha spiegato come calcolare il periodo d'imposta

¹¹ Sul punto si vede P.VALENTE, *Esterovestizione e Residenza*, Miano, 2013

¹² Si veda Cass., 17 gennaio 2014, n. 1811

¹³ Art. 16 c.c.: "L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione [...] della sede"

¹⁴ Art. 2196 c.c.: "...l'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve chiedere l'iscrizione nel registro delle imprese nella cui circoscrizione stabilisce la sede, indicando: [...] 4) la sede dell'impresa; ..."

sede della società nel caso in cui le sedi dovessero divergere.¹⁵ Quest'ultimo con il termine "sede" fa riferimento sia a quella legale che effettiva, consentendo così al terzo di essere tutelato dal momento che può considerare come sede della società anche quella effettiva: non si sostituisce alla sede legale ma rappresenta una tutela in più dato che si aggiunge ad essa.

In ambito internazionale l'articolo 25 della legge n. 218 del 31 maggio 1995¹⁶, applicazione della *low of incorporation*, ha criteri molto vicini all'articolo 73 del TUIR ed ha sostituito il contenuto dell'articolo 2505 c.c.; in sostanza il diritto privato internazionale prevede che è possibile non avere la sede legale in Italia ma risultare residente nel caso in cui l'oggetto principale o la sede dell'amministrazione risultino essere nel territorio italiano.

2) La sede amministrativa viene definita dalla Corte di Cassazione come *"il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali"*¹⁷.

Quindi per sede effettiva si intende il luogo in cui ha sede il centro direttivo ed amministrativo della società, quindi non può essere considerata sede effettiva il locale dove sono posti gli uffici della società, un recapito della stessa o dove vi è una persona che ne gestisca gli uffici di rappresentanza.

In primo luogo l'Amministrazione Finanziaria, per circoscrivere il concetto, ha associato la sede amministrativa ad una definizione giuridico/commercialistica di sede effettiva¹⁸, che come detto pocanzi si intende il luogo dove hanno concreta esecuzione le attività amministrative e di direzione dell'ente o della società¹⁹.

In secondo luogo, sempre l'Amministrazione Finanziaria, per individuare la sede amministrativa prevede che siano effettuati complessi accertamenti al fine di verificare se sussista un reale rapporto tra la persona giuridica e un determinato territorio; ci si

¹⁵ Art. 46 comma 2: *"Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima"*.

¹⁶ Art. 25 L. n. 218/maggio 1995: *"le società, le associazioni, le fondazioni e ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se si trova l'oggetto principale di tali enti"*.

¹⁷ Cass. civ., 22 gennaio 1958, n. 136.

¹⁸ PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2004, 105.

¹⁹ Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E dell'Agenzia delle Entrate: *"...il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali"*.

riferisce in particolar modo ad un criterio primario che consenta di individuare da dove provengano le volontà riguardanti l'attività dell'ente o della società. La sede dell'amministrazione è quindi direttamente collegata al luogo dove si svolgono le attività amministrative. Altri aspetti che riguardano gli amministratori non rilevano poiché ciò che è importante è ove essi si incontrano per organizzare e realizzare l'attività sociale. Un criterio secondario prevede di individuare in concreto dove opera il top manager; ci si riferisce al luogo utilizzato per prendere decisioni direttive ed amministrative per l'esercizio dell'impresa, ossia il centro effettivo dei suoi interessi, affari e tutto ciò che serve per il raggiungimento dello scopo sociale. Come detto pocanzi si tratta di un criterio sussidiario, nel senso che se il manager applica le direttive del consiglio in un luogo diverso da quello evidenziato dal criterio primario, tale luogo non rileva come sede amministrativa della società.

Un consolidato orientamento della giurisprudenza considera la sede dell'amministrazione il luogo dove è presente un'effettività gestionale, ossia dove "provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività societaria"²⁰.

Da quanto appena considerato si intuisce che, a differenza del criterio della sede legale, la sede amministrativa rappresenta un indice sostanziale di determinazione della residenza fiscale che richiede valutazioni più accurate per individuarla.

La giurisprudenza di legittimità sostiene che si può risalire a tale criterio analizzando la situazione effettiva della società per quanto riguarda l'aspetto manageriale²¹ e individuandola nel luogo in cui gli amministratori sono soliti a riunirsi per formulare le strategie dell'impresa e dove si assumono decisioni di carattere operativo e gestionale.

Nonostante la nozione di sede amministrativa sia stata circoscritta nei termini precedenti, è necessario aggiungere ulteriori considerazioni in. In particolare alcuni autori si sono chiesti se con il termine sede amministrava si debba intendere solamente ciò che riguarda l'attività di direzione strategica svolta dagli amministratori, o se si debba ricomprendere anche la gestione operativa giornaliera.²²

Sul punto si è osservato che per sede dell'amministrazione si debba intendere il luogo in cui si compiono atti di ordinaria amministrazione, mentre potrebbe accadere che ove sono assunte le decisioni di indirizzo generale della società sia diverso da

²⁰ Cass. Pen., 23 febbraio 2012, n. 7080

²¹ Cass. civ., 10 dicembre 1974, n. 4172, in *Il Fisco*, 2009, 5640 ss.

²² In merito alla prima ipotesi si veda PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2004, 109 e A.BALLANCIN, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2008, 980; in merito alla seconda ipotesi si veda MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, 2006, 131.

quest'ultimo e questo tende a sovrapporsi al criterio dell'oggetto principale.²³ Di conseguenza non risulta possibile applicare un criterio unico alle varie situazioni, ma sarà necessario analizzare in modo specifico le casistiche in relazione all'esercizio dei poteri di gestione del soggetto economico e al tipo di società.²⁴

Ulteriori considerazioni da parte dei giudici della Corte di Cassazione sono necessarie per completare la definizione di sede amministrativa, i quali pur condividendo la tesi secondo cui quest'ultima sia il centro effettivo delle decisioni strategiche e di direzione, vi sono delle contraddizioni per quanto riguarda il caso in cui una controllata estera sia interamente posseduta da una controllante residente in Italia. In tal caso il criterio della direzione oltre a poter risultare insufficiente, comporta un'applicazione distorta del concetto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. soprattutto nel caso in cui la controllante sia interamente in possesso del capitale della controllata. Inoltre risulterebbe una forzatura identificare la sede dell'amministrazione della controllata con il luogo dove vengono assunte le decisioni strategiche (la sede della controllante), poiché andrebbe a scontrarsi con le necessità sottese al controllo del gruppo e alle sue politiche.²⁵ In tale occasione risulta opportuno utilizzare dei criteri integrativi, di natura oggettiva, come l'esercizio effettivo dell'attività e di verificare che l'insediamento estero non sia stato effettuato per ottenere vantaggi fiscali.

3) L'oggetto principale può essere definito come l'attività che viene prevalentemente esercitata al fine di raggiungere i fini sociali²⁶ insieme agli elementi di effettività sostanziale concretamente posti in essere dalla società con i terzi²⁷; si tratta dell'attività essenziale posta in essere per realizzare gli scopi indicati dall'atto costitutivo, dallo statuto e dalla legge²⁸. Nel caso in cui dovesse mancare lo statuto o l'atto costitutivo, l'oggetto principale si determina in base all'attività che viene esercitata da un punto di vista effettivo²⁹; inoltre si considera l'attività effettivamente

²³ AA.VV., *Tem di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014, 119.

²⁴ TURRI G., *Trasferimento all'estero di una società: profili civilistici e fiscali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2/2017, 411.

²⁵ Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809

²⁶ Si veda Cass. civ., 23 ottobre 2013, n. 24007

²⁷ Circolare della Guardia di Finanza n. 1/2008, cap. 6, paragrafo 2, 133.

²⁸ Art. 73 comma 4 TUIR: *"l'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto"*.

²⁹ Art. 73 comma 5 TUIR: *"in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti"*.

svolta indipendentemente da quella indicata negli atti formali³⁰. Se si prevedono più attività, nell'atto costitutivo o nello statuto, va considerata solamente quella essenziale al raggiungimento dello scopo primario.

Un aspetto interessante da analizzare, di cui non si da una risposta univoca sia indottrina che in giurisprudenza³¹, riguarda l'eventuale rapporto di corrispondenza fra il luogo principale in cui viene svolta l'attività e quello in cui sono ubicati i beni per lo svolgimento della stessa: si ritiene che si debba attribuire importanza al luogo in cui si svolge l'attività.

In tale contesto merita di essere specificato cosa si debba intendere con oggetto principale. Nel caso in cui un'attività risultasse quantitativamente prevalente sia in Italia che negli altri paesi rispetto ad altre attività svolte all'estero, ma non considerando la totalità delle attività, dal punto di vista civilistico assume rilievo l'oggetto sociale svolto in Italia. Dal punto di vista fiscale la soluzione non è così immediata poiché si devono considerare elementi sia qualitativi che quantitativi per individuare il nucleo principale nell'attività globale.

Tale criterio come, come emerge da una precisazione della Corte di Cassazione³², ha natura residuale e si applica nel caso in cui la sede legale o dell'amministrazione non sia in Italia per la maggior parte del periodo d'imposta perché presenta numerose difficoltà dal punto di vista interpretativo, in particolar modo con riferimento all'attività economica imprenditoriale che può risultare in mutamento per quanto riguarda la dimensione internazionale.

Da quanto appena riportato si può considerare residente in Italia una società che ha nel territorio dello stato la principalità delle attività avendo come riferimento l'atto costitutivo, e nel caso dovesse mancare quest'ultimo la principalità delle attività in Italia rispetto a quelle svolte all'estero in base ad un controllo sostanziale. La principalità deve essere mantenuta per la maggior parte del periodo d'imposta.

³⁰ Si veda la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 04/08/06 e sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, n. 10409 del 04/09/'91

³¹ MANZITTI A., *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in rivista di Diritto Tributario, parte IV, 181.

³² Cass. pen., 23 febbraio 2012, n.7080

4. Presunzione di residenza

L'Amministrazione Finanziaria, con l'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'esterovestizione, ha introdotto nell'ordinamento italiano una presunzione legale relativa per quanto riguarda la residenza; quest'ultima fa riferimento all'esistenza della sede dell'amministrazione in Italia nel caso in cui vengano soddisfatti determinati requisiti³³.

Il Decreto Legge del 4 luglio 2006³⁴, convertito nella Legge 248/2006, ha modificato l'articolo 73 del TUIR³⁵, introducendo i commi 5-bis e 5-ter aventi l'obiettivo di ostacolare in maniera più efficace i fenomeni di residenza fittizia all'estero.

In particolare il 5-bis prevede che *“Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, primo comma del codice civile, se, in alternativa: a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, primo comma del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrati da un Consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato”*.

In base alle disposizioni sulle esterovestizioni si presumono residenti in Italia quegli enti o quelle società che hanno partecipazioni di controllo in soggetti residenti nel territorio italiano e che in alternativa:

- sono controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti in Italia;
- sono amministrati da un consiglio di amministrazione (o altro organo equivalente) composto in prevalenza da consiglieri residenti in Italia.

Da un'analisi approfondita del comma 5-bis emergono due presupposti:

- a) il presupposto oggettivo prevede che l'ente o società non residente abbia partecipazioni di controllo, in base all'articolo 2359 c.c., nei soggetti di cui alle lett. a) e
- b) dell'articolo 73 del TUIR; questi ultimi sono le società di capitali, le società

³³ AA.VV., *Riqualificazione in Italia di soggetti esteri: possibili strategie difensive*, in *Il Fisco* 8/2016, 753.

³⁴ Recante: *“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale”*.

³⁵ Modificato ulteriormente dall'art. 82, comma 22, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito poi nella Legge del 06/08/2008, n. 133 e rivisto dall'art. 12, comma 1, lett a), del D.lgs 04/03/2014, n. 44, introducendo il comma 5-quarter. In base a quest'ultimo, *“si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Il controllo è individuato ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società”*.

cooperative, le società di mutua assicurazione, gli enti pubblici e privati diverse dalle società che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale. Il concetto di controllo previsto dall'articolo 2359, a cui rinvia la normativa fiscale, considera controllate: *“1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto terzi”*.

Da quanto appena detto si deduce che per realizzare il presupposto oggettivo è sufficiente che ci sia la partecipazione di controllo nei confronti di società o enti residenti; si noti che per la realizzazione del presupposto debba essere sempre presente la detenzione di partecipazioni, a differenza di quello soggettivo che prevede il semplice *“controllo”*.

b) il presupposto soggettivo prevede che la società estera sia controllata, anche indirettamente, da una società residente nel territorio nazionale oppure che la maggior parte degli amministratori, che l'amministrano, sia residente in Italia; con riferimento alla prima ipotesi ci si riconduce al concetto di controllo previsto dall'articolo 2359 comma 1, ma, come detto, non si fa nessun riferimento alla detenzione di partecipazioni e di conseguenza il concetto di controllo risulta più ampio di quello già esaminato, in particolar modo per quanto riguarda la possibilità del controllo indiretto. In merito a quest'ultimo, è emerso il problema sulla possibilità di avvalersi della presunzione di residenza in presenza di una catena societaria con più sub-holding estere; l'agenzia delle entrate ha ritenuto che nel caso in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati dovessero esserci più sub-holding estere, la presunzione è valida non solo per l'ente o la società estera che detiene direttamente la partecipazione e risulta controllata in modo indiretto da un soggetto residente in Italia e al vertice della catena, ma anche per le altre società intermedie. È importante sottolineare che il soggetto residente deve sempre essere controllato da un ente o una società estera, mentre quest'ultima può essere controllata anche da persone fisiche³⁶.

L'articolo 2359 c.c. non prevede la fattispecie del controllo congiunto (che si realizza quando due o più società governano insieme la partecipata, ma da sole non

sarebbero in grado di raggiungere una posizione dominante) e di conseguenza ci si interroga sulla possibilità di applicare la presunzione di residenza prevista dal 5-bis³⁷; il controllo congiunto è sempre stato oggetto di pareri discordi, in particolar modo dal punto di vista della dottrina maggioritaria che non ritiene possibile annoverare il concetto di controllo congiunto nella definizione di controllo poiché nel momento in cui si parla di quest'ultimo si intende quello solitario³⁸.

Considerando delle situazioni in concreto, la norma si applica in questi casi:

-Soggetto residente che detiene partecipazioni di controllo (51%) in una società non residente che a sua volta ha partecipazioni di controllo in una società per azioni residente.

-Soggetto residente che detiene partecipazioni di controllo in una società non residente che a sua volta ha partecipazioni non di controllo (49%) ma con un'influenza dominante in una società per azioni residente.

-Soggetto residente che ha il controllo contrattuale su una società non residente che a sua volta detiene una partecipazione di controllo in una società per azioni residente.

-Soggetto non residente che ha la maggior parte dei membri del consiglio di amministrazione residenti in Italia che detiene una partecipazione di controllo in una società per azioni residente.

Non si applica, invece, in questi casi:

-Soggetto residente detiene il 100% della partecipazione di una società estera che a sua volta ha il 100% di una società in nome collettivo residente in Italia.

-Soggetto residente detiene una partecipazione di controllo in una società estera che a sua volta ha una partecipazione non di controllo senza influenza dominante in una società per azioni residente.

-Soggetto residente in Italia ha il 100% di una società non residente che a sua volta ha un controllo contrattuale in una società per azioni residente

³⁷ Sul punto BERNONI G. e DRAGONETTI A., *Esterovestizione e controllo congiunto*, in *il Fisco* n. 19 del 14/05/07; SOZZA G., *Spunti critici sull'esterovestizione delle società* di Guerrino Sozza, in *il Fisco* n. 41 del 06/11/06.

³⁸ Si veda *Società controllate e collegate*, Sbisà, in "Contr. Impr", 1997, pag. 352; F. Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 2004, pag 146, secondo cui non è controllo il cosiddetto controllo congiunto: "più soci, nessuno dei quali raggiunge la maggioranza dei voti, la conseguono in forza degli accordi parasociali che regolano l'esercizio, da parte loro, del diritto di voto. Il patto parasociale è rilevante, agli effetti del controllo, solo se vale ad attribuire, ad un socio, la maggioranza dei voti in assemblea."

Il comma 5-*bis* ha carattere procedurale, vale a dire che prevede l'inversione dell'onere della prova³⁹ a carico del contribuente sospettato di aver la residenza all'estero con lo scopo di evitare la tassazione prevista dallo Stato italiano. Con la circolare n.28/E del 2006 al paragrafo 8.1⁴⁰ l'Agenzia delle Entrate ha commentato il Decreto Legge che ha introdotto i commi 5-*bis* e 5-*ter* dell'articolo 73 del TUIR, dove si fornisce all'ordinamento italiano uno strumento che esonera l'Amministrazione finanziaria dal provare l'effettività della sede amministrativa di entità che presentano elementi, molteplici e significativi, di collegamento con il territorio dello Stato. In questo contesto la norma ha l'obiettivo di migliorare le azioni di contrasto nei confronti di comportamenti elusivi, rendendo più facile il compito delle autorità nel verificare la presenza degli elementi che consentano di identificare la corretta residenza delle società.

Risulta importante evidenziare che, nonostante sia stato modificato il quadro di riferimento, in merito ai soggetti IRES non si riscontra una nuova o ulteriore definizione di residenza fiscale rispetto a quella prevista dall'articolo 73 comma 3 del TUIR⁴¹; viene semplicemente perseguita la finalità di spostare in capo all'ente o alla società la dimostrazione che non sia residente in Italia.

Per vincere tale presunzione, il soggetto estero dovrà dimostrare che è autonomo da un punto di vista decisionale in modo tale che sia illogico localizzare in Italia la sede amministrativa nonostante esistano degli elementi che lo ricollegano al territorio nazionale. A questo va aggiunto che la presunzione non potrebbe essere vinta nonostante venga provata l'insussistenza di altri elementi diversi dalla sede amministrativa previsti dall'articolo 73 comma 3 del TUIR; tale considerazione è giustificata dal fatto che i criteri di identificazione della residenza sono tra loro

³⁹ Presunzione legale relativa, art. 2727 c.c.:” *Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*”.

⁴⁰ “*Gli elementi di collegamento con il territorio dello Stato individuati dalla norma sono astrattamente idonei a sorreggere la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione delle società in esame*”.

⁴¹ STEVANATO D., *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corriere Tributario*, 2006, 2952 ss.; art. 73, comma 3 TUIR“ *Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.*”

alternativi e spetta all'Amministrazione Finanziaria la scelta del criterio in caso di contenzioso. Il comma 5-ter dell'articolo 73 del TUIR rappresenta l'elemento temporale della normativa tributaria e individua il momento della verifica della presunzione: "*Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5*". Da quanto emerge dal comma, per ricondurre a tassazione in Italia, il controllo deve sussistere a fine anno; trattasi di una scelta di semplificazione che, proprio per tale motivo può portare svantaggi tanto all'amministrazione finanziaria quanto al contribuente. Infatti il trasferimento di partecipazioni durante l'anno comporta la mancata applicazione di tale criterio che fa riferimento alla situazione in un dato istante, ossia la fine dell'esercizio⁴². Considerando il contenuto del comma 5-ter, viene spontaneo chiedersi se esso si riferisca al controllo della società residente nei confronti della holding estera o a quello di quest'ultima sulla controllata italiana. Nel caso in cui ci si riferisse alla seconda ipotesi, verrebbe meno la portata della norma del comma 5-bis dell'articolo 73 del TUIR che ha l'obiettivo di colpire le plusvalenze sulle cessioni di partecipazioni che riescono ad evitare l'imposizione italiana, giacché localizzate all'estero in modo fittizio. La compravendita avviene appunto durante l'anno, in modo tale da poter beneficiare di un regime fiscale più favorevole; di conseguenza al termine dell'esercizio la controllata estera non avrà partecipazioni di controllo non potendo così applicare la presunzione.⁴³

Tale ragionamento, insieme alla lettura del comma che si riferisce alla situazione del soggetto estero controllato, induce a considerare il primo profilo, ossia quello del soggetto residente nei confronti della holding estera. Inoltre, a sostegno di questo, è specificato che le partecipazioni dei familiari sono considerate solo nel caso in cui il controllo sia da parte di persona fisica e tale specifica non può che riferirsi alla lettera a) del comma 5-bis dove è previsto il controllo di soggetti esteri da parte di società e di persone fisiche residenti.

In conclusione la presunzione di residenza trova una limitazione temporale, vale a dire che il controllo del residente in Italia sulla holding estera deve essere presente alla data di chiusura dell'esercizio.

⁴² STEVANATO D., *La presunzione di residenza delle società esteroinvestite: prime riflessioni critiche*, in *Corr. Trib.*, cit., pag. 2954.

⁴³ VIOTTO A., *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*", in *Rivista di diritto tributario*, 2007, I, pag. 269 e ss.

5. Dual residence companies e importanza del *Place of Effective Management*

La residenza fiscale, nonostante abbia dei confini ben definiti sia a livello nazionale che interazionale, rivela delle problematiche nella sua concreta applicazione.

In prima istanza è opportuno evidenziare che in linea generale l'accertamento degli elementi di collegamento con un ordinamento giuridico risulta sempre più difficoltoso, dal momento che i contribuenti mutano e le basi imponibili sono volatili da un punto di vista telematico. In dottrina è stato osservato che la normativa fiscale italiana ed estera sono ormai espressione di una realtà economica passata, di conseguenza non più rispondente alle esigenze di integrazione transfrontaliera; in particolar modo i classici criteri dei sistemi di imposizione globale devono essere riconsiderati a livello sovranazionale⁴⁴.

A queste complessità, come già accennato all'inizio nel paragrafo 1, si aggiungono le criticità che riguardano le ipotesi di *dual residence companies*, ossia casi in cui una società risulti residente contemporaneamente in due stati differenti, in virtù dei criteri di collegamento con il territorio previsti dalla rispettiva norma fiscale interna. In altre parole, a causa della disomogeneità dei criteri utilizzati dai diversi ordinamenti giuridici al fine di stabilire la residenza fiscale degli enti o delle società⁴⁵, può accadere che due stati affermino entrambi la propria potestà impositiva nei confronti dello stesso soggetto.

Tale questione di carattere internazionale è stata superata dagli stati attraverso il sistema delle Convenzioni bilaterali⁴⁶, con l'obiettivo di circoscrivere le potestà tributarie e di contrastare i fenomeni di elusione ed evasione fiscale. Per quanto riguarda l'Italia, la maggior parte delle convenzioni è stata stipulata prendendo come riferimento il modello OCSE⁴⁷; il problema della doppia residenza è trattato al paragrafo 3 dell'articolo 4 di quest'ultimo, prevedendo il criterio del "*place of effective management*"⁴⁸ che, in base al contenuto del Commentario OCSE, è il luogo in cui si

⁴⁴ VALENTE P., *Base Erosion e Profit shifting-L'Action plan dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 37/2013, 5745.

⁴⁵ AA.VV., *L'esterovestizione: i profili fiscali domestici ed internazionali e i profili penali*, Commissione fiscalità internazionale e diritto comunitario (a cura di), Milano, 2016, 51.

⁴⁶ VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, in *Il Fisco*, n. 3/2010, 774. In particolare il fine delle convenzioni è quello di limitare il potere impositivo degli stati che vi aderiscono e di combattere l'evasione fiscale.

⁴⁷ <https://economiafinanzaonline.it/cose-locse-e-quali-sono-i-suoi-compiti/guide/>; VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2016, 285

⁴⁸ Art. 4 paragrafo 3 modello OCSE : "where by reason of the provisions of paragraph 1, a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which

prendono le decisioni principali gestionali e commerciali “*necessarie per l’esercizio dell’attività dell’ente. La sede di direzione effettiva sarà ordinariamente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato prende ufficialmente le sue decisioni, il luogo dove devono essere assunte le decisioni nel loro insieme. Tuttavia non è possibile stabilire una regola precisa e, al fine di determinare la sede di direzione effettiva, devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una di direzione effettiva per volta*”⁴⁹.

Da quanto emerge il Commentario considera la sede effettiva come il luogo in cui si adottano le decisioni più importanti che riguardano la gestione della società e lo svolgimento dell’attività d’impresa; la mancanza di una definizione puntuale di *place of effective management* (place of effective management) ha portato ad interpretare in vari modi tale criterio rendendolo di conseguenza non omogeneo, tra cui quello di centro del controllo di gestione. Paragonando i due concetti, nonostante siano simili, non coincidono, poiché il primo si riferisce alle attività direzionali e strategiche, mentre il secondo alla gestione operativa (day to day management). In particolare la differenza tra le due interpretazioni emerge quando si tratta di gruppi multinazionali e societari, dove la holding ha il compito di dare le direttive strategiche ma senza limitare l’autonomia decisionale della controllata. Se da un lato non c’è nulla da obiettare in merito ad una normale compressione dell’organo amministrativo che, come già accennato, si occupa dell’operatività della società e della strategia di breve termine, dall’altro si deve vedere fino a che punto questo sia fisiologico e non comporti la determinazione della residenza della controllata nello stato della controllante.

A livello nazionale la nozione di PoEM coincide con la sede amministrativa dell’articolo 73 comma 3 del DPR n. 917/86, considerando che quest’ultima coincide con la sede effettiva dove vengono svolte le attività direzionali ed amministrative della società.⁵⁰

place of effective management is situated.” Il concetto di *place of effective management* emerge, per la prima volta, con riferimento alla sentenza De Beers Consolidated Mines Ltd. v. Howe, dove i giudici dovettero affrontare la problematica legata alla sede effettiva di una società che risultava formalmente in Sud Africa ma le decisioni più importanti venivano prese a Londra. La House of Lords considerò la società residente in quest’ultima sostenendo che :”
...*A company resides for the purposes of Income Tax where its real business is carried on (...) the real business is carried on where the central management and control actually abides (...) this is a pure question of fact to be determined, not according to the construction of this or that regulation or by law but upon a scrutiny of the course of the business and trading*”.

⁴⁹ Paragrafo 24 Commentario al Modello OCSE.

⁵⁰ La giurisprudenza considera assimilati la nozione di sede amministrativa e quella di direzione effettiva, in particolare la sentenza 2869/2013 :” ... *La nozione di sede dell’amministrazione ... in quanto contrapposta alla sede legale, deve ritenersi coincidente con quella di sede effettiva (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto*

Il criterio del PoEM rappresenta quindi la sede direzionale strategico-operativa della società, dove vengono organizzate e amministrare le attività avendo riguardo alle necessità di imposizione fiscale di individuare i contribuenti seguendo dei criteri sostanziali; in particolare predilige al sostanza alla forma e rappresenta” il luogo ove si decide l’an, il quantum ed il quomodo del reddito che potrà poi essere materialmente prodotto altrove, oltre gli schemi formalistici del concetto di sede legale o del mercato cui l’attività dell’ente è rivolta.

Per individuare dove vengono svolte le attività amministrative e di direzione è fondamentale effettuare un’apposita analisi. Innanzitutto si deve determinare l’effettiva attività operativa societaria e le modalità di svolgimento al fine di identificare chi l’amministra, considerando più atti di gestione in base al requisito di continuità aziendale. Infine va considerata la situazione di fatto al momento attuale (requisito di attualità), prestando però attenzione che con il tempo la sede di direzione effettiva potrebbe cambiare.

In applicazione del PoEM la Convenzione OCSE ha lo scopo di ripartire il potere impositivo tra più stati nel caso in cui dovessero esserci redditi transnazionali, ma senza dettare dei criteri particolari che specifichino cosa si intenda per residenza fiscale all’interno dei singoli stati. Per tale motivo non esiste incompatibilità tra diritto nazionale e norme convenzionali dal momento che queste ultime si occupano di conflitti di sovranità impositiva, mentre le altre definiscono gli istituti giuridici e il presupposto d’imposta.

In altre parole, nei casi di doppia residenza, il punto di partenza è la normativa nazionale che ha lo scopo di individuare i soggetti residenti da quelli non residenti; in seconda istanza, solamente se esistenti, si guarderanno le norme pattizie per la risoluzione del conflitto di sovranità impositiva (definite tie breaker rule). Nel caso in cui non si dovesse riuscire a risolvere la questione con queste ultime, ci si potrà appellare alla procedura prevista dall’articolo 25 del modello OCSE⁵¹ in modo autonomo e distinto evitando il giudice tributario.

svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l’accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell’impulso dell’attività dell’ente ..”

⁵¹ L’art. 25 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni stabilisce una procedura amichevole volta alla risoluzione delle controversie che possono sorgere in relazione all’applicazione delle disposizioni contenute nelle convenzioni bilaterali sulle doppie imposizioni. Secondo quanto disposto dai paragrafi 1 e 2, le autorità competenti degli Stati contraenti devono impegnarsi a risolvere, tramite procedura di mutuo accordo, le situazioni nelle quali i contribuenti risultano sottoposti a tassazione non conforme a quanto stabilito dalla rispettiva *convenzione*. (https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/55c31d62e4b06c35a3c516c1/1438850402831/2014_17-02_PV_if_art25%281%29.pdf)

Nonostante il concetto di PoEM sia sovrapponibile a quello di sede dell'amministrazione ai sensi dell'articolo 73 del TUIR⁵², dal punto di vista definitorio ha presentato numerose criticità.

Con l'obiettivo di risolvere tale problematica nell'aprile 2003 l'OCSE ha emesso un documento⁵³, modificato poi nel 2008⁵⁴, dove è stato eliminato il paragrafo 24 e si sono introdotti dei criteri per individuare la sede effettiva delle persone giuridiche. In particolare i parametri da tenere in considerazione riguardavano la gestione quotidiana dell'impresa⁵⁵ per quel che riguardava: il luogo delle riunioni del consiglio di amministrazione, il luogo dove l'amministratore delegato svolge le proprie mansioni, il luogo dove si trova la sede centrale della persona giuridica e quello in cui si trovano le scritture contabili.

Sulla base della formula introdotta nel 2008, non più modificata, anche il progetto BEPS⁵⁶ ha proposto la modifica del paragrafo 3; quest'ultimo, nell'Action 6, prevede che nei casi di dual residence gli Stati determinino la residenza mediante la Procedura Amichevole⁵⁷ considerando il PoEM e ogni altro fattore rilevante.

Come già accennato, le società multinazionali sono in costante evoluzione e sono passate da un'organizzazione per aree geografiche a modelli organizzativi funzionali, rendendo difficile delineare il concetto di PoEM⁵⁸.

Ecco che il criterio della sede effettiva non può essere esclusivo nel determinare la residenza, ma sarà necessario verificare se la

⁵² THIONE M., L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi, in *Il Fisco*, 4/2010, 542 ss.

⁵³ OECD, Discussion Draft, Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention, Maggio 2003.

⁵⁴ The 2008 update to the OECD Model Tax Convention, in www.oecd.org (28/06/17)

⁵⁵ FACCHINI F., PORRO A., *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa CFC alla controllate estere stabilite in paesi "white list"*, in AA.VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014, 107.

⁵⁶ Per Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) si intende *"l'insieme di strategie di natura fiscale che talune imprese pongono in essere per erodere la base imponibile (base erosion) e dunque sottrarre imposte al fisco. La traslazione dei profitti (profit shifting) da paesi ad alta imposizione a paesi a tassazione nulla o ridotta è, di fatto, essa stessa una strategia che conduce all'erosione della base imponibile. Tali pratiche sono consentite: da strategie fiscali aggressive in contesti ad alto tasso di innovazione, digitalizzazione e globalizzazione; dalla rigidità dei sistemi fiscali a fronte di una estrema "flessibilità dei redditi di impresa"; dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano; dall'assenza di co-ordinamento e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali ad esempio in termini di un differenziale trattamento (a fini fiscali) delle componenti di bilancio di impresa (e.g. interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle voci reddituali associate a transazioni intra-gruppo e non."* (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>)

⁵⁷ VALENTE P., L'art. 25 del modello OCSE: la procedura di composizione delle controversie internazionali, in *Il fisco*, 9/2014, 863.

⁵⁸ AA.VV., Esterovestizione e trasferimenti di sede: il coordinamento rimane difficile, in *Il Sole 24 Ore*, 2/2017, 25 ss.

controllata è un'entità reale o è stata istituita per ottenere solo vantaggi fiscali⁵⁹; questo è possibile individuarlo tramite la nozione di stabile organizzazione⁶⁰ o con i criteri previsti dalla giurisprudenza internazionale per identificare le società "schermo" e quelle costruite con artificio.

Infine l'Italia, a seguito delle osservazioni al modello OCSE, ha ridotto la portata della nozione di PoEM sostenendo che non va considerata la sola sede di direzione effettiva, ma anche il luogo dove viene svolta l'attività in concreto; tale aggiunta comporta la considerazione di un ulteriore elemento oltre a quello in cui si assumono le decisioni strategiche.

6. La stabile organizzazione occulta

Si ha avuto modo di constatare, nel paragrafo precedente, come il criterio della sede effettiva non sia più sufficiente per individuare la residenza fiscale di un ente o società poiché ci si trova in un contesto dinamico dove sono necessari ulteriori criteri di identificazione. A supporto di tale problematica interviene il concetto di stabile organizzazione che comporta l'assoggettamento ad imposizione di soggetti non residenti, per meglio dire a quelli legati a questi ultimi da rapporti di controllo, pur non essendo indicato nell'articolo 73 del TUIR.

La definizione di stabile organizzazione, nel nostro ordinamento, è contenuta nell'articolo 162 del TUIR⁶¹ primo comma che stabilisce: *“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, l'espressione «stabile organizzazione» designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato”*.

L'Amministrazione Finanziaria, dopo vari dibattiti, ha individuato gli elementi costitutivi della stabile organizzazione, in primo luogo nell'esistenza di una installazione fissa in senso tecnico (locali, materiali, attrezzature), in secondo luogo nell'esercizio dell'attività da parte dell'impresa per mezzo di detta installazione ed

⁵⁹ AA.VV., *Reati tributari e sistema normativo europeo. La riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, Milano, 2017, 196 ss..

⁶⁰ Art. 162, D.P.R. n. 917/1986.

⁶¹ La definizione di stabile organizzazione fu introdotta, per la prima volta nel nostro diritto interno il 1° gennaio del 2004 dall'articolo 1 del decreto legislativo del 12/12/2003 n. 344 che introdusse nel TUIR l'art.162 ⁽¹⁾, in seguito novellato dall'articolo 1, comma 1010, della Legge del 27/12/2017 n. 205

infine nell'autonomia funzionale rispetto alla casa madre. Infine, la stessa Amministrazione finanziaria, si ritiene che le stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti devono essere ritenute fiscalmente assorbite nella residenza della casa-madre; di conseguenza la stabile organizzazione è tenuta ad applicare ai redditi prodotti relativamente alla sua attività istituzionale lo stesso regime fiscale previsto per i redditi prodotti dalla casa-madre⁶². È importante ricordare che la stabile organizzazione è un concetto prettamente fiscale, la quale permette allo stato in cui l'impresa viene svolta di tassare i redditi prodotti da un soggetto non residente; quest'ultimo assoggetta a tassazione il reddito prodotto dal suo braccio operativo, il quale viene tassato anche in Italia che riconoscerà un credito d'imposta per le imposte pagate all'estero.⁶³ L'articolo 172, lineare nella sua formulazione, rappresenta una fattispecie molto importante sia per le conseguenze, comporta l'assoggettamento ad imposizione della sede fissa di affari, sia nel caso in cui tenuta occulta permette, come gli altri criteri di identificazione della residenza fiscale, di individuare la volontà di eludere il fisco da parte di un soggetto giuridico collegato a realtà estere. La stabile organizzazione funge da collegamento tra il territorio nazionale e quello di una società non residente, nel caso in cui quest'ultima svolga attività d'impresa in Italia e di conseguenza integrando così il presupposto d'imposta. La differenza con il concetto di residenza fiscale ai sensi dell'articolo 73 comma 3 e 5-bis (esterovestizione) del TUIR sta nel dichiarare di essere dei soggetti esteri ma residenti di fatto nello stato italiano, mentre con riferimento alla stabile organizzazione occulta si nasconde all'Amministrazione Finanziaria l'esistenza della società. Quest'ultima può essere definita come una particolare forma di stabile organizzazione che si presenta allorché la struttura organizzativa di una società appartenente ad un gruppo multinazionale dipende dallo svolgimento di un'attività economica riferibile ad altra impresa consociata. La stabile organizzazione è detta occulta in questa ipotesi, appunto perché si nasconde all'interno della struttura organizzativa di una sussidiaria residente dotata di un'autonoma soggettività⁶⁴; trattasi

⁶² Cfr. Circolare ministeriale 17 marzo 1979 n.12/345 e Nota 20 marzo 1981 n. 330470.

⁶³ In particolare *“Le società, gli enti e gli imprenditori di cui al primo comma che esercitano attività commerciali all'estero mediante stabili organizzazioni e quelli non residenti che esercitano attività commerciali in Italia mediante stabili organizzazioni, devono rilevare nella contabilità distintamente i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse”*. Il fisco prevede quindi che le operazioni di gestione della stabile organizzazione siano tenute distinte da quelle della casa madre

⁶⁴ In particolare la dottrina concorda nel definire la stabile organizzazione *“come una sede fissa di affari in cui un'impresa effettua la sua attività (anche inconsapevolmente), mediante una organizzazione di persone e mezzi, ma senza dichiararne i relativi proventi, dalla stessa generati e ad essa direttamente imputabili”*. CAGNONI D. -D'UGO A.-GERMANI A., *Riqualficazione in Italia della residenza di soggetti esteri: possibili strategie diensive*, in *Il fisco*, 22 febbraio 2016, pag. 761

di una sede d'affari in cui un'impresa estera esercita in tutto o in parte la propria attività, consapevole o meno, mediante una struttura organizzata di uomini e mezzi ovvero per il tramite di un soggetto in qualità di agente dipendente o indipendente, nascondendo all'Amministrazione fiscale dello Stato in cui è localizzata, i relativi profitti imputabili o i redditi generati dall'attività svolta.⁶⁵

Il Modello OCSE, paragrafo 7 dell'articolo 5, elenca cinque ipotesi in cui si configura la stabile organizzazione occulta che rappresentano delle fattispecie al verificarsi delle quali il Fisco potrebbe scoprire situazioni in cui una società nasconde il reddito imponibile che produce in Italia, in virtù del rapporto di collegamento con una società estera; ci si riferisce in concreto a:

- una società estera esercita il controllo su una società italiana, quest'ultima può essere definita stabile organizzazione occulta dell'impresa non residente ai fini delle imposte sul reddito nel caso in cui l'attività sia esercitata per conto della casa madre;

una società estera è legata da un rapporto di controllo nei confronti di una società italiana, quest'ultima può essere definita stabile organizzazione occulta dell'impresa non residente ai fini delle imposte sul reddito per quanto riguarda l'attività svolta e le modalità di svolgimento della stessa in qualità di agente dipendente (ai sensi dell'articolo 5 modello OCSE) della holding;

-una società estera esercita il controllo su una società italiana e un ramo d'azienda di quest'ultima può essere qualificata come stabile organizzazione occulta dell'impresa non residente ai fini delle imposte sul reddito, con riferimento all'attività svolta e alle modalità di svolgimento della stessa;

-una società estera ha un ufficio in una società italiana che può essere considerato stabile organizzazione occulta ai fini delle imposte sul reddito con riferimento all'attività svolta e alle modalità di svolgimento della stessa;

-tra la società estera e quella residente non esiste alcun tipo di rapporto di controllo e non vi è la presenza nel territorio italiano di un ufficio di rappresentanza, ma la stabile organizzazione occulta si può configurare nello svolgimento di un'attività d'impresa in incognito mediante una struttura di uomini e mezzi.⁶⁶

Le modalità di identificazione delle fattispecie appena indicate possono essere molteplici dal momento che sono presenti più oggetti di osservazione, infatti la stabile

⁶⁵ VALENTE P., VINCIGUERRA L., "Stabile organizzazione occulta, profili applicativi nelle verifiche", *Fiscalità Internazionale*, IPSOA, 2013.

⁶⁶ VALENTE P., VINCIGUERRA R., *Stabile organizzazione occulta profili applicativi nelle verifiche*, pag. 14.

organizzazione occulta può essere presente nel caso in cui si svolgano degli incarichi per conto della società non residente senza corrispettivo, oppure quando ci sono dei rapporti di subordinazione del personale italiano con quella estera; infine la si può desumere dalla presenza di un soggetto italiano, senza poteri contrattuali, nella fase di stipula dei contratti in nome e per conto della società estera.

Occultare una stabile organizzazione ha lo scopo di sottrarre all'Amministrazione Finanziaria il prelievo fiscale di quest'ultima, in modo tale da considerare il soggetto di riferimento come estero puro e applicare quindi l'articolo 23⁶⁷ del TUIR.

Per verificare l'applicazione dell'articolo 5, comma 7, del modello OCSE si deve fingere che tra controllata e controllante non vi sia alcun rapporto di controllo; in questo modo i criteri che determinano la stabile organizzazione sono presenti dopo aver attentamente verificato i contratti stipulati, le dichiarazioni di vario genere e le varie situazioni che hanno portato una società a svolgere l'attività in uno stato piuttosto che in un altro.

⁶⁷ Applicazione dell'imposta ai non residenti , art. 23 TUIR :” *Ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato:*

- a) i redditi fondiari;*
 - b) i redditi di capitale corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti, con esclusione degli interessi e altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali;*
 - c) i redditi di lavoro dipendente prestato nel territorio dello Stato, compresi i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 50;*
 - d) i redditi di lavoro autonomo derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato;*
 - e) i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni;*
 - f) i redditi diversi derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato e da beni che si trovano nel territorio stesso, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti, con esclusione:*
 - 1) delle plusvalenze di cui alla lettera c-bis) del comma 1, dell'articolo 67, derivanti da cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti negoziate in mercati regolamentati, ovunque detenute;*
 - 2) delle plusvalenze di cui alla lettera c-ter) del medesimo articolo derivanti da cessione a titolo oneroso ovvero da rimborso di titoli non rappresentativi di merci e di certificati di massa negoziati in mercati regolamentati, nonché da cessione o da prelievo di valute estere rivenienti da depositi e conti correnti;*
 - 3) dei redditi di cui alle lettere c-quater) e c-quinquies) del medesimo articolo derivanti da contratti conclusi, anche attraverso l'intervento d'intermediari, in mercati regolamentati;*
 - g) i redditi di cui agli articoli 5, 115 e 116 imputabili a soci, associati o partecipanti non residenti.*
- 2. Indipendentemente dalle condizioni di cui alle lettere c), d), e) e f) del comma 1 si considerano prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti:*
- a) le pensioni, gli assegni ad esse assimilati e le indennità di fine rapporto di cui alle lettere a), c), d), e) e f) del comma 1 dell'articolo 17;*
 - b) i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere*
 - c), c-bis), f), h), h-bis), i) e l) del comma 1 dell'articolo 50;*
 - c) i compensi per l'utilizzazione di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di marchi di impresa nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico;*
 - d) i compensi corrisposti da imprese, società o enti non residenti per prestazioni artistiche o professionali effettuate per loro conto nel territorio dello Stato.”*

Dal punto di vista sanzionatorio, essendo il cuore della presente trattazione se ne parlerà abbondantemente di seguito, bisogna considerare che si applicano diverse norme di riqualificazione territoriale, comportando differenti conseguenze in base a quanto fissato dall'ordinamento tributario. Infine si reputa necessario considerare due aspetti in relazione con la nozione di stabile organizzazione occulta in modo tale da ricondursi all'esterovestizione.

In prima istanza è tassativo valutare ogni situazione a se, soprattutto il legame tra la controllata italiana, palese o nascosta, e il soggetto estero, osservando il rapporto che hanno le figure direttive⁶⁸ di quest'ultima con la società italiana e prestando attenzione all'attività effettiva.

In seconda istanza si considera il rapporto di direzione e coordinamento che sussiste tra controllante estera e controllata italiana, in quanto non è detto che l'esistenza di quest'ultimo sia sintomo della presenza di una stabile organizzazione occulta.⁶⁹

Tale aspetto ha lo scopo di evidenziare come sia fondamentale mantenere la concentrazione sull'obiettivo principale della norma a contrasto dell'esterovestizione, ossia individuare i comportamenti illeciti da quelli leciti; in merito a questo si aggiunge, a rinforzo del concetto di stabile organizzazione, l'importanza dell'attività di direzione e coordinamento della controllante estera nei confronti della controllata italiana.

La stabile organizzazione occulta sarà svelata dall'Amministrazione Finanziaria soltanto nel caso in cui la società italiana sia nascosta con l'obiettivo di sfuggire all'imposizione e non nel caso in cui si occupi di attività sussidiarie e preparatorie rispetto alla holding; Di conseguenza non si potrà quindi adottare una misura unica di persecuzione fiscale per tutte le controllate italiane da parte di soggetti non residenti solamente perché vi è la direzione da parte di questi ultimi. Si deduce che vi è la necessità di un'analisi minuziosa e precisa, mettendo in luce gli aspetti economici, le scelte imprenditoriali e le strategie dei soggetti coinvolti.

7. La disciplina CFC

⁶⁸ In particolare quelle amministrative, infatti sussiste l'esterovestizione della società residente fuori dall'Italia se il suo amministratore ha legami soggettivi importanti con aziende italiane che supportano la conclusione dei contratti all'estero. Cass. Pen., 22 febbraio 2017, n.4576

⁶⁹ Si veda Cass. Pen., 30 ottobre 2015, n. 43809.

Chi risulta fiscalmente residente e detiene partecipazioni in enti esteri deve osservare l'articolo 167 del TUIR che riguarda la normativa delle Controlled Foreign Company (normativa CFC) in merito alla tassazione per trasparenza del reddito percepito dal soggetto controllante italiano. La disciplina in esame è lo strumento utilizzato dagli ordinamenti fiscali dell'UE per contrastare i fenomeni di elusione per quanto riguarda la fittizia localizzazione di consistenti redditi in partecipate estere aventi fiscalità privilegiata. Nel caso in cui la società estera in regime di fiscalità privilegiata dovesse conseguire redditi derivanti dalla detenzione, o investimento, di azioni (titoli o crediti) superiore ad un terzo, la società controllante italiana dovrà tassare per trasparenza il reddito che gli spetta derivante dalla partecipazione nella controllante estera a prescindere dalla distribuzione dei dividendi.

La disciplina CFC si applica nel caso di possesso, da parte di soggetti ed enti con residenza fiscale in Italia, di redditi in paesi UE o Extra-UE aventi fiscalità privilegiata; questo corrisponde al requisito soggettivo, consentendo al legislatore di identificare i soggetti che devono osservare tale normativa. Vi sono anche due requisiti oggettivi da rispettare: le società controllate estere hanno una tassazione effettiva inferiore al 50% rispetto a quella a cui sarebbero tassate se residenti in Italia; superano l'1/3 di *passive income*. Rientrano anche i redditi delle controllate estere che provengono, a loro volta, da stabili organizzazioni.

La normativa in esame presuppone che vi sia una controllata estera con fiscalità privilegiata e il concetto di controllo può essere ricondotto a quello dell'articolo 2359 del codice civile che deve coincidere con la data di chiusura dell'esercizio del soggetto controllato; si considerano controllati non residenti anche le stabili organizzazioni dei soggetti controllati non residenti e le stabili organizzazioni estere di soggetti residenti che considerano il regime della branchexemption.

Verificata la normativa CFC si deve determinare il reddito imponibile, partendo dal bilancio della controllata estera e apportando le variazioni italiane, che sosterà la tassazione per trasparenza con un'aliquota media applicata al reddito del soggetto residente (non inferiore al 26%).

Esiste la possibilità di disapplicare tale disciplina usufruendo dell'interpello disapplicativo oppure attraverso il parere preventivo dell'Agenzia delle Entrate; è importante dimostrare che non vi sono intenti elusivi e che la società controllata estera non sia di puro artificio. Solo in tal caso la tassazione per trasparenza CFC non sarà applicata.

Delineato le caratteristiche principali delle CFC, risulta ora doveroso evidenziare il rapporto che intercorre tra queste ultime e il comma 5-bis dell'articolo 73 del TUIR. Esiste un'interconnessione nel caso in cui un soggetto residente sia il controllante di una società o ente che rientra nel perimetro applicativo dell'articolo 167 del TUIR che, a sua volta, abbia delle partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia⁷⁰.

La nozione di esterovestizione di diritto ha come effetto quello di assoggettare il soggetto ad imposizione italiana in quanto residente in base a quanto già detto in precedenza; la disciplina delle CFC, invece, si focalizza sul "tax deferral", ossia sulla delocalizzazione di attività in paesi a fiscalità privilegiata con l'obiettivo di rinviare in Italia la tassazione dei redditi prodotti in questi ultimi.

Non risulta possibile attribuire i redditi delle controllate estere ad un soggetto che risulta esterovestito dal momento che quest'ultimo sarà sottoposto alla tassazione in Italia; è evidente che la presunzione di residenza nello stato italiano della controllata estera rende inapplicabile la disciplina CFC (art. 167 TUIR), in modo da impedire che il reddito (della controllata) sia imputato alla controllante italiana poiché quest'ultimo risulta prodotto da un soggetto residente e, di conseguenza, da dichiarare in Italia.

Nel caso in cui venga contestata la localizzazione fittizia al contribuente estero, quest'ultimo, attraverso prove concrete documentali, può dimostrare che la propria attività risulta essere non esterovestita potendo così applicare la normativa CFC dopo aver verificato l'esistenza dei presupposti di applicazione. È la cosiddetta prova contraria alla presunzione di residenza dell'articolo 73 comma 5-bis del TUIR che consentirebbe di applicare la disciplina CFC, imputando quindi per trasparenza il reddito alla controllante italiana. Da quanto appena detto si evince che l'esterovestizione punisce un comportamento diverso da quello delle CFC.

⁷⁰ Circolare n. 1/2018 del Comando Generale della Guardia di Finanza

CAPITOLO II: L'EVOLUZIONE NORMATIVA

1. Premessa. 2. La categorizzazione tra elusione, evasione e lecito risparmio d'imposta. 3. La normativa elusiva prima dell'articolo 10. 4. L'articolo 10 della Legge del 29 dicembre 1990. 5. L'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973. 5.1 La norma sostanziale: commi 1 e 3. 5.2 La norma procedimentale: comma 2 art. 37-bis. 6. Il principio antiabuso: dal profilo comunitario a quello domestico. 7. La normativa ante riforma

1. Premessa

Come si avrà modo di capire nel prossimo capitolo attraverso l'analisi del caso Dolce e Gabbana, l'accusa di esterovestizione fu integrata dal reato di omessa dichiarazione ai sensi dell'articolo 5 D. Lgs. 74/2000. Il processo si concluse con l'assoluzione dei due stiliti e dopo tale sentenza ci fu una radicale svolta per quel che riguardava le norme antielusione.

In questa sede è utile ricostruire la normativa previgente all'emissione di tale sentenza in modo da capire quale sia stato l'excursus storico che ha portato alla definizione della nuova disciplina a contrasto dell'elusione

Il primo paragrafo illustrerà le differenze principali tra evasione ed elusione fiscale e la loro definizione, specificando in quale caso la fattispecie sia sottoposta a sanzioni penali o meno.

Si proseguirà poi a ripercorrere la strada che ha portato il legislatore ad introdurre le prime disposizioni in materia di elusione fiscale.

In particolare si analizzerà l'articolo 10 introdotto dalla Legge 408 del 29 dicembre 1990 n. 408, che fu la prima vera disposizione a contrasto delle operazioni elusive; si porrà l'accento sul termine "*fraudolentemente*", che destò parecchi pareri discordi in merito alla sua interpretazione, e il significato di "*valide ragioni economiche*" che non dovevano sussistere se l'Amministrazione Finanziaria voleva accusare il contribuente di essersi appropriato di un vantaggio indebito.

La trattazione continuerà con l'analisi dell'articolo 37-bis, introdotto dal nel d.p.r n. 600 del 29 settembre 1973. Le principali novità riguardavano l'abolizione del termine "*fraudolentemente*" e la presenza di un elenco nel terzo comma che prevedeva le fattispecie ritenute elusive. Come si avrà modo di vedere, l'imitava un po' il campo d'azione in primo luogo perché non si sapeva come ci si dovesse comportare in caso di

situazioni non previste. In più la norma non era retroattiva e quindi ci si interrogava su come trattare le operazioni poste in essere prima dell'entrata in vigore della norma.

Infine si analizzerà l'orientamento giurisprudenziale e la codificazione del principio, di derivazione comunitaria, di divieto di abuso del diritto nell'articolo 53 della Costituzione.

2. La categorizzazione tra elusione, evasione e lecito risparmio d'imposta

Il fenomeno dell'esterovestizione ha da sempre creato non pochi problemi, sia dal punto di vista interpretativo sia per quel che concerne l'inquadramento normativo.

In prima battuta è fondamentale evidenziare che la tematica in esame ha un'identità a sé stante rispetto a quanto indicato nell'articolo 73 del TUIR, poiché quest'ultimo si occupa di definire in via anticipata se il soggetto giuridico in esame sia o no residente in Italia e non a contrastare l'eventuale residenza fittizia.

Risulta ora importante prestare attenzione alla rilevanza penale dell'esterovestizione, argomento oggetto di un dibattito molto acceso per quel che riguarda l'indebito vantaggio fiscale che un soggetto potrebbe conseguire e in che modo, lo stesso, possa integrare i reati in materia di imposte sui redditi e iva⁷¹, alla stregua anche della nuova definizione di abuso del diritto⁷² di cui se ne parlerà abbondantemente nel quarto capitolo.

Il presupposto, fondamentale ai fini della comprensione del fenomeno, è capire se l'esterovestizione si possa definire come una condotta elusiva o evasiva, dato che si considerano

conseguenze differenti a seconda del caso considerato.

La differenza più evidente riguarda il piano sanzionatorio che considera la condotta di elusione meno grave rispetto all'evasione, fattispecie alla quale il legislatore applica sanzioni penali.

Al contrario, risulta in concreto complesso identificare le caratteristiche delle due fattispecie, ove spesso si incontrano molte problematiche, e l'unica soluzione sembra quella di orientarsi sulle definizioni concettuali.

⁷¹ Riguarda il D. Lgs. del 10 marzo 2000, n. 74 a norma dell'articolo 9 della Legge del 25 giugno 1999, n. 205.

⁷² Introdotta dal D. Lgs. del 5 agosto 2015, n. 128.

Nella prassi, l'elusione è situata tra l'evasione fiscale e il lecito risparmio di imposta⁷³. L'evasione fiscale si traduce nella violazione diretta di una norma tributaria e comporta di conseguenza la sottrazione di materia imponibile al prelievo⁷⁴. *“Il fatto imponibile descritto nella norma esiste nella sua integrità, per cui l'azione del soggetto passivo non è volta a modificarne legalmente la struttura, ma a sfuggirne illegalmente alle conseguenze⁷⁵”*. La norma presenta dei tratti lineari, anche se il rapporto tra il contribuente e l'Amministrazione Finanziaria è sempre stato altalenante; infatti, prima delle riforme degli anni '70, spettava a quest'ultima la raccolta delle informazioni necessarie presso i contribuenti per elaborare la loro base imponibile.

Dopo le riforme, invece, il compito della raccolta delle informazioni ha iniziato ad essere a carico del contribuente, che mediante il documento della dichiarazione dei redditi doveva, e deve tutt'ora, trasmettere al Fisco le informazioni necessarie. In sintesi, *“l'evasione è sinonimo di illecito (amministrativo o penale): essa è generalmente realizzata occultando il risparmio di imposta... Chi evade pone in essere il presupposto di imposta, ma poi si sottrae alle conseguenze fiscali che ne derivano”⁷⁶*.

Il legittimo risparmio ricorre quando la diminuzione del carico fiscale è ottenuta dal contribuente regolando i propri affari in modo da realizzare la fattispecie impositiva in misura minima, o addirittura non realizzarla affatto. In sostanza il contribuente utilizza mezzi leciti per evitare il perfezionamento del presupposto di imposta. Si tratta quindi di optare per l'alternativa proposta dal legislatore che preveda il minor onere fiscale.

L'elusione fiscale, come già anticipato, si posiziona tra l'elusione e il lecito risparmio d'imposta; rappresenta una zona grigia che contiene degli elementi sia dell'uno sia dell'altro. Trattasi di una condotta avente lo scopo di ottenere un risparmio d'imposta, non vietato espressamente dalla norma, *ma incompatibile con i principi tributari*.⁷⁷.

Da quanto appena detto, si può dedurre che l'elusione è composta da tre elementi:

⁷³TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2008, pag. 247.

⁷⁴TABELLINI P. M., *L'elusione fiscale*, Milano, 1988, pag. 21.

⁷⁵CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale: il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 134.

⁷⁶TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, cit., pagg. 248-249.

⁷⁷BONTÀ F. M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale, Tesi di dottorato, Corso di dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali*, Curriculum diritto tributario, Università di Pisa, a.a. 2011/2012, p. 28.

1. L'elemento soggettivo: è l'intenzione nel voler ottenere un risparmio d'imposta, adottando un comportamento che ha come scopo l'attenuazione del carico fiscale;

2. L'elemento oggettivo: il comportamento diverso dalla procedura ordinariamente utilizzata per raggiungere un determinato scopo;

3. Il risparmio d'imposta indebito.

In base a quanto appena detto, l'elusione si differenzia dall'evasione in quanto è realizzata con strumenti leciti e, da un punto di vista giuridico, è distinguibile dal lecito risparmio di imposta solo se è consentito al Fisco di reagire con uno degli strumenti di contrasto.

3. La normativa antielusiva prima dell'articolo 10

Già dalla seconda metà dell'Ottocento nei paesi europei come Francia, Germania ed Inghilterra l'industrializzazione era progredita con una spinta molto significativa, tant'è che il fenomeno dell'elusione d'imposta era già conosciuto.

È solo agli inizi del Novecento che comparve in Italia, dove le casistiche riguardavano i prelievi sulla circolazione della ricchezza. Le prime norme antielusive, infatti, si possono ricondurre al 1923 e riguardavano i Decreti che istituirono l'imposta sulle successioni, sulle donazioni e di registro.

Negli anni '60 fu presa in considerazione, dalla Commissione per lo Studio della Riforma Tributaria, la possibilità di inserire nel nostro ordinamento una clausola antielusiva di portata generale; quest'ultima venne però scartata dal momento che fu ritenuta ad uso arbitrario ed improprio da parte del fisco ed eccessivamente penetrante.

Negli anni Ottanta iniziarono a diffondersi le fusioni tra società con perdite fiscali, definite bare fiscali; questo era considerato un metodo legale per incorporare una società che presentava consistenti perdite pregresse e senza prospettive commerciali o reddituali. Lo scopo era quello di abbattere l'imponibile dell'incorporante utilizzando le perdite della incorporata.

È proprio da questo momento che in Italia si iniziò a considerare il problema dell'elusione fiscale. Fino ad allora l'idea del fenomeno era distorta e confusa, arrivando, addirittura, a tollerarlo.⁷⁸

⁷⁸ TABELLINI P. M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, 28.

Il 4 febbraio del 1986 ci fu il primo tentativo per contrastare l'elusione fiscale, avente lo scopo di arginare il fenomeno delle bare fiscali. In sostanza il progetto avrebbe permesso agli Uffici, previo parere positivo dell'Ispettorato, di considerare fiscalmente irrilevanti quegli atti aventi lo scopo, esclusivo o principale, di ridurre il carico tributario. Lo scopo principale di tale proposta era quello di definire un principio generale, in modo da avere un punto di partenza per contrastare l'elusione fiscale.

Il progetto fu oggetto di molte critiche e per tal motivo fu abbandonato. In particolare, una delle critiche principali riguardava, sul piano politico, il motivo per cui fu pensato, ossia per contrastare grandi operazioni di fusione in cui c'era di mezzo la partecipazione statale. L'accusa muoveva dal presupposto che non si erano considerate le esigenze dei gruppi pubblici.

Una seconda critica riguardava l'estrema discrezionalità lasciata all'amministrazione Finanziaria: potevano infatti esprimersi in merito all'irrelevanza degli atti, anche se leciti dal punto di vista formale, aventi come obiettivo esclusivo o principale il risparmio d'imposta.

Un secondo tentativo di contrasto dell'elusione fiscale fu il Disegno di Legge n. 1301, presentato al Parlamento dal Ministero delle Finanze nel 1988. In particolare il comma 1 dell'art. 31 rappresentava un bel pasticcio, poiché dava una definizione generale di elusione, creando così ancora più incertezza applicativa.

Considerando le critiche che furono fatte al progetto precedente, tale Disegno non consentiva agli Uffici di individuare le fattispecie potenzialmente elusive; infatti il comma 3 dell'articolo 31 del Disegno di legge prevedeva che gli uffici applicassero le sanzioni alle fattispecie indicate mediante decreto ministeriale previo parere favorevole del Consiglio di Stato.

Nonostante l'impegno per contrastare l'elusione fiscale, le norme dell'articolo 31 furono criticate duramente; il terzo comma prevedeva infatti che le disposizioni si applicassero *“ancorché verificatesi in data antecedente all'entrata in vigore della presente legge e sempre che non sia maturata la prescrizione o decadenza lo stesso trattamento tributario previsto dalla disposizione elusa”*. Fu proprio la valenza retroattiva la causa delle critiche, infatti tali norme furono eliminate dal testo del Disegno di Legge.

Per sopperire a quanto fatto, l'8 marzo 1989 si tentò di arginare il problema mediante la presentazione alla Camera dei Deputati del Disegno di Legge delega n. 3705 (Legge Colombo); dopo un complesso *iter* decadde per fine legislatura. Si lavorò

molto sul testo in quanto l'obiettivo era quello di attribuire agli Uffici maggiori poteri, in particolar modo per quel che riguardava l'identificazione dei comportamenti abusivi con il solo parere favorevole dell'Avvocatura dello Stato⁷⁹.

L'elemento principale che ha portato a tali tentativi di contrasto all'elusione fiscale era la tendenza del legislatore a non estendere i poteri di accertamento agli Uffici; questo, infatti, ha condizionato per molti anni la lotta al suo contrasto.

Mediante l'approvazione dell'articolo 10 della Legge 408 del 29 dicembre 1990 si iniziò a dare all'elusione fiscale una nuova veste, che sarà trattata nel prossimo paragrafo.

4. L'articolo 10 della Legge 408 del 29 dicembre 1990

Come anticipato nel paragrafo precedente, il 29 dicembre 1990 fu introdotto l'articolo 10 avente carattere generale⁸⁰; infatti, a differenza delle presunzioni legali che consideravano solo il caso singolo, quest'ultimo poteva essere applicato a più casistiche.

In particolare il testo indicava che *“è consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessioni o valutazioni di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta”*⁸¹.

L'articolo 10 era il risultato di più fonti: da un lato era collegato all'art. 11, comma 1, lett. A), direttiva CEE n. 434 del 23 luglio del 1990⁸² che riguardava il *“regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi”*⁸³; dall'altro lato era il risultato dei progetti degli anni '80, in particolar modo del Disegno di Legge n. 5108 del 1990 che riguardava la fusione di società (riforma art. 123 TUIR). Da un esame degli

⁷⁹ TABELLINI P. M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, pag. 135.

⁸⁰ FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2005, pag. 199; TRIVOLI A., *Contro l'introduzione di clausola generale antielusiva nell'ordinamento vigente*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, pag. 1361.

⁸¹ Art. 10 L. 408/1990.

⁸² ANDRIOLA M., *Ipotesi applicative di norme antielusive*, *Rass. Trib.*, 6, 2006, pag. 1906.

⁸³ In particolare l'art. 11 prevedeva che: *“Uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei tipi II, III e IV o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione, di scissione o di conferimento dell'attivo o di scambio di azioni: a) ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale: il fatto che una delle operazioni di cui all'articolo 1 non sia fatta per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali”*.

atti parlamentari, infatti, era emerso che la disposizione aveva lo stesso contenuto dell'articolo 9 comma 3 che riguardava appunto le fusioni di società.

Dato che la normativa era stata pensata per contrastare le fusioni per incorporazione aventi lo scopo di utilizzare il disavanzo da annullamento per far fronte alle perdite, il suo utilizzo per combattere l'elusione fiscale si rivelò repentino.

La disposizione, infatti, non può essere considerata particolare, ne tantomeno una norma generale contro l'evasione perché discrimina i fatti elusivi⁸⁴.

Prestando attenzione al comma 1 dell'articolo 10 si può notare la presenza di tratti sia tipici che generali. Per identificare le operazioni elusive dovevano sussistere, in contemporanea, due requisiti: “*scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta*” (requisito soggettivo) e “*valide ragioni economiche* (requisito oggettivo)”⁸⁵.

In merito alle “*valide ragioni economiche*” si può dire, a prima vista, che l'espressione esprimesse un interesse obiettivo, avente valida ragione ed effettivo. Di primo acchito la valida ragione economica è un presupposto imprescindibile dato il fine di realizzare un risparmio d'imposta, traducendosi poi in un beneficio finanziario come conseguenza dell'operazione realizzata.

In realtà si era optato per considerare la valida ragione economica non collegata al risparmio, ma come un qualcosa di extra-fiscale; infatti la tendenza era quella di considerarle come un parametro idoneo ad individuare le distorsioni che si verificavano rispetto alla funzione astrattamente riconosciuta all'ordinamento, mentre il risparmio era considerato l'obiettivo finale⁸⁶.

Quindi in assenza di valide ragioni economiche il vantaggio del contribuente ottenuto dall'operazione posta in essere veniva disconosciuto.

Per valutare se quest'ultimo fosse lecito si potevano comparare i risultati economici, oppure valutare l'elemento intenzionale rappresentato appunto dalle “*valide ragioni economiche*”; la novità stava proprio nell'introduzione dell'elemento intenzionale, difficile da dimostrare perché richiedeva delle indagini più complesse rispetto alla semplice comparazione dei risultati dell'operazione.

⁸⁴ CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale, il problema dell'elusione fiscale*, Padova, cit., pag. 233 ss.

⁸⁵ GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, Padova, 1992, pag. 1775 ss.

⁸⁶ PAPARELLA F., *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge 1990, n 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, in *Dir. e Prat. Trib*, I, 1995, pag. 1851.

Riprendendo in mano il testo dell'articolo 10, in base a delle interpretazioni, l'avverbio "*fraudolentemente*" si riferiva a dei concetti aventi natura penalistica⁸⁷ con particolare riferimento ai reati di frode fiscale, false comunicazioni ai soci e truffa.

L'ipotesi di collegamento con i reati penali derivava dal fatto che l'Amministrazione era obbligata a provare il dolo dei comportamenti messi in atto dal contribuente.

In realtà tale interpretazione non era corretta, dato che si trattava di condotte elusive, senza l'uso di mezzi fraudolenti e rispettose della normativa in vigore.

Infatti se il termine "*fraudolentemente*" fosse stato ritenuto in termini penali come un raggiro o un artificio⁸⁸ non sarebbe stato possibile applicarla⁸⁹.

Per tal motivo si ritenne di definirlo come un comportamento che un soggetto passivo avrebbe dovuto tenere, avvalendosi di una singola norma, per ottenere un vantaggio fiscale che non gli spettasse; in tal contesto l'applicazione della norma poteva essere evitata se gli indebiti vantaggi derivavano dalla struttura del sistema impositivo⁹⁰.

È prevalsa di conseguenza l'opinione di considerare l'avverbio "*fraudolentemente*" nel senso di agire "con frode", vale a dire la preordinazione ad un risultato vietato. La norma infatti non vietava il risparmio d'imposta in modo assoluto; quest'ultimo era possibile a determinate condizioni

L'espressione "*scopo esclusivo*", nonostante abbia destato molte perplessità, poteva essere sostituito dall' "*obiettivo principale*" previsto nella direttiva comunitaria 434/90/CEE, con la sola differenza che la normativa italiana prevedeva che l'operazione fosse mirata al raggiungimento di un risparmio d'imposta effettivo.

L'onere di provare il fine del contribuente spettava all'Amministrazione finanziaria e tutte quelle operazioni, mediante prova contraria fornita dal contribuente, che non presupponevano un risparmio fraudolento d'imposta restavano impregiudicate⁹¹.

⁸⁷ TRIVOLI A., *Contro l'introduzione di clausola generale antielusiva nell'ordinamento vigente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, I, pag. 1366.

⁸⁸ NUZZO E., *Elusione, abuso dello strumento negoziale, frodolenza*, in *Rass. Trib.*, 1996, pag. 1315.

⁸⁹ ZOPPINI G., *Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, 2, pag. 92 sostiene che se l'avverbio "*fraudolentemente*" fosse inteso in senso penalistico si sarebbe in "*presenza di un elemento ontologicamente incompatibile con la condotta elusiva, cioè la predisposizione di uno schermo, di un artificio, ... che viene posto tra al realtà e l'osservatore, ossia il compimento di atti fittizi, che non possono essere coniugati con la realizzazione della condotta elusiva, la punto da rendere la norma de qua del tutto contraddittoria, perché un comportamento fondato su atti fittizi ... poteva essere sindacato anche prima dell'introduzione nell'ordinamento della norma stessa*"

⁹⁰ LUPI R., *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie*, in *Riv. Trib.*, 1992, I, pag. 448.

⁹¹ TRIVOLI A., *Contro l'introduzione di clausola generale antielusiva nell'ordinamento vigente*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, cit., I, pag. 1365.

Il testo originario del Disegno di Legge n. 5108/90, da cui deriva l'articolo 10, indicava lo “*scopo prevalente*”, sostituito poi dallo “*scopo esclusivo*”. Tale sostituzione implicava che il vantaggio fiscale doveva essere raggiunto mediante un preciso disegno ex ante formulato dal contribuente.

Secondo alcune interpretazioni nel caso in cui le “*valide ragioni economiche*” avessero cessato di essere un requisito autonomo, regredivano al ruolo di rivelatore della volontà del contribuente ad ottenere, con frode, un risparmio d'imposta. L'articolo 10, invece, presupponeva la distinzione di tali requisiti⁹².

Nel caso in cui l'Amministrazione Finanziaria avesse riscontrato i presupposti⁹³, ossia “*le valide ragioni economiche*” e lo “*scopo esclusivo*” di agire con frode al fine di ottenere dei vantaggi fiscali indebiti, poteva far disconoscere le operazioni realizzate dal contribuente ai fini fiscali⁹⁴.

È importante evidenziare che la norma non veniva meno dal punto di vista sostanziale, ma restava valida nei confronti di tutti. Quest'ultima aveva lo scopo di recuperare le imposte risparmiate una volta verificati i presupposti e la fattispecie individuata tassativamente dalla disposizione⁹⁵.

L'Amministrazione Finanziaria, dal tenore letterale della norma, non sembrava avesse un obbligo di disconoscere i vantaggi fiscali indebiti, ma solamente un potere di individuare quale fosse il tipo di vantaggio che il contribuente si fosse procurato e le caratteristiche dell'operazione conclusa.

Secondo un orientamento condivisibile tale potere era riconducibile alla discrezionalità tecnica⁹⁶.

In merito al vantaggio tributario di certo non poteva essere incerto e indecifrabile; doveva necessariamente tradursi in un beneficio misurabile da un punto di vista quantitativo. Per tal motivo poteva corrispondere solamente ad un minor prelievo e quindi ad un risparmio.

È da precisare che la nozione di vantaggio è più ampia rispetto a quella di risparmio, infatti l'uno contiene l'altro. Il vantaggio indica il raggiungimento di una

⁹² CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, 1992, cit., p. 234.

⁹³ FALSITTA V.E., *Interpretazione, elusione fiscale e potestà amministrative*, in *Riv. Dir. trib.*, 1996, pagg. 260 ss

⁹⁴ STEVANATO D., *Normativa antielusiva: le novità della finanziaria 1995*, in *Rass. dir. trib.*, 3, 1995, pag. 436.

⁹⁵ GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, pag. 1776

⁹⁶ CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pagg. 329-330 si può definire la discrezionalità tecnica come “*la possibilità di scelta che spetta all'amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, e si riduce a una attività di giudizio a contenuto scientifico. Molto spesso, infatti, i presupposti fissati dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo vi sono fatti (complessi) che non possono essere giudicati semplicemente come esistenti o inesistenti (quelli che tollerano un giudizio di tal genere sono i fatti semplici) e che, dunque, non sono suscettibili di mero accertamento che non lasci spazio a valutazioni*”.

posizione nel complesso più favorevole, mentre il risparmio si riferisce a una riduzione del carico fiscale. Quest'ultimo rappresenta quindi una tipologia di vantaggio⁹⁷.

Il risparmio deve quindi corrispondere ad un beneficio misurabile da un punto di vista quantitativo e può tradursi in un minor prelievo, oppure in un differimento dello scadenzario debiti, considerando che anche un ritardato pagamento può considerarsi un vantaggio finanziario.

Affinché si possa parlare di risparmio, deve per forza sussistere un presupposto; nel caso in cui dovesse mancare quest'ultimo non potrà di certo esserci un vantaggio. Entrambi devono sottostare al principio di legalità, vale a dire che il loro fondamento è in una legge.

Nell' articolo 10, il legislatore, anziché optare per una definizione generale, ha previsto una serie di casistiche indicandole in modo tassativo; per operazioni elusive si intendono le concentrazioni, lo scorporo, la liquidazione, la cessione di crediti e cessioni o valutazioni di valori mobiliari, la valutazione di partecipazioni, la riduzione di capitale e la trasformazione.

Era difficile trovare un unico criterio di natura fiscale in quanto le operazioni riguardano aspetti esterni alla struttura societaria e alla modifica della compagine sociale⁹⁸; questo perché manifestano diversi profili di eterogeneità.

I dubbi derivavano dal fatto che le operazioni sopraindicate non avevano solamente l'obiettivo di ottenere un vantaggio fiscale; in tal senso il compito dell'Amministrazione Finanziaria era quello di disconoscere l'indebito vantaggio d'imposta nel caso in cui non ci fossero state le valide ragioni economiche e lo scopo esclusivo fosse quello di ottenere fraudolentemente un risparmio.

Venendo ora agli aspetti pratici, questo comportava un primo accertamento in capo alla società e un secondo in capo ai soci⁹⁹. Nel caso in cui fosse individuata l'operazione elusiva veniva disconosciuta, e successivamente si andava ad accertare quella che sarebbe dovuta essere l'effettiva operazione imponibile.

La scissione fu introdotta con il D.Lgs n. 22 del 16 gennaio 1992 e pare possibile associare lo scorporo con quest'ultima; infatti in passato era già stata definita

⁹⁷ FALSITTA V.E., *Interpretazione, elusione fiscale e potestà amministrative*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, 4, pagg. 265 ss.

⁹⁸ PAPARELLA F., *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge 1990, n. 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, op. cit., pagg. 1840 ss.

⁹⁹ FERRETTO S., *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, in *Riv. Dir. trib.*, 1992, pagg. 431 ss.

scorporazione e di conseguenza è possibile definire il conferimento in natura come una concentrazione¹⁰⁰.

Sia nel caso della fusione che in quello della concentrazione si ha una concentrazione economica d'impresa, senza sopprimere però la loro personalità giuridica; il risultato di queste operazioni è il medesimo, ma dal punto di vista giuridico adoperano vie diverse e di conseguenza sarà diverso anche il trattamento tributario¹⁰¹.

Nel caso di conferimento di azienda o di un ramo di essa, la conferente diventa socia della conferitaria e apporta beni mobili ed immobili il cui valore dipende dalla perizia di un esperto nominato dal Tribunale. Il fisco non rettifica però il valore del conferimento che risulta dalla perizia.

Nel caso in cui si volesse individuare un ipotetico caso di elusione fiscale è necessario considerare gli avvenimenti passati e futuri¹⁰²; l'elusione, infatti, non è un atto isolato ma una serie di atti che dipendono l'uno dall'altro¹⁰³.

Il fenomeno dell'elusione fiscale va considerato quindi come un articolato insieme di atti che fanno parte di un complesso disegno, progettato per il fine che si vuole raggiungere¹⁰⁴.

Con l'articolo 10 si cercò di soddisfare due esigenze completamente diverse: la garanzia di far operare gli imprenditori come meglio ritenevano opportuno senza che l'Amministrazione Finanziaria sindacasse le scelte e la possibilità di sindacare i comportamenti elusivi.

Infatti la disposizione permetteva, una volta individuate le operazioni indicate in modo tassativo dalla legge, di disconoscere ai fini fiscali gli indebiti vantaggi ottenuti in via esclusiva, fraudolentemente e senza valide ragioni economiche¹⁰⁵.

In quegli anni risultava essere l'unica disposizione antielusiva che impediva al contribuente di strumentalizzare, in determinate situazioni, la legislazione fiscale evitando così di giovare di alcune protezioni normative.

Lo scopo era quello di non perdere gettito¹⁰⁶ e questo si può definire come una finalità dissuasiva, in particolar modo nell'orientamento italiano dove è previsto l'adempimento volontario da parte del contribuente.

¹⁰⁰ *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge 1990, n. 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, op. cit., pag. 1842-1843.

¹⁰¹ PURI P., *Concentrazione di aziende*, in *Enc. Giur.*, 1992, pag. 1.

¹⁰² STEVANATO D., *Normativa antielusiva: le novità della finanziaria*, in *Rass. trib.*, 3, 1995, pagg. 437-438.

¹⁰³ LUPI R., *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. Trib.*, 3, 1995, pagg. 415 ss.

¹⁰⁴ PASSERI I., *Normativa antielusione ed operazioni di riorganizzazione societaria*, in *Rass. Trib.*, 4, 1997, pag. 1023.

¹⁰⁵ ANDRIOLA M., *Ipotesi applicative di norme antielusive*, in *Rass. trib.*, 1994, I, pag. 231.

¹⁰⁶ LUPI R., *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. Trib.*, I, 1994, pag. 231.

Una parte della dottrina definiva l'articolo 10 come la prima disposizione generale antielusiva per le fusioni di comodo; infatti permetteva di disconoscere ai fini fiscali “*la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenuto o comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione...*”. In tal contesto viene applicato il principio di frode alla legge (specificato nell'art. 1344 c.c.) in quanto considera inefficaci le operazioni di fusione/concentrazione che sono poste in essere in assenza di valide ragioni economiche ottenendo, in modo fraudolento, un risparmio d'imposta.

Si può affermare che la disposizione in esame conteneva una disposizione generale antielusiva, orientata però ad alcune tipologie di operazioni; ciò significa che il legislatore ha ritenuto necessario individuare quali fossero i settori di maggiore interesse, escludendone alcuni.

Da quanto considerato fino ad ora si può dire che l'articolo 10 è una norma vaga, in particolar modo per i dubbi sollevati in merito alla terminologia utilizzata che ha destato varie interpretazioni a riguardo¹⁰⁷.

La grande novità è che il legislatore, invece che prediligere i tradizionali criteri di definizione della fattispecie, ha dato una definizione in negativo.

Nonostante gli sforzi fatti, era necessario introdurre un impianto normativo che fosse orientato su dei principi ben saldi e fosse studiato per recuperare i vuoti normativi che rendevano le operazioni escluse dalla lista prive di tutela.

Tale disagio fu colmato con l'introduzione dell'articolo 7 del D.Lgs. dell'8 ottobre 1997, n. 358, sulle ristrutturazioni aziendali che prevede la novità dell'articolo 37-bis nel d.p.r n. 600 del 29 settembre 1973.

¹⁰⁷ LUPU R., *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art.10 legge 408/1990)*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, pag. 441.

5. L'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973

Nel corso degli anni, in particolar modo verso la fine degli anni '80, il fenomeno dell'elusione fiscale si era largamente diffuso mediante la diffusione delle nuove operazioni di *dividend washing* e *dividend stripping*.

Stante la novità di tali fattispecie, si presentava il problema di come contrastarle dato che non rientravano in nessun campo di applicazione delle norme antielusive già esistenti.

Il *dividend washing* era tipico delle Sicav e dei fondi comuni d'investimento, in quanto in base al proprio regime impositivo non potevano beneficiare del credito d'imposta sui dividendi derivanti da partecipazioni detenute in altre società.

Per risolvere tale problematica, prima del pagamento del dividendo, usavano cedere la propria partecipazione a società commerciali residenti nel territorio dello Stato, ad un prezzo che comprendeva anche il valore del dividendo.

Una volta che l'acquirente riscuoteva il dividendo, si retrocedeva la partecipazione a favore della Sicav o del fondo comune ad un prezzo inferiore rispetto a quello originario. La differenza era pari esattamente al dividendo, che se fosse stato riscosso direttamente dal fondo, o dalla Sicav, avrebbe subito la ritenuta d'imposta.

Tale operazione consentiva di trasformare il dividendo in una plusvalenza fiscalmente irrilevante per la Sicav o il fondo, mentre la società commerciale acquirente realizzava una minusvalenza fiscalmente deducibile.

Le operazioni di *dividend stripping* avevano gli stessi fini dell'operazione precedente; si trattava di società estere, che per beneficiare del credito d'imposta sui dividendi pagati da società controllante residenti in Italia, costituivano un usufrutto a favore di un'altra controllata italiana delle azioni possedute nell'altra controllata.

Nel momento in cui avveniva la cessione la società cedente percepiva dalla società italiana cessionaria, il valore attuale dei dividendi distribuibili negli esercizi successivi; questi ultimi, per la società cessionaria, erano deducibili per quote costanti in base a come venivano incassati i dividendi nei vari esercizi. In tal modo la controllante poteva beneficiare di un credito d'imposta che altrimenti non le sarebbe spettato.

Per cercare di arginare il crescente fenomeno dell'elusione e fornire degli strumenti di contrasto a fronte delle nuove fattispecie che stavano emergendo in quel periodo, fu introdotto mediante il D. Lgs. n. 358/1997 l'articolo 37-bis nel D.P.R. n. 600/1973 che sostituì l'articolo 10 della legge n. 408/90.

Il 37-bis si componeva di 8 commi:

-i commi 1 e 3 rappresentavano la norma sostanziale, vale a dire indicavano i criteri e i requisiti dell'operazione elusiva;

-i commi 2, 4 e 5 indicavano gli effetti che comportava l'elusione fiscale in merito al disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti mediante l'operazione elusiva;

-i commi 6 e 7 riguardavano la norma procedurale per quel che era la situazione soggettiva di terzi;

-il comma 8 era la vera novità in quanto prevedeva la possibilità di disapplicare le norme antielusive.

Di seguito, per quanto qui di interesse, si analizzeranno i primi tre commi.

5.1 La norma sostanziale: commi 1 e 3

Il primo comma dell'articolo 37-bis prevedeva che *“sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, prive di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”*.

Il terzo comma¹⁰⁸ prevedeva che le disposizioni contenute nel primo e nel secondo comma fossero applicate a condizione che, nell'ambito del comportamento elusivo, fossero utilizzate una o più operazioni previste dallo stesso.

Quindi, dal combinato disposto dei due commi, affinché si potesse applicare il 37-bis erano necessarie quattro condizioni:

- 1) i comportamenti dovevano essere *“privi di valide ragioni economiche”*;
- 2) tali comportamenti dovevano essere messi in atto al fine di *“aggirare obblighi e divieti”* previsti dall'ordinamento tributario;
- 3) dovevano riguardare rimborsi o riduzioni d'imposta indebiti:

¹⁰⁸ Comma 3 art. 37-bis: *“ Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917”* .

4) infine i comportamenti posti in essere dovevano contenere una, o più, operazioni previste dal terzo comma.

La disposizione prevedeva anche che la fattispecie elusiva potesse sussistere non solo in una singola operazione, ma anche derivare da un collegamento tra diversi atti, fatti o negozi e quindi fondarsi su una pluralità di comportamenti.

Ai fini della corretta applicazione delle disposizioni alle fattispecie previste, non tutte le condizioni si ponevano sullo stesso piano, essendo alcune di esse prioritarie. Infatti nel caso in cui si fosse verificata una delle operazioni previste dal terzo comma era necessaria la presenza della prima e della seconda condizione.

In merito all'espressione "*aggirare obblighi e divieti*" è doveroso soffermarsi in quanto rappresentava una novità rispetto al precedente articolo 10 della L. n. 408 del 1990.

Secondo la dottrina tale espressione era inadeguata in quanto le norme tributarie sostanziali non hanno valenza percettiva, perché assumono determinati fatti come presupposto d'imposta idoneo a determinare la nascita dell'obbligazione tributaria, non configurabili quindi come obblighi o divieti¹⁰⁹.

Rispetto questi ultimi, che possono sorgere solo dopo essersi verificato il presupposto d'imposta, l'elusione si pone in una posizione anteriore in quanto è volta ad evitare che si verifichi il presupposto d'imposta stesso.¹¹⁰

Quindi nel caso in cui la norma dovesse operare solo al verificarsi di un raggirio di un obbligo o un divieto, non potrebbe essere applicata all'elusione ma al massimo nei casi di evasione.

Una parte della dottrina per, ovviare a tale interpretazione, ha considerato gli "*obblighi e divieti*" come norma impositiva in quanto tale, o meglio come principio generale dal quale la norma traeva espressione¹¹¹. In sostanza dal contrasto tra le norme tributarie e la condotta del contribuente discendeva l'indebito vantaggio fiscale.

Tale orientamento fu criticato in quanto nel nostro ordinamento essendo fatto di norme precise, si può parlare di violazione quando non si rispettano le stesse, violando di conseguenza anche il sistema; nel caso in cui dovesse mancare una norma precisa va esclusa la violazione di quest'ultimo.

¹⁰⁹ PACITTO P., *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, in *Riv. dir. fin.*, I, 1987, pag. 742; PICCONE FERRAROTTI P., *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del D. Lgs. n. 358/1997*, in *Rass. trib.*, 1997, pag. 1155; RUSSO P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, I, 1999, pag. 70.

¹¹⁰ HENSEL A., *Diritto tributario*, Milano, 1956, pag. 142 ss.

¹¹¹ LUNELLI R., *Normativa antielusiva*, in *Il fisco*, 30, 1997.

La novità principale contenuta nell'articolo 37-bis era rappresentata dal sostantivo “*aggiramento*”, inteso come l'utilizzo di legittime vie traverse per aggirare i regimi fiscali e ottenere vantaggi che il sistema non prevede.

Con la Circolare n. 320/E del 19 dicembre 1997, l'Amministrazione finanziaria ribadì che il termine “*fraudolentemente*” fu sostituito per aver dato luogo a dubbi in merito alla possibilità di interpretare tale concetto da un punto di vista penale, considerando che il fenomeno elusivo viene messo in pratica attraverso comportamenti leciti nel rispetto della normativa vigente. Non vi era quindi un contrasto con la norma, ma si aveva un aggiramento della stessa.

Al contrario non si poteva parlare di aggiramento nell'ipotesi in cui il contribuente mettesse in atto dei comportamenti posti sullo stesso piano dal sistema, in quanto limitandosi a scegliere un'alternativa prevista dall'ordinamento.

Una parte della dottrina era a favore nel considerare l'elusione fiscale come un negozio in frode alla legge *ex. art. 1344 c.c.*, in quanto l'aggiramento rappresenta il fulcro di tale istituto. Tale orientamento era rafforzato dall'aggettivo “*indebiti*” che si riferiva ai vantaggi ottenuti dal contribuente aggirando appunto le disposizioni previste. L'interpretazione data dalla dottrina definì gli “*obblighi e divieti*” come dei principi posti alla base dell'ordinamento tributario.

Affinché si potesse dire di essere in presenza di un fenomeno elusivo, la seconda condizione era la presenza di un vantaggio tributario “*indebito*”, considerato però solo nello specifico contesto della norma antielusione in quanto non considerato esplicitamente vietato dall'ordinamento e quindi legittimo. La norma in assenza di una riduzione d'imposta non risultava applicabile in quanto ciò che era inopponibile all'Amministrazione finanziaria erano i vantaggi fiscali.

Nel caso in cui si fosse constatata l'elusività di un'operazione oltre al disconoscimento dei vantaggi tributari indebiti, si applicavano le imposte in base alle disposizioni eluse. In sostanza si determinava la differenza tra ciò che si sarebbe dovuto versare, che rappresentava il maggior onere fiscale, e ciò che in realtà si era versato a fronte del comportamento elusivo.

Determinare tale differenza risultava molto complesso sotto vari aspetti. Ad esempio, secondo un'autorevole dottrina, il corretto onere fiscale che si sarebbe dovuto

versare non era individuabile mediante criteri giuridici e la differenza andava trovata facendo riferimento alla situazione economica sostanziale¹¹².

Considerando che il 37-bis nulla diceva in merito alla qualificazione del vantaggio, sorgeva il dubbio se bisognasse prestare attenzione ai regimi fiscali applicabili considerati nella loro globalità (quindi anche altre imposte gravanti sull'operazione), oppure se focalizzarsi solamente le imposte dirette. La prima soluzione risultò preferibile in quanto un maggior debito di imposte indirette poteva compensare un'imposizione indiretta.

Tale orientamento era supportato dalla Relazione governativa in commento al D. Lgs. n. 358/97, la quale aveva riconosciuto che un vantaggio fiscale, nella maggior parte dei casi, derivava da più operazioni. Se si osserva la formulazione letterale della norma, inoltre, si può constatare che il disegno elusivo non era composto solo da negozi giuridici, ma anche da semplici fatti e atti non negoziali¹¹³.

Considerando quanto detto sopra, restava da capire il tipo di collegamento che sarebbe dovuto sussistere tra i comportamenti posti in essere dal contribuente affinché si potesse parlare di elusione fiscale; la norma infatti era generica e indicava solamente che gli atti, i fatti e i negozi dovevano essere “*diretti ad aggirare obblighi o divieti*” con lo scopo di ottenere vantaggi fiscali indebiti.

Parte della dottrina nel tentativo di stabilire il tipo di collegamento ha equiparato il termine “*diretti*” a quello di “*preordinati*”, ossia i comportamenti posti in essere dal contribuente dovevano avere una causa e un fine. Inoltre risultava importante anche la tempistica con cui venivano svolte le azioni, intesa come consequenzialità.

Tale posizione fu criticata in quanto si rischiava di considerare elusivi dei comportamenti complessi, ma legittimi, per il solo fatto che precedevano o seguivano una delle operazioni previste dal terzo comma dell'articolo 37-bis.

Secondo la critica, dunque, il collegamento doveva essere volontario e di conseguenza l'elusività non poteva essere estesa a quei comportamenti per i quali gli organi accertatori non potessero provare la volontà, da parte del contribuente, di collegare i vari atti, fatti e negozi all'interno di un disegno elusivo¹¹⁴.

¹¹² BETTI E., *Normativa antielusione terzo (ed ultimo?) atto*, in *Boll. trib.*, 1997, pag. 1771; ZIZZO G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in *AA.VV.*, *Commento agli interventi di riforma tributaria*, 1999, pagg. 458 ss.

¹¹³ PASSERI., *Normativa antielusione ed operazioni di riorganizzazione societaria*, in *Rass. trib.*, 1997, pagg. 1023 ss; TABELLINI P., *Il progetto governativo*, in *Bollettino tributario*, 1997, pag. 1063; VALENTE P., *Connessione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina antielusione*, in *Il fisco*, 42, 1997, pagg. 1252 ss.

¹¹⁴ ANELLO, DI DOMENICO, *Profili applicativi della nuova norma antielusiva*, in *Corr. trib.*, 18, 1998, pag. 1365.

Un'altra perplessità da chiarire, riguardava il disconoscimento dei vantaggi tributari che derivassero da un'operazione non rientrante tra quelle elencate tassativamente del terzo comma del 37-*bis*, ma che nella fattispecie elusiva complessiva veniva compiuta almeno un'operazione elencata nella norma stessa¹¹⁵.

Una parte della dottrina ha ritenuto che tale configurazione dovesse sussistere sia per determinare l'indebito vantaggio tributario sia per constatare l'assenza delle valide ragioni economiche¹¹⁶.

La critica di tale orientamento muoveva dal fatto che si dovesse rispettare l'elenco tassativo previsto dal terzo comma.

Eventualmente il collegamento tra i singoli comportamenti era considerato sussidiario e complementare, prendendolo in considerazione solamente nel caso in cui la mancanza di valide ragioni economiche dell'operazione principale (ossia quella indicata dal terzo comma) facesse rinvenire il vantaggio tributario in un più ampio contesto fattuale¹¹⁷.

Una volta definito in generale l'articolo 37-*bis*, un aspetto fondamentale da considerare riguarda il requisito dell'assenza di valide ragioni economiche, in quanto in caso contrario la norma antielusione non poteva essere applicata; infatti, affinché il fisco potesse disconoscere i vantaggi tributari tale ricorrenza era necessaria. Inoltre tale requisito valeva solo nei casi in cui il risparmio d'imposta si poteva considerare "patologico", vale a dire ottenuto mediante un disegno preciso messo in pratica attraverso stratagemmi e scappatoie. Nel caso in cui l'operazione fosse esclusiva, la ricorrenza di "valide ragioni economiche" legittimava la patologia, rendendo di conseguenza la situazione inattuabile dal Fisco¹¹⁸.

In base a tale considerazione il requisito delle valide ragioni economiche poteva essere considerato come fatto impeditivo, provato dal contribuente, dell'operatività della norma antielusiva; infatti come indicato nel testo del 37-*bis* non era la presenza del requisito a rendere applicabile la disposizione, ma appunto l'"assenza".

Rispetto all'articolo 10 della Legge 408 del 1990, il 37-*bis* presentava una grande novità: l'elusività doveva essere estesa alla globalità dell'operazione e non solo quelle previste dal terzo comma; di conseguenza, riscontrare la presenza di "valide

¹¹⁵ PICCONI FERRAROTTI P., *pagg. 1164 ss.*

¹¹⁶ CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto: profili teorici e problematiche operative*, Bologna, 1996, pag. 338.

¹¹⁷ NUSSI M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, in *Riv. dir. trib.*, I, *pagg. 513 ss.*

¹¹⁸ LUPI R., *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 5, 1997, pag. 1100.

ragioni economiche” era molto più complesso in quanto si doveva guardare all’insieme di operazioni.¹¹⁹

La dottrina si trovò concorde nel considerare ragioni economiche come tutto ciò che risultasse extrafiscale in modo residuale e onnicomprensivo; in particolare, in caso fossero sussistenti ragioni non fiscali era impossibile giudicare un’operazione elusiva. Inoltre queste ultime potevano anche coesistere con le ragioni fiscali, purché non fossero esclusive¹²⁰.

Cercando di dare dei confini più definiti alle “*valide ragioni economiche*”, si era proposto di valutare gli effetti che l’operazione nel suo complesso fosse in grado di produrre. Nel caso in cui quest’ultima non fosse stata in grado di produrre nessun effetto extra-tributario, si poteva ritenere che fosse priva di ragioni economiche¹²¹.

Tale visione, definita effetto circolare che garantisce una maggiore certezza del diritto¹²², consentì di contrastare un limitato numero di fattispecie elusive. Tale orientamento non ha permesso il contrasto ad operazioni che hanno anche effetti extrafiscali.

In tale circostanza collegare il requisito delle valide ragioni economiche all’effetto circolare significava bloccare la norma antielusiva, in quanto il contribuente poteva strutturare il disegno elusivo in modo tale da riuscire ad ottenere effetti extrafiscali.

Fu sollevato un dubbio anche sul significato del termine “ragioni”, ossia se si intendesse i risultati delle operazioni oppure se si facesse riferimento ai motivi che spingevano il contribuente a compiere determinati comportamenti¹²³.

La Relazione ministeriale in commento al 37-bis attribuì un significato ampio in merito all’individuazione delle “*valide ragioni economiche*”, andando a sindacare i comportamenti soggettivi dell’imprenditore medio e dell’uomo d’affari medio, in merito alla normalità economica degli stessi o al vantaggio imprenditoriale. In tal senso l’espressione “*valide ragioni economiche*” non aveva una validità giuridica ma era apprezzabile dal punto di vista economico-gestionale.

¹¹⁹ POTTO L., *Le valide ragioni economiche d cui all’art. 37-bis del D.P.R. 600/’73; considerazioni di un economista di azienda*, in *Rass. trib.*, 1999, pagg. 59 ss.

¹²⁰ FIORENTINO S., *L’elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, Napoli, 1996, pag. 14

¹²¹ TIVOLI, *Contro l’introduzione di una clausola generale antielusiva nell’ordinamento tributario vigente*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992, pag 1354.

¹²² ANELLO, DI DOMENICO, *Profili applicativi della nuova norma antielusiva*, in *Corr. trib.*, 18, cit.,1998, pag. 1365.

¹²³ CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992, pag. 234.

Considerando infine il termine “*valide*” evidenziava la volontà del contribuente nel compiere l’operazione, anche in assenza di vantaggi fiscali da essa conseguibili.

5.2 Norma procedimentale: comma 2 art. 37-bis

Il comma due prevedeva gli effetti che derivavano dalla constatazione dell’elusività di una fattispecie concreta prevista dal terzo comma.

In particolare era possibile distinguerli in due categorie: gli effetti riferibili al contribuente che realizza l’operazione e quelli nei confronti di terzi.

In merito alla prima categoria, gli effetti consistevano nel disconoscimento dei vantaggi che il contribuente aveva ottenuto indebitamente; questa non poteva essere considerata una sanzione, ma semplicemente era un modo per tutelare le norme tributarie, mediante il ripristino delle norme eluse, recuperando le imposte che il contribuente avrebbe dovuto versare.¹²⁴

In sostanza si optò per un meccanismo di compensazione, ossia si imputavano le imposte eluse al netto di quanto si aveva già assolto sulla base dell’operazione elusiva. Si era posto quindi l’accento su la condotta che il contribuente avrebbe dovuto tenere e quella che invece effettivamente metteva in pratica.

Il problema sussisteva proprio nell’individuare la fattispecie corretta da adottare, infatti questa era possibile ricostruirla solamente in un numero limitato di casi. In particolare ci si riferiva a quelle operazioni che non erano adottate in luogo di altre, ma venivano poste in essere per ottenere esclusivamente un vantaggio fiscale.

La soluzione a tale problema prevedeva il confronto tra il risultato fiscale che vi sarebbe stato senza che il contribuente ponesse in essere l’operazione e il carico fiscale ottenuto realizzando la stessa.

In base a quando disponeva il primo comma del *37-bis* il vantaggio fiscale elusivo era rappresentato dalla riduzione d’imposta e dai rimborsi ottenuti dal contribuente grazie alla messa in pratica dei comportamenti elusivi. L’esatta quantificazione del vantaggio indebito spettava però alla soggettività dell’interprete, in base alle proprie competenze ed esperienza nel settore.

¹²⁴ D’AMICO G., *Libertà di scelta del tipo di contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993

6. Il principio antiabuso: dal profilo comunitario a quello domestico

Il concetto di abuso del diritto ha origini lontane ma riveste un'importanza attuale. Esso può essere definito come l'utilizzo, da parte dei soggetti, degli strumenti messi a disposizione dalla legge per ottenere tutt'altro risultato da quello per il quale la norma è stata redatta. La sentenza della Corte di Giustizia Europea, 21 febbraio 2006, Causa C- 255/02, caso Halifax in materia di iva, fu la prima a contenere in modo esplicito i presupposti per definire il carattere abusivo di un comportamento. La Corte europea scelse di allargare i confini dell'abuso del diritto, potendo quest'ultimo essere rilevato anche in presenza di ulteriori ragioni economiche, purché meramente marginali o teoriche. Dalla sentenza risulta possibile ricavare l'opzione per i contribuenti nello scegliere tra operazioni rilevanti e irrilevanti ai fini iva. Tale libertà deriva dalla possibilità di prediligere una forma di conduzione degli affari che consenta di limitare la contribuzione fiscale¹²⁵. Infine un'altra novità introdotta dalla sentenza riguardava l'ampliamento dell'abuso del diritto anche in ambito iva¹²⁶, infatti fino a quel momento la disciplina riguardava solamente le imposte sui redditi; in tal modo la Corte allargò i confini della materia, manifestando così la volontà di arginare un problema di notevole gravità. Nel nostro ordinamento l'abuso del diritto non ebbe lo stesso successo come negli altri paesi dell'Ue. La causa principale di questo è riscontrabile nella stesura del Codice Civile del '42, in quanto la cultura giuridica dell'epoca non lo considerava causa di sanzione giuridica¹²⁷. La rilevanza della fattispecie in esame era presente nell'art. 7 del progetto preliminare del Codice Civile, che recitava: *“nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”*, ma il legislatore dell'epoca optò per una serie di leggi antiabusive per ciascuna categoria di diritti. Tutto ciò fino al febbraio del 2006, anno in cui la Corte europea si pronunciò in merito al caso Halifax a tale questione. Per la prima volta anche l'ordinamento italiano ebbe un principio scritto a cui appellarsi, ma di carattere generale. Due anni più tardi la Cassazione Civile a Sezioni Unite definì in modo chiaro la rilevanza per il diritto tributario dell'abuso del diritto; trattasi delle famose *“sentenze di Natale 2008”*¹²⁸, mediante le quali la Suprema Corte mise un freno all'utilizzo legittimo di vantaggiose disposizioni normative per ottenere dei vantaggi contributivi in assenza di ulteriori ragioni economico-aziendali che potessero giustificare

¹²⁵ Corte di Giustizia Europea, 21 febbraio 2006, Causa C- 255/02, punto 73, I-1676

¹²⁶ Corte di Giustizia Europea, 21 febbraio 2006, Causa C- 255/02, punto 70, I-1675

¹²⁷ RAPISARDA F., *La prevalenza del principio del divieto di “abuso del diritto” in ambito Iva*, in *Il Fisco*, fascicolo 1/10, 2010, pag. 1500.

¹²⁸ Cassazione civ., Sez.Un., 23 dicembre 2008, n. 30055, n. 30056 e n. 30057

l'applicazione di taluni regimi. I giudici, per far questo, invocarono ad un principio generale antiabuso, non scritto ma ricavabile dall'art. 53 della Costituzione¹²⁹; quest'ultimo richiama il principio della capacità contributiva e della fiscalità progressiva. Il punto chiave del ricorso all'art. 53 sta nel fatto che si trattava di una norma costituzionale, e come tale è il fondamento di tutte le leggi tributarie; di conseguenza, utilizzare una norma di rango inferiore, come lo sono le leggi tributarie, in modo distorto e per uno scopo diverso da quello prescritto dalla Costituzione stessa, equivale ad una violazione costituzionale. La Cassazione specificò che il principio di antiabuso non contrastava con la riserva di legge dell'art. 23 della Costituzione¹³⁰; infatti il principio introdotto con le sentenze di Natale disconosce i vantaggi fiscali abusivi derivanti dalla condotta posta in essere¹³¹. In base a quanto appena detto, si può confermare la presenza di un principio generale che vieta al contribuente di utilizzare le norme a suo piacimento e, nonostante non ci sia una norma scritta che preveda ciò, i principi costituzionali di riferimento sono sufficienti a legittimare tale teoria posta a tutela del contribuente onesto.

7. La normativa ante riforma

Il tema dell'esterovestizione, come già abbondantemente descritto nel capitolo 1, è un fenomeno recente; infatti, proprio per tale motivo, le fattispecie riconducibili a tale situazione sono state per anni un argomento marginale alla disciplina penalistica. Trattasi della rilevanza penale dell'elusione fiscale, un argomento molto dibattuto che, come si avrà modo di approfondire nel terzo capitolo in merito al caso Dolce&Gabbana, assume un ruolo di fondamentale importanza per quanto riguarda le riforme dei reati tributari. Il materiale giurisprudenziale fino al 2010 è scarso, segno che la rilevanza penale dell'elusione non era considerata un problema da discutere, affrontare e risolvere. Infatti, nelle sentenze a disposizione¹³², i giudici concordano sul fatto che l'elusione ha valenza tributaria, ma non penale, e in particolar modo non integra i delitti fiscali previsti dal D.Lgs 74/2000 in quanto per l'assenza da un lato del carattere fraudolento e, dall'altro, dell'esposizione di elementi passivi fittizi.

¹²⁹ Art. 53 Cost.: *“Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”*.

¹³⁰ Art. 23 Cost.: *“Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”*.

¹³¹ Cassazione civ., Sez.Un., 23 dicembre 2008, n. 30055, punto 2.3 dei motivi della decisione. Cassazione civ., Sez.Un., 23 dicembre 2008, n. 30056, punto 3.3 dei motivi della decisione.

¹³² Cassazione pen., Sez. V, 7 luglio 2006, n. 34780 e Trib. Pinerolo, G.i.p., 10 luglio 2000.

Parte della dottrina riteneva infatti che *“le condotte elusive non costituissero fattispecie penalmente rilevanti, essendo il diritto tributario ed il diritto penale assistiti da garanzie costituzionali, ovvero la riserva di legge¹³³ ed il principio di stretta legalità¹³⁴, limiti invalicabili, in quanto disposizioni poste a tutela di diritti del contribuente¹³⁵”*.

Infatti, ai fini della condanna penale *“è necessario, da un punto di vista oggettivo, dimostrare la sussistenza di taluni presupposti: la natura dell’operazione, l’assenza di valide ragioni economiche, l’aggiramento di obblighi e/o divieti previsti dall’ordinamento tributario, il conseguimento di riduzione di imposte altrimenti indebiti¹³⁶”*. Nel 2011 ci furono delle importanti novità in merito alla rilevanza penale dell’elusione fiscale. Infatti, la giurisprudenza¹³⁷ cambiò rotta, prevedendo la sua possibile rilevanza penale: la condotta elusiva non è più considerata irrilevante, essendo idonea ad integrare alcuni tra i reati fiscali disciplinati dal D.lgs. 74/2000. Tale inversione di rotta derivò dalla riforma della confisca per equivalente¹³⁸ in materia di reati fiscali, entrata in vigore nel 2007. Grazie a quest’ultima, fu possibile ricondurre la condotta relativa alla sentenza n. 26723/2011 al delitto di dichiarazione infedele in quanto, il ricorso per sequestro preventivo per equivalente deciso in primo grado, la Suprema Corte si limitò ad accertare una ravvisabile possibilità di commissione del

¹³³ Art. 25 Cost.:” Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”.

¹³⁴ Art. 1 Cod. Pen.: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite”.

¹³⁵ PANSARDI I., VILLANI M., *Il nuovo abuso del diritto tributario*, in www.altalex.it, 28 luglio 2016.

¹³⁶ VASSALLO M., *Abuso del diritto, omessa dichiarazione, dolo di elusione, dolo di evasione*, in www.altalex.it, 18 dicembre 2015.

¹³⁷ Cass. pen., Sez. III, 7 luglio 2011, n. 26723 e Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2010, n. 29724.

¹³⁸ Art. 1 co.143 L. 244 del 24 dicembre 2007:” Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all’articolo 322-ter del codice penale.” Art. 322-ter cod.pen.:”Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell’articolo 322 bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall’articolo 321, anche se commesso ai sensi dell’articolo 322 bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono il profitto salvo che appartengano a persone estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all’incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell’articolo 322 bis, secondo comma. Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto corrispondente al profitto o al prezzo del reato.”

reato; infatti, la contestazione di quest'ultimo richiedeva una mera infedeltà, attraverso, ad esempio, l'imputazione di elementi attivi inferiori a quelli effettivi. Essendo il caso di specie conforme a tale situazione, il sequestro preventivo venne confermato.

Sempre per merito dell'inversione di rotta, con la sentenza n. 29724, un caso di esterovestizione in Slovenia, il Gip aveva predisposto un sequestro preventivo per equivalente in riferimento alla presunzione di omessa dichiarazione. Il tribunale in prima istanza aveva annullato la condanna per difetto di esterovestizione, ma la Cassazione confermò l'ipotesi di integrazione di reato di omessa dichiarazione in caso di esterovestizione.

È importante sottolineare che tali pronunce non affermavano esplicitamente la rilevanza penale dell'elusione fiscale, ma introducevano solo l'esistenza di una possibile integrazione di reato fiscale. Infatti, solamente con sentenza n. 7739/2012, relativa al caso Dolce&Gabbana, fu esplicitamente proclamata la rilevanza penale dell'elusione fiscale.

CAPITOLO III: IL CASO Dolce&Gabbana

1. Premessa. 2. Il gruppo ante e post ristrutturazione. 3. Le motivazioni dell'accusa. 4. La prima pronuncia del tribunale di Milano. 5. La sentenza n. 7739/2012 della Cassazione. 5.1 Le ragioni del ricorso del PM. 5.2 Le ragioni del ricorso dell'Agenzia delle Entrate. 5.3 La pronuncia della Cassazione. 6. Il primo e il secondo grado di giudizio 6.1 Il primo grado di giudizio. 6.2 Il secondo grado di giudizio. 7. La fine del processo: sentenza n. 43809/2014 della Corte di Cassazione. 8. La codifica della sentenza 43809

1. Premessa

La vicenda *Dolce&Gabbana* segnò la recente storia del diritto penale tributario¹³⁹, sollevando un vasto clamore tra l'opinione pubblica¹⁴⁰.

Il processo durò ben sette anni e ci fu un duplice passaggio in Cassazione, ma ciò che destò maggiormente interesse fu la sentenza del 24 ottobre n. 43809 che sancì l'assoluzione dall'accusa di evasione fiscale per i due stilisti.

La vicenda si mosse su un duplice e parallelo profilo, quello del contenzioso di rango tributario, riguardante il prezzo di cessione dei marchi e la presunta esterovestizione di società costituita in Lussemburgo sfociata poi in campo penale, con l'accusa dei reati di omessa dichiarazione e di dichiarazione infedele.

Lo sviluppo del caso inizierà con il presentare i protagonisti della vicenda e l'evento della ristrutturazione aziendale che fu la causa scatenante degli accertamenti da parte dell'Amministrazione Finanziaria, creando così i presupposti per il contenzioso.

Si proseguirà poi a spiegare le condotte contestate dall'Amministrazione finanziaria agli imputati e la pronuncia¹⁴¹ del giudice del Tribunale di Milano che prosciolsse e dichiarò gli imputati del reato di dichiarazione infedele il non luogo a procedere.

L'Agenzia delle Entrate e il PM delusi dalla decisione, fecero ricorso per Cassazione. La Suprema Corte con sentenza n. 7739/2012¹⁴² individuò i limiti entro i quali l'elusione può assumere rilevanza penale e rinviò al Tribunale di primo.

¹³⁹ NEGRI G., *Dolce e Gabbana assolti in Cassazione: non c'è stata evasione fiscale*, in *Il Sole 24 ore*, 25 ottobre 2014.

¹⁴⁰ CARACCIOLI I., *La cassazione sul caso "Dolce e Gabbana"*, in *Riv. dir. trib.*, 13 gennaio 2016.

¹⁴¹ Tribunale di Milano, 1 aprile 2011, G.i.p. Luerti, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011.

¹⁴² Cass. pen., Sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739.

Il Tribunale con sentenza del 19 giugno 2013 condannò per il reato di omessa dichiarazione, come sia avrà modo di vedere ne prosiegua, i ricorrenti per svariati reati.

La sentenza del giugno 2013 fu appellata dagli imputati, con scarsi risultati; avendo però scarsi risultati; infatti quest'ultima concordò con il Tribunale sul fatto che l'evasione fiscale si fosse realizzata mediante l'esterovestizione di Gado, con il contributo di più soggetti.

A seguito del ricorso in Cassazione, ma questa volta mediante la sentenza 43809 del 24 ottobre 2014 gli stilisti furono assolti dal reato di all'art. D.Lgs. 74/2000 in quanto la creazione delle due società lussemburghesi e la cessione, come si vedrà, dei marchi non furono intesi come artifici volti ad ottenere indebiti risparmi d'imposta.

2. Il gruppo ante e post ristrutturazione

Nel 1985 a Legnano nacque il gruppo *Dolce&Gabbana*, che prese il nome dagli stilisti Domenico Dolce e Stefano Silvio Gabbana. Il primo contatto tra i due avvenne grazie a Dolce, in cerca di lavoro, che contattò l'atelier per il quale Gabbana lavorava. Quest'ultimo fu di grande aiuto a Dolce, insegnandogli molto per quel che attiene il processo di design per un'azienda di moda e le modalità per idearne di nuove¹⁴³.

La loro unione fu consigliata da un commercialista che invitò loro di fatturare utilizzando un'unica identità, Dolce e Gabbana appunto, al fine di essere più efficienti da un punto di vista di costi¹⁴⁴.

Prima della ristrutturazione del 2004, che come si vedrà più avanti rappresenta il punto di inizio del processo, il controllo del gruppo *D&G* veniva esercitato tramite la società holding "*D&G s.r.l.*" Quest'ultima era posseduta con quote paritarie al 50% da Stefano e Domenico.

La holding deteneva il controllo diretto (90%) della "*Dolce&Gabbana s.r.l.*" che a sua volta aveva il 51% della *Dolce&Gabbana* Industria s.p.a. In sostanza il gruppo aveva una struttura del tipo:

- "*D&G s.r.l.*" holding capogruppo;

- "*Dolce&Gabbana s.r.l.*" sub-holding utilizzatrice effettiva dei marchi;

"*Dolce&Gabbana* Industria s.p.a." anch'essa utilizzatrice dei marchi, ma impresa produttiva di tutto il gruppo.

¹⁴³ POLAN B., TRENDRE R., *The Great Fashion Designers*, in Berg, 2009, pag. 206.

¹⁴⁴ SEABROCK J., *Hands and Eyes: when Dolce met Gabbana*, in *The New Yorker*, marzo 2005.

La struttura del gruppo presentava però un anello debole, ossia la titolarità dei marchi era esterna alla catena aziendale; in particolare i proprietari erano gli stessi Dolce e Gabbana che come persone fisiche detenevano il 50% ciascuno¹⁴⁵.

Nel 2004 ci fu la ristrutturazione del gruppo, con lo scopo di collocare i marchi all'interno di un'impresa costituita in Lussemburgo al fine di beneficiare anche del miglior trattamento fiscale derivante dalla legislazione lussemburghese.

Roberta Ardillò, professionista alle dipendenze del commercialista Luciano Patelli, al quale si erano affidati i due stilisti per l'operazione, confermò che nella primavera del 2003 il direttore generale del gruppo *Dolce&Gabbana*, Cristiana Ruella comunicò allo studio che la decisione di ristrutturazione aziendale, mediante la cessione dei marchi ad una società del gruppo, la quale fu finalizzata alla ricollocazione dei marchi all'interno del gruppo stesso e alla ridefinizione della partecipazione societaria di pertinenza della famiglia Dolce. Tutto ciò, derivò dal fatto che la contitolarità dei marchi risultava un elemento di debolezza da un punto di vista bancario nell'eventualità di ipotetici litigi tra i due stilisti; inoltre, il gruppo era orientato ad ampliarsi nei mercati esteri.¹⁴⁶

Dopo tali considerazioni, il 4 marzo 2004 furono costituite "Gado s.a.r.l." e "Luxemburg s.a.r.l."; quest'ultima partecipava interamente la prima.

Sempre in tal periodo Stefano Gabbana e Domenico Dolce possessori dei marchi, cedettero la titolarità di questi ultimi a "Gado s.a.r.l." per 360 milioni di euro.

La nuova titolare dei marchi concedeva la licenza al loro utilizzo alla *Dolce&Gabbana* s.r.l., contro pagamento di royalties che dipendevano dal fatturato futuro e in ogni caso tra il 3% e l'8%. In questo modo Stefano Gabbana e Domenico Dolce, in qualità di persone fisiche, non percepivano più le royalties che ora spettavano a "Gado s.a.r.l."¹⁴⁷ e di conseguenza subivano la tassazione in Lussemburgo.

Inoltre la Gado stipulò un accordo, ruling, per tassare gli utili lussemburghesi al 4%, un'aliquota decisamente bassa rispetto a quanto avrebbero pagato gli stilisti in termini di IRPEF in Italia.

Infine la Gado fu domiciliata presso una società di consulenza e domiciliazione lussemburghese, la Alter Domus.

¹⁴⁵ MEREU A., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni a margine del caso 'Dolce & Gabbana'*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2012, 1001.

¹⁴⁶ MEREU A., *Abuso del diritto*, in *Dir. prat. trib.*, cit., 1001.

¹⁴⁷ FAIETA A. *Dolce e Gabbana assaliti dalla Cassazione "Non c'è stata evasione fiscale degli stilisti"*, in *L'Espresso*, 24 ottobre 2014.

3. Le motivazioni dell'accusa

Le vicende di contenzioso per Stefano Silvio Gabbana e Domenico Dolce iniziavano nel settembre 2007, quando il Nucleo di polizia Tributaria di Milano elevava nei loro confronti un primo processo verbale di constatazione.

L'oggetto del verbale riguardava la cessione dei marchi *Dolce&Gabbana* e *D&G* a favore di Gado s.a.r.l., in quanto l'Amministrazione Finanziaria riteneva che il prezzo di cessione fosse inadeguato; inoltre la riorganizzazione del gruppo sollevò l'interesse degli enti accertatori.

Nel giugno 2010 l'Agenzia delle Entrate notificava ai due stilisti due avvisi di accertamento riguardanti l'anno 2004; quest'ultimi richiedevano di versare maggiori imposte per 416,9 milioni di euro ciascuno.

Le condotte contestate dall'Amministrazione Finanziaria a Dolce e Gabbana (proprietari a quote paritarie del 50% della società italiana *D&G s.r.l.*) dall'accusa, considerate strettamente collegate tra loro, erano tre:

1) la costituzione in Lussemburgo della società Gado s.a.r.l., interamente posseduta dalla lussemburghese *Dolce & Gabbana Luxembourg s.a.r.l.*, a sua volta posseduta dall'italiana *D&G s.r.l.*;

2) la cessione dei marchi, il 29 marzo del 2004, di personale proprietà dei due stilisti a Gado s.a.r.l. al prezzo di euro 360.000.000 nonostante il reale valore di mercato fosse di euro 1.193.712.000;

3) la conclusione il 31 luglio 2004 di un contratto mediante il quale Gado s.a.r.l. consentiva la licenza all'utilizzo esclusivo dei marchi a *D&G s.r.l.* contro il pagamento di royalties.

In base a tale schema organizzativo-contrattuale si contestava quindi la costituzione fittizia della Gado s.a.r.l., ritenuta esterovestita; le motivazioni del GIP per affermare l'esterovestizione, e di conseguenza la costituzione di uno schermo territoriale estero al fine di ottenere un notevole vantaggio fiscale, furono molteplici.

I fatti emersi dalle indagini ed esaminati dal giudice non si riferivano solamente ai due stilisti ma anche ad altri soggetti che contribuivano alla realizzazione della fittizietà dell'operazione.

In particolare si considerò che:

- la gestione della società Gado s.a.r.l. veniva attuata in Italia, impartendo gli ordini sui contratti commerciali e societari via e-mail ai dipendenti;

- Dolce Alfonso era solo formalmente l'amministratore di Gado s.a.r.l. , in quanto lo scopo era quello di strutturare la società dandole una veste estera ; inoltre in tal modo si ottenne il ruling con le autorità fiscali lussemburghesi che permise alla società di subire un'aliquota del 4%;
- i dipendenti di Gado s.a.r.l. erano dei meri segretari, in quanto la società si rivelò fittizia dato che fu localizzata presso una società lussemburghese di domiciliazione societaria;
- il Cda della Gado s.a.r.l. era predisposto ed organizzato solamente in modo apparente in Lussemburgo.

In base ai fatti sopraelencati è facile intuire che il vantaggio fiscale era riscontrabile nel trasferimento dei marchi alla Gado s.a.r.l. in quanto il reddito derivante dalle royalties veniva tassato come reddito d'impresa con aliquota del 37,25%, contro un'aliquota del 45% sul reddito delle persone fisiche.

Inoltre attraverso l'accordo di ruling con l'Amministrazione finanziaria del Lussemburgo, i due stilisti da un'aliquota del 45% si ritrovarono a pagare solamente il 4% mantenendo una struttura patrimoniale invariata ed essendo ancora gli effettivi beneficiari.

Fu contestata anche la cessione formale dei marchi in quanto, nonostante i due stilisti cedettero la proprietà di questi, continuavano ad essere loro i beneficiari effettivi degli stessi essendo gli unici soci di D&G s.r.l. la quale possedeva interamente le due società lussemburghesi. Inoltre la cessione dei marchi avvenne ad un prezzo nettamente inferiore rispetto al vero valore di mercato stimato.

4. La prima pronuncia del Tribunale di Milano

In base ai rilievi evidenziati nel paragrafo precedente, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano accusò: l'amministratore della Gado s.a.r.l. Dolce Alfonso, l'amministratore pro tempore della Gado s.a.r.l. e membro del Cda di Dolce&Gabbana s.r.l. Ruella Cristiana, il direttore amministrativo e finanziario di Dolce&Gabbana s.r.l. Mioni Giuseppe, il consulente/fiscalista del gruppo Dolce&Gabbana Patelli Luciano, l'amministratore della società lussemburghese Gado

s.a.r.l. Noella Antonie e infine entrambi gli stilisti di truffa aggravata ai danni dello Stato ai sensi dell'articolo 640 del codice penale¹⁴⁸.

Inoltre Domenico Dolce e Stefano Silvio Gabbana furono accusati anche di dichiarazione infedele in base all'articolo 4 D.Lgs 74/2000¹⁴⁹ per quanto riguardava la dichiarazione dei redditi delle persone fisiche per il periodo d'imposta 2004.

Il primo aprile 2011 all'udienza preliminare il G.U.P. del Tribunale di Milano, Simone Luerti, dichiarò il non luogo a procedere nei confronti degli imputati per i reati di truffa aggravata ai danni dello Stato e di dichiarazione infedele in quanto il fatto non sussiste¹⁵⁰.

Inoltre il G.U.P. sostenne che la fondazione di Gado s.a.r.l. non comportò alcuna evasione fiscale; la scelta del Lussemburgo come Paese di residenza della holding risultò una motivazione apparente in relazione al contenimento dell'onere fiscale. Questo comportò la considerazione dei seguenti fattori:

- il Lussemburgo favorì l'attrazione degli investitori internazionali mediante una normativa adeguata, a differenza dell'Italia;
- l'amministrazione statale ebbe un atteggiamento collaborativo;
- il regime fiscale risultò tra i più interessanti d'Europa.¹⁵¹

Considerando la complessità e la tecnicità del diritto penale tributario nel caso di sentenza di non luogo a procedere, il G.U.P. Luerti considerò l'istruttoria dibattimentale non in grado di fornire, da un punto di vista di prova a carico, nessun risultato utile per il superamento della situazione in esame. Infatti, la vicenda fu palese fin da subito e non

¹⁴⁸ Articolo 460 codice penale : "*Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sè o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 euro a 1.032 euro.*

La pena è della reclusione da 1 a 5 anni e della multa da 309 euro a 1.549 euro:

1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

2) se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'autorità;

2-bis) se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'art. 61, n. 5.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o la circostanza aggravante prevista dall'art. 61, 1° comma, n. 7"

¹⁴⁹Articolo 4 D.Lgs 74/2000: "*Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3, è punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi, quando, congiuntamente:*

a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a lire duecento milioni;

b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a lire quattro miliardi."

¹⁵⁰ BRONZO E., *Dolce e Gabbana, l'assoluzione dopo sette anni di liti*, in *Il Sole 24 ore*, 21 ottobre 2014.

¹⁵¹Tribunale di Milano, 1 aprile 2011, G.i.p. Luerti, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011.

controversa tra le parti, essendo una fattispecie molto tecnica e composta prevalentemente da documentazione. *“In punto di fatto, non si prevedono pertanto evoluzioni di sorta in sede dibattimentale, nemmeno attraverso l’esame incrociato dei pochi testi che hanno già reso dichiarazioni difficilmente controvertibili e comunque non estremamente rilevanti nell’ambito delle imputazioni”*¹⁵².

In merito all’imputazione secondo l’art. 4 D.Lgs. 74/2000, il G.U.P. osservò che la rata del prezzo pagato come corrispettivo della cessione dei marchi alla società lussemburghese nel 2004 costituiva una posta dell’attivo da inserire nella dichiarazione dei redditi delle persone fisiche del medesimo anno, cosa che Domenico Dolce e Stefano Silvio Gabbana fecero.

Ciò che l’Agenzia delle Entrate contestò ai due stilisti fu la cessione dei marchi ad un valore che doveva essere ricalcolato da quest’ultima; si trattava di preciso di euro 1.193.712,00, contro il valore effettivo di 360.000.000 cui è avvenuta la contrattazione.

La differenza tra i due importi di euro 833.712.000 (416.856.000 a carico di ciascuno dei due stilisti) costituiva l’ammontare dell’imposta evasa grazie all’operazione compiuta nel 2004.

La cessione dei marchi rappresentava quindi un abuso del diritto, sfociato poi nell’esterovestizione delle società lussemburghesi (la holding e Gado s.a.r.l.); tale operazione determinò la fissazione di un prezzo inferiore rispetto a quello che parti indipendenti avrebbero stabilito in un libero mercato, sottraendo al fisco la reale plusvalenza.

Il giudice non dubitò che l’operazione di cessione fosse reale e non una mera simulazione, tant’è che il prezzo di cessione fu determinato dal legittimo esercizio della libertà contrattuale delle parti; di conseguenza, non si ritenne opportuno effettuare una perizia integrativa.

Di contro l’Agenzia delle Entrate considerò l’operazione di ristrutturazione aziendale come un abuso del diritto e di conseguenza il prezzo dei marchi avrebbe dovuto essere rideterminato secondo il criterio indicato nell’articolo 9 del TUIR¹⁵³. Tale

¹⁵²Tribunale di Milano, 1 aprile 2011, G.i.p. Luerti, in Dir. pen. cont., cit., 27 settembre 2011

¹⁵³ Art. 9 TUIR :”1. I redditi e le perdite che concorrono a formare il reddito complessivo sono determinati distintamente per ciascuna categoria, secondo le disposizioni dei successivi capi, in base al risultato complessivo netto di tutti i cespiti che rientrano nella stessa categoria 2. Per la determinazione dei redditi e delle perdite i corrispettivi, i proventi, le spese e gli oneri in valuta estera sono valutati secondo il cambio del giorno in cui sono stati percepiti o sostenuti o del giorno antecedente piu' prossimo e, in mancanza, secondo il cambio del mese in cui sono stati percepiti o sostenuti; quelli in natura sono valutati in base al valore normale dei beni e dei servizi da cui sono costituiti. In caso di conferimenti o apporti in società o in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti. Se le azioni o i titoli ricevuti sono negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri e il conferimento o l’apporto e' proporzionale, il corrispettivo non puo' essere inferiore al valore normale determinato a norma del

criterio però poteva, e può, essere usato nei casi in cui il prezzo non fosse determinato o nei casi in cui il prezzo stabilito dalle parti risultava inferiore a quello effettivamente pagato.

Inoltre la dichiarazione infedele implicò la percezione di un reddito maggiore rispetto a quello dichiarato secondo i criteri del processo penale, ma non l'obbligo di dichiarare un reddito in base al valore normale anche se diverso dalla realtà.

Nonostante ciò, non ci fu la certezza che Domenico Dolce e Stefano Gabbana avessero effettivamente percepito, e poi occultato, da Gado s.a.r.l. un valore superiore, a quello dichiarato, di 360 milioni di euro in violazione dell'art. 4 *ex D. Lgs. 74/2000*.

Infatti non furono mai dimostrate: la tenuta irregolare delle scritture contabili, l'esistenza della contabilità in nero, la raccolta di altri elementi indiziari desumibili da accertamenti bancari o testimoniali (in quanto GADO s.a.r.l. pagò le prime rate e poi fu, strategicamente, italianizzata).

In base a quanto detto sino ad ora, l'accusa *ex art. 4 D.Lgs. 74/2000*, può essere riassunta in quattro punti:

- la cessione simulata dei marchi;
- l'incongruità del corrispettivo rispetto al valore normale;
- l'accusa di esterovestizione della società lussemburghese;
- il trattamento fiscale privilegiato del 4% grazie all'accordo di ruling.

Per quanto concerne i primi due punti si fa riferimento al reato di dichiarazione infedele, ossia il negozio è reale e il prezzo è stato determinato in autonomia dalle parti. L'assetto proprietario del gruppo, inoltre, è stato modificato in quanto Stefano Gabbana con la ristrutturazione risultava possedere il 40% del marchio mentre il restante 60% era di proprietà dell'intera famiglia Dolce. Quindi dopo la modifica del gruppo, la cessione dei marchi ha determinato effetti significativi dal punto di vista patrimoniale.

successivo comma 4, lettera a). 3. Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore. 4. Il valore normale è determinato: a) per le azioni, obbligazioni e altri titoli negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese; b) per le altre azioni, per le quote di società non azionarie e per i titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del patrimonio netto della società o ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, all'ammontare complessivo dei conferimenti; c) per le obbligazioni e gli altri titoli diversi da quelli indicati alle lettere a) e b), comparativamente al valore normale dei titoli aventi analoghe caratteristiche negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo obiettivo. 5. Ai fini delle imposte sui redditi le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche per gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento e per i conferimenti in società''.

In merito alla questione dell'esterovestizione si è ritenuto che gli imputati avessero esercitato la libertà di stabilimento garantita dai Trattati dell'Unione Europea; di conseguenza si è negata l'abusività della collocazione della sede in uno stato membro dell'unione solamente perché presentava delle leggi più favorevoli, nonostante non si svolgesse attività d'impresa.

In tal contesto gli orientamenti sulla questione risultavano due:

- la via seguita dall'Agenzia delle Entrate che accusa gli imputati e Gado s.a.rl. per la violazione dell'art. 4 D.Lgs. 74/2000, insieme alla Guardia di Finanza che denuncia l'amministratore delegato di Gado s.a.r.l. Alfonso Dolce per violazione dell'art. 5 D.Lgs 74/2000¹⁵⁴;

- la via seguita dal PM che considera solamente la truffa ai danni dello Stato, valorizzando le caratteristiche dell'esterovestizione.

Il primo orientamento considera la rilevanza penale dell'elusione fiscale, considerando il principio di legalità come regolatore della materia; quest'ultimo stabilisce un collegamento inscindibile tra un fatto previsto da una norma di legge e la sanzione penale.

L'elusione fiscale presenta però dei tratti contraddittori con tale principio in quanto da un lato è caratterizzata da atti leciti, dall'altro presenta caratteristiche atipiche che confliggono con il principio di tipicità e determinatezza della fattispecie penale.

In merito all'articolo 5 D.Lgs. 74/2000, a cui la dottrina riconduce in astratto il fenomeno dell'esterovestizione, il G.U.P. sottolineò l'importanza dei criteri di accertamento in quanto nel caso in cui si fossero i presupposti grava sul contribuente la dimostrazione della prova contraria.

Per quanto riguarda il secondo orientamento si sottolinea che la cessione dei marchi fu reale e non fittizia, in quanto tutta l'operazione si svolse alla luce del sole. La contestazione al P.M. riguardò la non artificiosità delle condotte e l'impossibilità per l'Amministrazione Finanziaria di cadere in errore.

¹⁵⁴ Art. 5 D.Lgs. 74/20001: " È punito con la reclusione da due a cinque anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. 1-bis. È punito con la reclusione da due a cinque anni chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di sostituto d'imposta, quando l'ammontare delle ritenute non versate è superiore ad euro cinquantamila. 2. Ai fini della disposizione prevista dai commi 1 e 1-bis non si considera omessa la dichiarazione presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto".

Da queste considerazioni derivò la dichiarazione di non luogo a procedere in base all'articolo 425 c.p.p.¹⁵⁵.

In conclusione si può dire che la decisione del G.U.P. fu in linea con la dottrina maggioritaria e con la giurisprudenza tributaria appoggiata fino a quel momento storico¹⁵⁶

5 La sentenza n. 7739/2012 della Cassazione

5.1 Le ragioni del ricorso del PM

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano sottolineò l'illogicità della motivazione del G.U.P. per quanto riguardava tutti i capi d'imputazione; inoltre denunciò l'erronea applicazione della legge penale in riferimento al reato di dichiarazione infedele ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. 74.

In particolare, Il PM osservò che l'elemento centrale delle imputazioni fu l'individuazione del carattere simulato o meno del prezzo di cessione dei marchi, accusando il G.U.P di una valutazione superflua dell'esercizio dell'azione penale. Quest'ultimo avrebbe dovuto approfondire maggiormente le prospettive d'indagine nel dibattimento, ricorrendo anche allo strumento della perizia.

I marchi oggetto di cessione furono valutati da PriceWaterhouseCoopers, (Pwc), la quale basò la valutazione come se avvenisse tra operatori italiani, anziché tra italiani e lussemburghesi. La società di rating commise un grave errore, in quanto l'aliquota fiscale non risultò neutrale nella determinazione del valore dei marchi.

Tale fatto fu considerato dal G.U.P, ma da ciò non fu tratta alcuna conclusione, incorrendo in un vistoso vizio logico nella interpretazione delle risultanze di indagine. Inoltre, fu commesso un altro errore: il pagamento del prezzo di cessione dei marchi fu pianificato nell'arco di sette anni, mentre il valore dei marchi fu calcolato dalla società PWC su un arco temporale di vita pari a 15 anni. Una lacuna derivò dal fatto che nella

¹⁵⁵ Art. 425 c.p.p : “ *Se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo. 2. Ai fini della pronuncia della sentenza di cui al comma 1, il giudice tiene conto delle circostanze attenuanti. Si applicano le disposizioni dell'articolo 69 del codice penale. 3. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. 4. Il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. 5. Si applicano le disposizioni dell'articolo 537”.*

¹⁵⁶ MOREU A., *Abuso del diritto ed elusione*, cit., pagg. 1019-1024.

sentenza impugnata, il G.U.P. non considerò il contributo probatorio dell' Agenzia delle Entrate per quanto concerne la determinazione del prezzo di cessione dei marchi, privilegiando il privato, a sostegno della libertà contrattuale, nonostante tale valutazione fosse la medesima di quella della Guardia di Finanza.

In particolare, il P.M. lamentò la mancata sollecitazione, da parte del G.i.p. Luerti, alle parti per ciò che riguarda la connotazione giuridica dei fatti, dato che la questione fu affrontata in assenza di tale aspetto.

Un'ulteriore critica riguardò la mancata considerazione del materiale probatorio, in quanto in prima istanza furono tralasciati tutti gli elementi di prova a sostegno dell'esterovestizione, suscettibili di ulteriori arricchimenti; inoltre, fu ignorato il fatto, a seguito della verifica da parte della Guardia di Finanza, del trasferimento della società in Italia e del pagamento di sanzioni e interessi connessi alla contestazione del reato di omessa dichiarazione per l'importo di circa 40 milioni di euro.

Con specifico riferimento alle accuse di incongruità del corrispettivo rispetto al valore normale e di esterovestizione della società lussemburghese, il P.M. ricorrente osservò che nella sentenza impugnata il G.U.P. fece erroneamente riferimento alla fattispecie *ex art. 4 del D. Lgs. n. 74/2000* in quanto parlò di *"percezione di un reddito effettivo superiore a quello dichiarato, perché in realtà la suddetta fattispecie criminosa non parla di reddito percepito ma di "elementi attivi indicati per un ammontare inferiore a quello effettivo"*¹⁵⁷. Nel caso in esame, di conseguenza, l'operazione non si configurò come una cessione di beni immateriali verso corrispettivo di un prezzo, in quanto, oltre al prezzo accordato, ci fu un preventivo in natura costituito dal maggior valore delle quote societarie, il quale avrebbe dovuto concorrere alla formazione della base imponibile dei due imputati. Alla stregua di ciò, si sarebbe dovuto determinare l'ammontare degli elementi attivi indicati in dichiarazione ai sensi dell'art. 1 lett. b) D.Lgs. n. 74 del 2000 e degli artt. 1 e 9 d.p.r. n. 917 del 1986, avendo avuto riguardo del valore normale dei beni oggetto della transazione e non del valore di scambio.

¹⁵⁷ Cass. pen, Sez. II, 22 novembre 2011, 7739, cit., pagg. 11 -14.

5.2 Le ragioni del ricorso della Agenzia delle Entrate

Le ragioni del ricorso dell’Agenzia delle Entrate furono diverse da quelle del PM in quanto l’organismo ha natura accertativa e di conseguenza questo portò a impugnare difetti di tipo tributario-fiscale. Risultò quasi scontato pensare che l’Agenzia delle Entrate focalizzasse l’attenzione su errori tributari commessi da un giudice non molto esperto. Le perplessità di quest’ultima si riferirono in particolare:

1) alla violazione della legge con riferimento ex art. 5 D.Lgs. 74/2000 in relazione all’art. 73 del T.U.I.R.

La critica derivò dal fatto che, al fine di stabilire la residenza fiscale nel territorio dello Stato l’art. 73, comma 1, del TUIR privilegiò l’aspetto sostanziale legato all’effettivo svolgimento dell’attività di direzione, controllo ed impulso della molteplice e complessa attività economica della società. Inoltre, come già esposto nel primo capitolo, anche la Convenzione internazionale contro le doppie imposizioni tra Italia e Lussemburgo (ratificata con legge 14/08/1982, n. 747), indicò, quale elemento determinante al fine di stabilire la residenza fiscale di una società di capitali ed il conseguente regime di tassazione, l’individuazione della sede di direzione effettiva.

In tal contesto, di conseguenza, il G.U.P. Luerti avrebbe dovuto ritenere che Gado s.a.r.l. fosse comunque obbligata a dichiarare in Italia i redditi derivanti dallo sfruttamento dei marchi, accusandola del reato di omessa dichiarazione ai sensi dell’art. 5 D. Lgs. 74/2000 a causa dell’omessa dichiarazione dei redditi stessi;

2) alla palese illogicità e contraddittorietà della motivazione, in violazione dell’art. 425 c.p.p.¹⁵⁸. L’Avvocatura ricorrente elencò quegli elementi probatori, indiscutibili e necessari ad integrare la fattispecie ex art. 73 TUIR., in modo da fondare la tassazione in Italia dei redditi prodotti dalla Gado s.a.r.l., affermando la mancanza di

¹⁵⁸ Art. 425 c.p.p.: *”Sentenza di non luogo a procedere. 1. Se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l’azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo. 2. Ai fini della pronuncia della sentenza di cui al comma 1, il giudice tiene conto delle circostanze attenuanti. Si applicano le disposizioni dell’articolo 69 del codice penale. 3. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l’accusa in giudizio. 4. Il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l’applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. 5. Si applicano le disposizioni dell’articolo 537”*.

logica, da parte dell'inesperto G.U.P., nel considerare quasi neutrale il materiale probatorio a disposizione. Inoltre, la critica si riferì anche al collegamento con il diritto di stabilimento sancito dal TFUE, in quanto la questione non riguardò la scelta di stabilire la sede in Lussemburgo, quanto piuttosto quella di creare una struttura meramente formale al fine di trarre in inganno l'Amministrazione Finanziaria sulla reale operatività in Italia della Gado s.a.r.l.;

3) al rapporto esistente fra il reato di omessa dichiarazione e quello di truffa ai danni dello stato *ex art. 640, comma 2, c.p.* I fatti contestati integrarono con certezza gli estremi del reato *ex art. 5 D. Lgs. 74/2000*. Nonostante ciò, il P.M. rilevò ulteriori elementi collegati al reato più grave di truffa ai danni dello Stato., contestandolo in base ad un principio di diritto espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite¹⁵⁹ in base al quale i reati *ex artt. 2 e 8 del D. Lgs. n. 74/2000* risultarono speciali rispetto a quello di truffa ai danni dello Stato. Di conseguenza, in base a tale impostazione, l'accusa del reato di omessa dichiarazione non fu configurabile come una condotta fraudolenta o artificiosa in quanto la non dichiarazione delle imposte non la si può paragonare alla volontà di creare degli artifici al fine di trarre in inganno l'Amministrazione Finanziaria nell'accertamento di fenomeni evasivi;

4) osservazioni in merito alle motivazioni della sentenza impugnata con riferimento alla non presenza degli artifici contestati dal momento in cui, secondo il G.U.P. Luerti, l'operazione si svolse alla luce del sole. La critica da parte dell'Avvocatura dello Stato, derivò dal fatto che l'oggetto dell'accusa fu proprio l'esterovestizione, al fine di trarre in inganno l'Amministrazione finanziaria nell'accertamento dell'effettivo trasferimento dell'attività sociale.

Infatti, l'elemento costitutivo della truffa riguardò un comportamento omissivo della vittima configurabile nella mancata tempestività di accertamento dell'evasione dell'imposta da parte di Gado s.a.r.l.;

5) la violazione di legge *ex art. 425 c.p.p.* Il G.U.P. Luerti, pronunciando la sentenza di non luogo a procedere, commise una violazione di legge in quanto all'epoca dei fatti ci furono tutti i requisiti necessari per integrare il reato *ex art. 5 D. Lgs. n. 74/2000*;

¹⁵⁹ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2011, n. 1235.

6) critica dell'Avvocatura ricorrente all'incongruità del corrispettivo rispetto al valore normale in base a quanto stabilì il giudice Luerti, il quale ritenne non provata l'inadeguatezza del valore di 360.000 euro attribuito al marchio. Dalle prove a disposizione infatti, l'inadeguatezza fu confermata sia dalla mancata considerazione di elementi rilevanti nella valutazione fatta da Pwc, sia dagli studi e ricerche effettuate da altre società (R&S, Mediobanca e Interbrand s.r.l.).

Inoltre, l'Avvocatura non concordava sul fatto che il G.U.P. ritenne inutilizzabile la stima operata dall'Agenzia delle Entrate quale parte civile, in merito alla rideterminazione dei redditi;

7) osservazione in merito alla deroga illegittima all'art. 9 del TUIR con riferimento all'art. 4 del D. Lgs. n. 74/2000. Nonostante la cessione fosse avvenuta tra parti correlate, questo non legittimò a derogare all'art. 9 del TUIR che, anche attualmente, impone la tassazione sulla base del "valore normale" dei beni ceduti, al fine di evitare di minimizzare la tassazione. *"A tal fine si richiama il disposto dell'art. 37 bis del d.p.r. n. 600 del 1973, sulla base del quale deve affermarsi che il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall' utilizzo distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dall'aspettativa del risparmio fiscale"*¹⁶⁰. In base al 37-bis, nel caso in esame, risultano superate le soglie del valore normale e la contestazione del reato *ex art. 4 D. Lgs. 74/2000* è corretta.

5.3 La pronuncia della Cassazione

La Cassazione in merito all'accusa di truffa aggravata ai danni dello Stato *ex art. 640 c.p.*, comma 2, dichiarò infondati ricorsi¹⁶¹. La pronuncia in merito a tale questione si collegò alla sentenza n. 1235/2011; dato che quest'ultima fu spesso menzionata sia dalla Cassazione stessa, sia dalle parti, i giudici decisero di approfondire il tema fornendo una risposta al tema in oggetto mediante due chiavi di lettura del gettonato principio di specialità:

¹⁶⁰ Cass. pen, Sez. II, 28 novembre 20112, 7739, cit., pagg.15 – 20.

¹⁶¹ Cassazione pen., Sez. II, 28 febbraio 2012, n. 7739, cit., punto 3.1 dei motivi della decisione :*"E' possibile che ci sia un concorso di reati tra il delitto di frode fiscale e quello di truffa, nel caso in cui dalla condotta derivi un profitto ulteriore, non solo quello di evasione fi- scale. Qualora l'operazione abbia invece diretta ed esclusiva finalità di evasione o elusione fiscale, è integrato solo il reato speciale di frode"*.

- la specificità, intesa come la presenza nel nostro ordinamento di una disciplina ad hoc contro l'evasione e di conseguenza l'impossibilità di utilizzare disposizioni di diritto penale comune per contrastarla. Questo in relazione al principio di legalità che presenta criteri di tassatività e determinatezza come suoi corollari;
- la limitazione del principio di specialità, in quanto in alcuni casi può non essere osservato. Infatti, nel caso in cui da una condotta, oltre all'evasione fiscale, derivi un profitto ulteriore potrebbe verificarsi anche il delitto di truffa e non solo quello fiscale. In tale situazione è corretta l'applicazione di varie sanzioni in quanto la stessa condotta integra più reati.

In base a tali considerazioni la specialità dei reati fiscali ex art. 74/2000 poteva essere rilevata solamente nel caso in cui la condotta incriminata avesse come mera finalità l'evasione o l'elusione dell'obbligazione tributaria. Il concorso di reati poteva quindi sussistere solamente quando dall'operazione derivasse un profitto ulteriore, diverso dalla semplice evasione fiscale.

Passando poi alle motivazioni per l'art. 4 del D.Lgs. 74/2000 in tema di esteroinvestizione, la Suprema Corte indicò, alla motivazione 4.1¹⁶², che nella legislazione del settore fu racchiusa la risposta a tale questione. Infatti la norma di riferimento è l'attuale art. 73, comma 3, del TUIR, di cui si è già discusso nel capitolo 1. In tal contesto giova ricordare che il nostro ordinamento non guarda solamente il dato formale (sede legale o sede dell'amministrazione), ma anche quello sostanziale (l'oggetto principale, attività essenziale per il raggiungimento degli scopi previsti dalla legge, dall'atto costitutivo o statuto).

L'attenzione della Cassazione si riferì poi agli argomenti a sostegno della rilevanza penale delle condotte elusive, riferendosi alla definizione di "imposta evasa" presente nel D.Lgs. 74/2000, art. 1, lett. f) la quale risultò "*idonea a ricomprendere l'imposta elusa, che è, appunto, il risultato della differenza tra un'imposta effettivamente dovuta, cioè quella della operazione che è stata elusa, e l'imposta dichiarata, cioè quella autoliquidata sull'operazione elusiva*"¹⁶³.

¹⁶² Cass. pen, Sez. II, 22 novembre 2011, 7739, cit., pag. 44.

¹⁶³ Cass. pen, Sez. II, 22 novembre 2011, 7739, cit., pag. 56.

In particolare nel caso di dichiarazione infedele l'imposta evasa è pari alla differenza tra ciò che si deve effettivamente e ciò che è indicato in dichiarazione; nel caso di omessa dichiarazione infedele l'imposta evasa è pari all'intera imposta dovuta.

Le motivazioni della Suprema Corte proseguono sulla possibilità che la rilevanza penale fosse prevista dal legislatore grazie all'interpello preventivo¹⁶⁴, e l'utilizzo dell'interpello antielusivo¹⁶⁵ (oggi soppresso dal Decreto Legislativo del 24/09/2015 n. 156 Articolo 7) nella specie in esame che può dar luogo ad un esimente in riferimento ai reati del D.Lgs. 74/2000.

Tale possibilità fu regolamentata dall'art. 16¹⁶⁶ D.Lgs 74/2000, oggi abrogato, in quanto sembra evidente che detta disposizione inducesse proprio a ritenere che l'elusione, fuori dal procedimento di interpello, potesse avere rilevanza penale e ciò fu confermato dal Titolo III "*Disposizioni comuni*", contesto in cui fu inserito l'art.16, riguardante la materia penale, successivo all'art. 15 contenente "*le violazioni dipendenti da interpretazione delle norme tributarie*".

La Cassazione osservò che l'interpello antielusivo si riferiva ai casi concreti presenti negli artt. 37 bis, co. 3 e 37 del D.P.R. 600/73, i quali disciplinavano fattispecie elusive specifiche. Di conseguenza l'esimente dell'art. 16 D.Lgs. 74/2000 non riguardò tutti i casi di elusione fiscale, ma solamente quelli previsti da tali disposizioni.

In base a tale constatazione i giudici di legittimità sancirono un importante concetto¹⁶⁷ riguardante l'abuso del diritto in materia penale, che riguardò la rilevanza penale delle condotte elusive; queste ultime potevano considerarsi tali solamente nelle ipotesi espressamente previste dalla legge.

In altri termini, in base a quanto sancito dalla Cassazione, da un punto di vista penale non si poteva parlare dell'esistenza di una regola generale antielusiva, ma

¹⁶⁴ Art. 11 L. 212 del 27 luglio 2000: "*I. Ciascun contribuente può inoltrare per iscritto all'amministrazione finanziaria, che risponde entro centoventi giorni, circostanziate e specifiche istanze di interpello concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, qualora vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse. La presentazione dell'istanza non ha effetto sulle scadenze previste dalla disciplina tributaria*".

¹⁶⁵ Art. 21 L. 413 del 30 dicembre 1991, commi 1 e 2: "*1. E' istituito alle dirette dipendenze del Ministro delle finanze, il comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, cui è demandato il compito di emettere pareri su richiesta dei contribuenti. 2. La richiesta di parere deve riguardare l'applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente, delle disposizioni contenute negli articoli 37, comma terzo, e 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni. La richiesta di parere può altresì riguardare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 74, comma 2, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, la qualificazione di determinate spese, sostenute dal contribuente, tra quelle di pubblicità e di propaganda ovvero tra quelle di rappresentanza.*

¹⁶⁶ Art. 16 D.Lgs. 74/2000: "*Non dà luogo a fatto punibile a norma del presente decreto la condotta di chi, avvalendosi della procedura stabilita dall'articolo 21, commi 9 e 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, si è uniformato ai pareri del Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive previsti dalle medesime disposizioni, ovvero ha compiuto le operazioni espone nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio-assenso*".

¹⁶⁷ Cass. pen, Sez. II, 22 novembre 2011, 7739, cit., pag. 59.

solamente di specifiche disposizioni fiscali antielusive a cui ricondurre condotte potenzialmente rilevanti sotto il profilo penale.

Tale affermazione da parte della Suprema Corte ebbe dei risvolti importanti per quanto riguarda la condotta del contribuente, infatti, in sede della dichiarazione dei redditi ora si doveva tener conto che le specifiche norme antielusive erano diventate dei precetti da seguire di pari rango con le classiche regole tributarie.

La conclusione dei giudici di legittimità fu perfettamente in linea con le scelte del legislatore del 2000 in merito alla rilevanza penale dell'elusione, il quale ha voluto incentrare le fattispecie criminose sul momento della dichiarazione.

L'interpretazione della Suprema Corte che propose per la rilevanza penale dell'elusione non fu in contrasto neanche con l'ordinamento comunitario. In merito alle memorie riguardanti i principi comunitari presentate nella sentenza impugnata, la Cassazione li considerò irrilevanti.

La rilevanza penale delle condotte elusive, non contrastò, infatti, con il principio di legalità in quanto se da una parte tale principio non consentiva la configurabilità della generale fattispecie di truffa in presenza di un'espressa previsione di condotta elusiva, dall'altra non fu di contrasto alla configurabilità della rilevanza penale della medesima condotta, in quanto riguardò un risultato interpretativo caratterizzato da una ragionevole prevedibilità.

Infine la Suprema Corte affermò ulteriori principi. In particolare, la stessa sostenne che i cardini alla base dell'indipendenza valutativa del giudice nella ricostruzione della fattispecie criminosa restavano validi.

Inoltre nel valutare la residenza, o meno, in Italia di un soggetto ai fini fiscali, il giudice penale non doveva essere vincolato dalla ricostruzione fatta dall'Amministrazione finanziaria in sede di controllo. Questo perché non vi era automatica trasferibilità in sede penale delle presunzioni tributarie e di conseguenza spettava al giudice penale verificare la sussistenza dell'art. 73, co, 3,5, 5 bis del TUIR; in aggiunta le presunzioni tributarie non potevano avere valore di prova, bensì solamente carattere indiziario.

In base alle motivazioni soprelencate la Cassazione con sentenza n. 7739/12 del 22 novembre 2011, annulla il proscioglimento di Stefano Silvio Gabbana, Domenico Dolce e degli amministratori coinvolti sostenendo che l'atto elusivo possa aver rilevanza penale nei limiti anzidetti.

Il rinvio della Suprema Corte al Tribunale di Milano fu dovuto alla mancanza di applicazione del G.U.P. dei principi di diritto; inoltre non si preoccupò di effettuare una perizia estimativa e considerò il materiale investigativo “irrelevante”, ignorando la rigorosa applicazione del principio della valutazione della prova, la quale esorta il giudice a non considerare singolarmente gli elementi “*e di prendere in considerazione tutti e ciascuno degli elementi emersi non in modo parcellizzato e avulso dal generale contesto probatorio, verificando se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possono essere ordinati in una costruzione logica, armonica e consonante*”¹⁶⁸.

Per la prima volta fu emessa una sentenza che sanciva come la condotta elusiva potesse configurare un’ipotesi di reato, nel caso in cui fossero raggiunte le soglie di punibilità minima e si fosse riscontrato l’elemento psicologico, costituito dal fine di evadere le imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

¹⁶⁸Cass. pen, Sez. II, 22 novembre 2011, 7739, cit., pag 73.

6. Il primo e il secondo grado di giudizio

Il Tribunale di Milano, cui la Corte aveva rinviato, con sentenza del 19 giugno 2013 condannò in primo grado per il reato di omessa dichiarazione i due stilisti e il loro commercialista, promotore dell'operazione di ristrutturazione Luciano Patelli ad un anno e otto mesi; inflisse invece la pena di un anno e quattro mesi ai manager Alfonso Dolce, Giuseppe Minoni e Cristina Ruella, assolvendo Antoine Noella. Tutti i condannati impugnarono la sentenza, sulla quale si pronunciò la Corte d'Appello di Milano con sentenza del 30 aprile 2014 confermando in secondo grado la condanna per il reato di omessa dichiarazione a carico dei due stilisti. Il processo si concluse con la sentenza 43809 della Cassazione il 24 ottobre 2014 la quale assolse i due stilisti in quanto non essendoci esterovestizione della società Gado s.a.r.l. non poteva di conseguenza configurarsi alcun reato di omessa dichiarazione.

6.1 Il primo grado di giudizio

Nel paragrafo precedente si è visto che la Cassazione annullò la sentenza del G.U.P. rinviandola al Tribunale di Milano, il quale si pronunciò nel giugno 2013¹⁶⁹.

Il Tribunale iniziò ad occuparsi dell'esterovestizione di Gado s.a.r.l., rilevando che le motivazioni a sostegno della scelta del Lussemburgo come sede effettiva della società che deteneva i marchi non giustificavano tale scelta.

Infatti l'esterovestizione di Gado fu pacificamente provata in quanto lo scopo dell'allocazione era quello di sottrarre un'ingente porzione di reddito imponibile favorendo di un'aliquota del 4%.

Tale operazione assunse rilevanza penale in quanto violò l'art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000 in relazione all'art. 73, terzo comma, del D.P.R. 917/1986¹⁷⁰, dato che, nel concreto, comportò una evidente sottrazione della base imponibile alla tassazione

¹⁶⁹ Tribunale di Milano, Sez. II, sent. 19 giugno 2013, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2014.

¹⁷⁰ Art. 73, comma 3, D.P.R.: "3. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi."

italiana e realizzò una condotta equiparabile a quella di evasione “*e non un mero abuso di uno strumento contrattuale lecito per prevenire ad una “ottimizzazione” fiscale*”¹⁷¹.

L’art. 73 sopracitato attribuisce rilevanza sia alla presenza della sede legale della società in Italia (dato formale), sia alla localizzazione della sede dell’amministrazione o dell’oggetto principale sempre in territorio italiano (dato sostanziale). Tali criteri sono alternativi quindi di conseguenza è necessario che si verifichi uno di questi al fine dell’attrazione della residenza di una società in Italia. Inoltre vanno considerati, come già trattato nel primo capitolo, i trattati contro le doppie imposizioni aventi lo scopo di evitare la sovrapposizione di più sistemi fiscali.

Di conseguenza in base ai tratti sulla disciplina della residenza così delineati nel caso in cui dovessero verificarsi i requisiti di legge, il contribuente ha l’obbligo di presentare la dichiarazione senza alcun ulteriore passaggio interpretativo. Quindi nel caso in cui, una volta accertati i requisiti non si dovesse presentare la dichiarazione, si andrebbe a violare l’art. 5 D.Lgs 74/2000.

Dopo tale premessa, in merito alla pronuncia dei giudici in merito alla questione di Dolce e Gabbana, arrivarono a provare che la sede dell’amministrazione, nonché la direzione e, di conseguenza, il luogo di esercizio dell’attività principale per la realizzazione degli scopi primari di Gado s.a.r.l., dovesse essere individuata in Italia e precisamente nel luogo dove era gestita la Dolce & Gabbana S.r.l.¹⁷²

La tesi del giudice a sostegno di tale pronuncia fu quella di considerare affidate alla società lussemburghese solo alcune circoscritte incombenze formali e burocratiche legate al trasferimento della proprietà dei marchi.

Nel 2007, come accennato nel paragrafo due, i due stilisti subirono una verifica fiscale e a seguito di questa fu trasferita la sede di Gado s.a.r.l. in Italia. Tale scelta fece insospettare ulteriormente i giudici, in quanto la contestazione poteva essere benissimo smentita.

Il giudice espresse parere favorevole nel considerare esterovestita la società Gado s.a.r.l.

In merito alla contestazione ai due stilisti delle dichiarazioni infedeli ex art. 4 D.Lgs. 74/2000, il Tribunale concluse che gli elementi raccolti, nonostante evidenziassero delle evidenti anomalie derivanti dall’operazione di cessione dei marchi, non consentirono di considerare tale condotta idonea ad integrare la violazione ex art. 4

¹⁷¹Tribunale di Milano, Sez. II, sent.19 giugno 2013, cit., pagg. 17-18.

¹⁷² Tribunale di Milano, Sez. II, sent.19 giugno 2013, cit., pag 20.

D.Lgs. n. 74/2000, in quanto non risultò violata, per quanto attenne a tale operazione , una specifica norma antielusiva.

Il giudice Antonella Brambilla con sentenza del 13 giugno 2013 condannò in primo grado l'amministratore di Gado s.a.r.l., Alfonso Dolce, ex art. 5 D.Lgs. 74/2000 in quanto era tenuto alla presentazione della dichiarazione. Insieme a quest'ultimo, secondo l'art. 110 c.p.¹⁷³, si ritennero concorrenti Luciano Patelli che ideò la ristrutturazione, Cristiana Ruella e Giuseppe Minoni in quanto partecipanti fin dall'inizio alla ristrutturazione societaria; infine Stefano Silvio Gabbana e Domenico Dolce furono accusati di aver portato l'essenziale contributo causale attraverso la costituzione della società, la cessione dei marchi e il contratto di licenza.

L'unica ad essere esclusa dai fatti fu Noella Antoine in quanto non si provò che fosse a conoscenza della struttura societaria e del regime fiscale applicabile.

Concludendo quindi la pronuncia del ricorso: Domenico Dolce, Stefano Silvio Gabbana e Luciano Patelli furono condannati alla pena di un anno e otto mesi di reclusione ciascuno; Alfonso Dolce, Cristina Ruella e Giuseppe Minoni alla pena di un anno e quattro mesi di reclusioni ciascuno, oltre al pagamento delle spese processuali.

6.2 Il secondo grado di giudizio

Circa un anno dopo la condanna in primo grado del Tribunale, a seguito di impugnazione della stessa, si pronunciò la Corte d'Appello di Milano¹⁷⁴ .

In merito alla questione dell'esteroestizione e alla condanna in base all'articolo 5 del D.Lgs. 74/2000, secondo il collegio i dati raccolti consentirono di provare che Gado s.a.r.l. fosse allocata in Lussemburgo solo in modo fittizio. Infatti, secondo la Corte d'Appello¹⁷⁵, gli assunti della difesa furono interessanti, ma irrilevanti ai fini della condotta contestata, in quanto quest'ultima riguardò una società allocata fittiziamente in Lussemburgo, quindi tenuta a presentare in Italia la dichiarazione ai fini IRES.

Inoltre la Corte d'Appello concordò con il Tribunale sul fatto che l'evasione fiscale si fosse realizzata mediante l'esteroestizione di Gado s.a.r.l., con il contributo di più soggetti. Il dolo discese da tutta l'organizzazione avente lo scopo di far apparire la

¹⁷³ Art. 110 c.p.: "*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita*".

¹⁷⁴ Corte d'Appello di Milano, 30 aprile 2014 (dep. 20 giugno 2014), in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2014, cit., con nota di T. Giacometti.

¹⁷⁵ Corte d'Appello di Milano, 30 aprile 2014 (dep. 20 giugno 2014), in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2014, con nota di T. Giacometti, cit., pag 35.

Gado s.a.r.l. come un soggetto lussemburghese separato ed autonomo; in realtà quest'ultimo oltre ad essere inserito nel gruppo societario, veniva diretto dall'Italia e non aveva nessuna indipendenza operativa nelle decisioni di rilievo. La Corte d'Appello concluse che il fine fosse “*quello di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, scopo ben presente agli occhi degli imputati, essendo l'aspetto fiscale quello principalmente considerato nel progetto di ristrutturazione societaria, se non esclusivo*”.

7. La fine del processo: sentenza n. 43809/2014 della Corte di Cassazione

Come anticipato sopra, la vicenda Dolce&Gabbana terminò con la sentenza della Cassazione nell'ottobre 2014¹⁷⁶ che annullò la sentenza impugnata perché il fatto (esterovestizione) non sussistette.

Nelle motivazioni della sentenza la Suprema Corte fece pressione sul verificare se l'ufficio di Gado s.a.r.l fosse una costruzione di mero artificio, in quanto la costruzione artificiosa e l'indebito vantaggio fiscale risultavano sullo stesso binario. Infatti, non può essere considerato indebito il vantaggio fiscale solamente perché l'imprenditore sfrutta le opportunità offerte dal mercato o da una più conveniente legislazione fiscale. Si ricade, invece, nel caso in cui dovessero esserci situazioni non inerenti con la realtà, ossia puri artifici che rendono conseguentemente indebito il vantaggio fiscale.

Inoltre dato che D&G S.r.l. controllava le due società in Lussemburgo, dove in particolare Gado s.a.r.l dopo la cessione risultava la titolare dei marchi, era necessario verificare “*che la società controllata estera non fosse “una costruzione di puro artificio, ma corrisponda ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o allo statuto*”¹⁷⁷.

In base alle considerazioni appena esposte la creazione delle società lussemburghesi e la cessione dei marchi non furono considerati degli artifici volti ad ottenere un risparmio fiscale, ma delle operazioni con valide ragioni di organizzazione aziendale.

La Suprema Corte si discostò di molto rispetto alle conclusioni nei due gradi di giudizio precedenti infatti, in riferimento all'art. 5 D.Lgs. 74/2000, contemplò un reato omissivo proprio: “*la volontà di omissione deve sussistere solo ed esclusivamente al*

¹⁷⁶ Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, in banca dati *DeJure*.

¹⁷⁷ Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, in banca dati *DeJure*., cit., 16.86.

*momento della scadenza del termine. Le condotte antecedenti e successive possono rilevare esclusivamente a fini di prova del dolo, non come frazioni dell'unica condotta omissiva*¹⁷⁸.

In base a tale affermazione della Cassazione l'errore commesso dai giudici di merito fu evidente in quanto al momento della decisione non tennero conto del complesso intreccio organizzativo e funzionale che intercorreva tra controllata e controllante.

Il motivo dell'assoluzione si ridusse al fatto che non ci fosse alcuna relazione causale tra le condotte ascritte ai concorrenti e la mancanza di volontà del legale rappresentante di presentare le dichiarazioni dei redditi della società in Italia. *“Infatti non hanno alcuna rilevanza, ai fini del concorso nel reato omissivo proprio unisussistente, i comportamenti (esterovestizione di Gado) del tutto estranei al fatto e allo stesso addebito che può essere mosso nei confronti dell'autore principale del reato.*¹⁷⁹.

La dottrina accolse in modo positivo tale sentenza in quanto si discostò da quello che era l'orientamento giurisprudenziale in merito all'equiparazione del sistema sanzionatorio dell'elusione e dell'evasione¹⁸⁰.

Rispetto alla sentenza 7739/2012, la Corte riconobbe l'incompatibilità delle norme penali con qualsiasi forma di elusione fiscale. La pecca però fu quella di non aver distinto in modo corretto l'evasione dall'elusione e di non aver ascritto le condotte degli imputati a quest'ultima fattispecie.

8. La codifica della sentenza n. 43809/2015

Ciò che rese di fondamentale importanza la sentenza in esame furono le motivazioni, tutte legate tra loro, con cui la Cassazione assolse gli imputati. L'assoluzione si basava sull'assunto per il quale non essendoci l'esterovestizione di Gado non poteva configurarsi, di conseguenza, il reato di omessa dichiarazione.

La sentenza enucleò dei principi che si posero alla base delle operazioni di riorganizzazione societaria successive al caso Dolce e Gabbana.

In primo luogo, dall'accusa di esterovestizione (fiscale) può derivare l'imputazione reato di omessa dichiarazione (penale). Ai fini della configurazione del

¹⁷⁸ Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, cit., par. 18.4.

¹⁷⁹ Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, cit., par. 21.2.

¹⁸⁰ CORSO P., *Elusione ed evasione: verso un differente trattamento sanzionatorio. “Ne bis in idem”, elusione fiscale e concorso nel reato tributario secondo la sentenza “Dolce e Gabbana”*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 1/2016, pag. 69.

reato *ex art. 5 D.Lgs.* dimostrare che una società sia stata creata con artificio e risulti essere di fatto residente in Italia.

In secondo luogo l'esterovestizione intesa come abuso del diritto. Questo non comporterebbe in automatico la responsabilità penale per chi dovesse agire in base all'art. 5 D.Lgs. 74/2000. Il motivo di tale considerazione è che il reato di omessa dichiarazione è di tipo omissivo ed è quindi necessario, affinché si configuri, anche la presenza dell'elemento soggettivo rappresentato dal fine di evadere le imposte. In altri termini nel caso in cui si dovesse intendere l'esterovestizione come abuso del diritto vi è la presenza di un dolo generico, cosa che invece non potrebbe mai accadere nel reato di omessa dichiarazione.

Nella sentenza è possibile apprezzare anche la distinzione tra evasione ed abuso del diritto, sottolineando l'importanza di individuare il discriminante tra abuso ed elusione rispetto all'evasione poiché implica sanzioni differenti. Infatti anche nel caso in cui si fosse configurato l'abuso del diritto di stabilimento, quest'ultimo non era sufficiente ad integrare il reato di omessa dichiarazione che richiede imprescindibilmente l'esistenza del dolo specifico di evasione.

Infine la sentenza pose l'accento sulla differenza sanzionatoria tra illeciti amministrativi e penali.

In particolare i primi, legate alle violazioni tributarie, mirano al recupero del gettito fiscale, mentre i secondi hanno uno scopo di punire il trasgressore.

CAPITOLO IV: PROFILI PENALI DELL'ESTEROVESTIZIONE

1.Premessa. 2. I profili più rilevanti della sentenza 43809/2015. 2.1 Il concetto di residenza secondo la Cassazione. 2.2 Aspetti penali dell'elusione fiscale. 3. Gli interventi normativi dopo il caso *Dolce&Gabbana*. 3.1 La Raccomandazione della Commissione europea 3.2 Il nuovo abuso del diritto. 3.3 Profili sanzionatori. 3.4 La revisione della disciplina penale tributaria: l'art. 8 della Legge delega n. 128/2014. 4. Il rapporto tra abuso del diritto e il reato di omessa dichiarazione post riforma: il problema dell'esterovestizione

1.Premessa

La sentenza n. 43809/2015, come si avrà modo di vedere nel prosieguo del capitolo, gettò le basi per la riforma dei reati tributari. In particolar modo i temi principali evidenziati dalla Cassazione riguardavano la residenza fiscale, in quando nonostante la società fosse stata costituita in base alle leggi del Lussemburgo, l'autorità inquirente riteneva che fosse residente in Italia. Inoltre, ci fu un'inversione di rotta sulla rilevanza penale delle condotte elusive.

Dopo l'ultima pronuncia della Suprema Corte che pose fine al caso *Dolce&Gabbana*, attraverso la Legge delega n. 23 del 2014 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita) e il successivo decreto legislativo n. 128 del 5 agosto 2015, "*Disposizioni sulla certezza del diritto e sui rapporti tra Fisco e contribuente*", attuativo di essa, è stato introdotto all'interno dello Statuto dei diritti del contribuente (L. 212/2000) la nuova disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale. Il decreto 128/2015 consentì di equiparare il concetto di elusione fiscale a quello di abuso del diritto e realizzò una revisione delle vigenti norme antielusive, con l'obiettivo di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto.

L'analisi si concluderà con alcune riflessioni in merito al regime sanzionatorio a cui è dedicato il Titolo primo del D.Lgs. 158/2015 e gli interventi effettuati agli articoli 4 e 5 del D.Lgs. 74/2000 (delitto di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione).

2. I profili più rilevanti della sentenza 43809/2015

La complessa vicenda del caso *Dolce&Gabbana*, di cui si è ampiamente trattato nel capitolo precedente, ebbe un eco mediatico non indifferente.

Questo deriva non solo dalla notorietà dei soggetti coinvolti ma anche dalla moltitudine degli interessi presi in considerazione che offrirono nel tempo, e nel susseguirsi delle pronunce, spunti di rilevante interesse su questioni tributarie.

Con la sentenza in commento¹⁸¹, la Cassazione penale si occupò in modo originale di alcune problematiche tributarie al centro di svariati dibattiti: il concetto della residenza per i soggetti giuridici, l'esterovestizione e l'elusione (abuso del diritto).

Il fulcro della sentenza riguardava la presunta esterovestizione di Gado S.a.r.l., costituita in Lussemburgo, avente la funzione di tesoriere dei marchi detenuti personalmente dai due stilisti. Dopo la ristrutturazione si era passati da una situazione in cui i marchi venivano concessi in uso dalle persone fisiche alle società operative italiane verso il pagamento di royalties, assoggettate ad imposizione in Italia, a una nella quale i marchi erano detenuti, mediante il conferimento, da Gado S.a.r.l. che continuava a cederli in licenza alle società italiane ed a ricevere i relativi canoni beneficiando di un regime fiscale più favorevole.

La principale contestazione da parte dell'Amministrazione Finanziaria riguardò proprio l'effettività della localizzazione di Gado S.a.r.l. in Lussemburgo. Quest'ultima veniva negata in base agli elementi che riconducevano la direzione in Italia delle attività e quindi l'assenza di autonoma gestione ordinaria.

Questo comportò la responsabilità penale degli imputati per il reato di omessa dichiarazione *ex* articolo 5 D. Lgs. 74/2000, in relazione alla mancata presentazione della società Gado S.a.r.l. Per quanto concerne, invece, il reato di omessa dichiarazione *ex* art. 4 D. Lgs. 74/2000 ci fu l'assoluzione degli imputati, i quali, secondo l'accusa, avrebbero sottratto base imponibile attraverso la sottovalutazione delle plusvalenze derivate dalla cessione dei marchi alla società lussemburghese¹⁸².

In merito al reato di omessa dichiarazione la Corte d'Appello stabilì che esso integrava *“una condotta caratterizzata da dolo specifico, per il quale occorre dimostrare la volontà di mettere in pratica l'operazione nella consapevolezza di violare divieti di natura fiscale, al precipuo fine di evadere le imposte, sottolineando che tale*

¹⁸¹ Cass., sez. III pen., sent. 24 ottobre 2014, n. 43809;

¹⁸² FERRAJOLI L., *Reato di omessa dichiarazione e determinazione della residenza fiscale*, in *Accertamento e Contenzioso*, 16/2016, pag. 46.

attività d'indagine deve eseguirsi secondo le regole del procedimento penale e non, invece, tramite le presunzioni tipiche del processo tributario"¹⁸³.

Tale affermazione da parte della Suprema Corte fu un punto fondamentale in quanto stabilì inequivocabilmente come i reati penali si caratterizzino per una tipicità di condotta che li distingue dalle sanzioni amministrative per questioni tributarie.

Il Tribunale di Milano e la Suprema Corte consideravano colpevoli i due stilisti del delitto di cui sopra, sostenendo che la collocazione della società Gado S.a.r.l. in Lussemburgo derivasse da un'operazione fraudolenta e non rispondesse ad una situazione di effettività.

I giudici di legittimità in particolar modo facevano perno su due questioni: la scelta del Lussemburgo dotato di una tassazione soft per le royalties e la mancata autonomia degli organi di Gado S.a.r.l. Tali elementi inducevano i giudici di merito a ritenere fittizia la localizzazione della sede della società e di conseguenza a riscontrare omesso l'adempimento degli obblighi dichiarativi in capo ai suoi amministratori.

L'attenzione della Cassazione riguardava quindi questioni di diritto tributario; si doveva verificare infatti se la residenza fiscale di GADO fosse collocata in Italia e se l'abuso del diritto potesse in qualche modo essere correlata alla regolamentazione della residenza. Si trattava, in seconda istanza, di comprendere se tali concetti situati nella branca d'origine potessero influenzare il giudice penale ovvero se questo fosse idoneo ad operare in autonomia.

Con orientamento a quest'ultima ipotesi, coerente con una consolidata tendenza nella giurisprudenza penalistica¹⁸⁴, la Suprema Corte compì un percorso non privo di profili di originalità, dove istituti propri del diritto tributario vennero reinterpretati avvalendosi dello strumentario penalistico. Seguì quindi un procedimento che superò di certo la rigida separazione che sarebbe imposta dal doppio binario¹⁸⁵, senza eliminare l'autonomia che spetta di natura al giudice penale¹⁸⁶.

Nei paragrafi successivi si analizzeranno in dettaglio le modalità con cui la Cassazione ha risolto le problematiche riguardanti il concetto di residenza della società, abuso del diritto/elusione ed esterovestizione.

¹⁸³ Cass., sez. III pen., sent. 24 ottobre 2014, n. 43809

¹⁸⁴ PERUZZA D., *Il ruolo del procedimento tributario nella determinazione dell'imposta evasa ai fini del giudizio penale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015., pag. 509 ss.

¹⁸⁵ MARELLO E., *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, pag. 269 ss.

¹⁸⁶ Sul punto, Cass., sez. III pen., sent. 10 giugno 2014, n. 24319

2.1 Il concetto di residenza secondo la Cassazione

In base a quanto riportato sopra la residenza fiscale di Gado S.a.r.l. risulta la principale questione che la Cassazione ha dovuto affrontare. Nonostante la società fosse stata costituita in base alle leggi del Lussemburgo, l'autorità inquirente riteneva che fosse residente in Italia.

La sentenza in esame assume un atteggiamento pragmatico, tipico dei giudici penali. Quest'ultima si basa in prima battuta sulla genesi dell'ordinamento tributario, rappresentato dal TUIR, ma infine i giudici apportano la loro peculiare prospettiva interpretativa. Questo fa pervenire ad un concetto in assoluto originale di residenza.

La Suprema Corte dimostrò di aver ben chiaro la problematica di individuazione dei criteri di collegamento più idonei a dimostrare la residenza nell'ordinamento italiano. Nella sentenza infatti sono richiamanti sia i criteri formali, sede legale o luogo dell'incorporazione, sia quelli di natura sostanziale rappresentati dalla sede reale o effettiva della società che deriva dall'operatività della stessa¹⁸⁷. In base al contenuto della sentenza n. 43809/2015 la sede effettiva si identifica come:

- il luogo in cui l'attività viene svolta e diretta dall'organo amministrativo;
- il luogo in cui si riunisce l'assemblea dei soci;
il luogo in cui si riuniscono i legali rappresentanti della società;
- il luogo in cui si svolgono le attività amministrative e direttive della società, nell'operare concreto dei dipendenti e dell'organo amministrativo.

A cavallo delle due tendenze si pone l'articolo 73, comma 3 del Decreto Legislativo 917/'86 che, come già spiegato nel primo capitolo, considera fiscalmente residenti le società che hanno per la maggior parte del periodo d'imposta la sede legale, o dell'amministrazione o l'oggetto principale in Italia.

Mediante tale decreto il legislatore italiano ha apparentemente parificato i criteri formali e quelli sostanziali, avente lo scopo di attrarre sotto la potestà impositiva nazionale il maggior numero di fattispecie soggettive. È noto infatti che gli enti

¹⁸⁷ MELIS G., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Milano, 2009, pag. 163 ss.

residenti sono assoggettati al principio *worldwide*, i quali devono dichiarare ed assoggettare alle regole fiscali domestiche i redditi ovunque prodotti nel mondo¹⁸⁸.

La norma sulla residenza, citata pocanzi, corrisponde perfettamente al paradigma volto ad affermare la sottoposizione di un ente alle norme fiscali interne sui redditi ovunque prodotti nel mondo estendendo e moltiplicando i fattori di collegamento con l'ordinamento domestico.

La sentenza 43809 evidenzia come nella disposizione tributaria prevalga la sede effettiva su quella formale; quest'ultima, infatti, assume rilevanza solo nel caso in cui ci sia un ulteriore elemento di collegamento della società che si collochi all'esterno dell'ordinamento italiano.

L'opportunità di attribuire la residenza fiscale ad enti che nel loro quotidiano operare presentano dei punti di collegamento con l'ordinamento nazionale, indipendentemente dalla sede legale, è controbilanciata dalla difficoltà di accertamento dell'oggetto principale o della sede dell'amministrazione.

A differenza del criterio formale della sede legale verificabile nell'immediato, gli elementi che consentono di individuare i criteri sostanziali sono incerti e opinabili.

Il criterio della sede di amministrazione non avendo una definizione in positivo risulta, forse proprio per tal motivo, quello più utilizzato tra i tre espressamente previsti dall'art. 73.

Quest'ultimo potrebbe ricondursi tanto alle attività ordinarie dell'ente, quanto allo svolgimento di attività di direzione e indirizzo dell'ente che si traducono nella definizione delle linee strategiche o la mera supervisione della gestione ordinaria.

La Suprema Corte si è espressa sul punto¹⁸⁹, operando una netta distinzione tra le mere attività amministrative (non idonee a contribuire alla collocazione della residenza) e le scelte di gestione fondamentali che rappresentano il fulcro della sede dell'amministrazione.

Una volta individuata, dal punto di vista tributario, il rilevante concetto di sede amministrativa, è fondamentale comprendere come possa essere configurata.

Questo si traduce nel capire se rileva l'attività del consiglio di amministrazione svolta secondo regole formali, in quanto il mero luogo in cui gli vengono prese decisioni sporadicamente non è sufficiente ad integrare la sede dell'amministrazione,¹⁹⁰

¹⁸⁸ GUERRA C., *La doppia imposizione internazionale*, in ID. (a cura di), *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, II ed., Padova, 2016, pag. 363 ss.

¹⁸⁹ Cass. Civ., sez. trib., 22 aprile 2015, n. 8196.

¹⁹⁰ GUERRA C., *L'esterovestizione al vaglio dei giudici di merito*, in *Giust. Trib.*, 2008, pag. 565 ss.

oppure, se rilevi il luogo in cui i soci maturano i propri convincimenti sulla gestione d'impresa al di fuori dalle sedi a ciò deputate.

In base alla Suprema Corte sembra prevalere la seconda tesi, in quanto la *“sede dell'amministrazione è quella da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività di gestione dell'ente, che rappresenta, in altri termini, il momento essenziale nello svolgersi della vita della società, nel quale i rapporti a contenuto patrimoniale della stessa vengono voluti ed economicamente determinati”*¹⁹¹.

Nonostante tale orientamento non sia privo di criticità, pare che vi sia la tendenza a rendere preponderante un elemento puramente interno, quello della formazione degli impulsi volitivi; in contesto collegiale, però, potrebbe non essere decisivo per le assunzioni delle delibere dell'ente o subire una modifica all'esito della discussione svolta nelle sedi statutarie preposte.

Gli impulsi volitivi conducono quindi ad ampliare in modo abnorme il perimetro della residenza fiscale delle società in Italia, andando a considerare degli elementi non facili da verificare; questi non sono privi di incertezza per il contribuente e di arbitrio per gli organi giudicanti.

La pronuncia della Suprema Corte¹⁹² in esame ha provveduto a ridefinire i criteri che caratterizzano la residenza fiscale, così stabiliti:

1. la sede amministrativa, per i soggetti diversi dalle persone fisiche, si traduce nel centro in cui si assumono le decisioni inerenti alla direzione e lo svolgimento della sua attività. Un luogo preposto all'insediamento dell'ufficio dell'organo amministrativo e della compagine sociale per quanto riguarda le assemblee dei soci. Inoltre, consiste nella definizione dei rapporti interni e con i terzi al fine di compiere le operazioni necessarie per il raggiungimento dell'oggetto sociale. Infine coincide con il luogo in cui operano concretamente amministratori e dipendenti;
2. nel caso in cui una società controlli una società estera che risulta essere la sua sede legale, l'individuazione del luogo da cui partono gli impulsi volitivi (gestionali o amministrativi), identificabile come la sua sede legale o amministrativa della controllante italiana, non è sufficiente come criterio per identificare la sede di direzione effettiva;

¹⁹¹ Cass. Civ., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 24007.

¹⁹² Cass. Pen., 30 ottobre 2015, cit., n.43809.

3. se una società dovesse ricadere nella fattispecie di cui al punto 2, è necessario verificare che la controllata estera non sia una costruzione artificiosa, accertandosi il reale svolgimento dell'attività indicata nell'atto costitutivo o nello statuto. Per svelare l'eventuale artificio, si può far riferimento all'art. 162 del D.P.R. n. 917/1986 che definisce la stabile organizzazione;
4. *la ricostruzione della presunta costruzione artificiosa deve essere fatta in via autonoma dal giudice, il quale dovrà osservare le tipiche regole del processo penale; infatti quest'ultimo non ammette l'inversione dell'onere della prova, tipico dei ricorsi fiscali.*

L'orientamento penalistico, nonostante si trovi nel solco della giurisprudenza tributaria nel senso della valorizzazione dei criteri di effettività, appare assai più chiaro nel definire gli elementi rivelatori di una simile situazione di effettività. Questi si riscontrano nel luogo ove la società non solo è fisicamente insediata, ma intrattiene anche tutti quei rapporti che, a seconda del suo oggetto, risultano indispensabili per il normale svolgimento delle attività tipiche di questo.

Viene eliminato invece, ogni interesse per gli impulsi volitivi, o comunque per le procedure, di formazione interna della volontà dell'ente prive di adeguata e percepibile esteriorizzazione. Infatti la "nuova" nozione di sede amministrativa si concentra sull'effettività delle operazioni di gestione dell'impresa, in quanto considerare il luogo da cui derivano le decisioni strategiche e dal quale partono le decisioni potrebbe portare a conclusioni aberranti, in particolar modo nel caso in cui quest'ultimo dovesse coincidere con la sede della controllante poiché sarebbe in contrasto con la politica del gruppo.

Il significato dato dalla Cassazione è, dunque, che la residenza, in quanto criterio decisivo al fine di valutare l'assoggettamento dell'ente ai doveri previsti dalla legislazione fiscale domestica, debba fondarsi su elementi rivelatori di ciò che realmente a tal fine conta; inoltre quest'ultimo deve inserirsi nel tessuto economico e sociale dello Stato. Tale inserimento passa dalla ricognizione di un aspetto materiale statico (sede, dipendenti, strutture organizzative di supporto) ad uno relazionale, concernente lo svolgimento delle attività amministrative, i rapporti con fornitori e clienti, i contratti con intermediari finanziari e così via.

Dalla sentenza sembra che occorra evitare le situazioni foriere di ambiguità: ciò che accadrebbe se si pretendesse di ancorare il giudizio di inserimento nell'ordinamento

a fattori non univoci in quanto privi di percettibilità oggettiva da parte dei terzi. Da qui, anche secondo un'ampia elaborazione dottrinale,¹⁹³ la preoccupazione della sentenza di precisare i confini tra asservimento dell'ente estero alla controllante italiana ed i casi, del tutto fisiologici, di influenza di quest'ultima nel contesto dei normali rapporti di gruppo.

Vengono superate in tal modo le incertezze manifestate dalla giurisprudenza tributaria, valorizzando l'esigenza di accertare gli elementi in fatto oltre ogni ragionevole dubbio, dunque in senso oggettivo ed immediatamente percepibile. Si coglie in sostanza, l'influenza del tipo di giudizio che caratterizza il processo penale, nel quale l'accertamento dei fatti deve avvenire sulla base di circostanze non solo positivamente provate, ma anche di carattere oggettivo, non essendo viceversa utilizzabili, almeno in via di principio¹⁹⁴, né presunzioni né elementi indiziari che confondono il movente interno con la condotta effettivamente percepibile all'esterno.

Questo è il risultato di un'ottica sistematica, provata anche dalla sentenza 43809 del 30 ottobre 2014:” *ai fini della domiciliazione fiscale non è necessario che l'attività di impresa venga svolta in Italia, ma la verifica dell'esercizio estero di tale attività costituisce pur sempre condizione imprescindibile per accertare la natura fittizia o meno dell'insediamento, e, dunque, la sua esterovestizione*”.

Dato che la ricostruzione dovrebbe essere volta ad individuare la sede effettiva della società, dovrebbe essere posta in essere in un'ottica globale, ovvero comparando il grado di inserimento manifestato nell'ordinamento procedente e quello che il medesimo ente può rivelare in altro e diverso sistema statale.

La sede reale dovrebbe, infatti, essere tendenzialmente unica; di conseguenza andrebbe individuata attraverso un'attenta opera di comparazione e di conseguente valutazione di tutti gli elementi denotativi di un collegamento, messi a disposizione agli organi accertatori. L'Amministrazione Finanziaria avrebbe la tendenza ad accontentarsi di una ricognizione degli elementi di inserimento della società nel territorio nazionale e a reputarli sufficienti per l'attribuzione della residenza, senza tuttavia in alcun modo porre la questione della possibile sussistenza di circostanze di pari o maggiore rilevanza tali da orientare la collocazione altrove della sede reale, e conseguentemente della residenza fiscale.

¹⁹³ ANTONINI V., *Brevi riflessioni in merito alle interrelazioni tra rapporti di controllo, oggetto principale e stabile organizzazione* (nota a Cass. sez. trib., n. 13579/2007), in *Riv. dir. trib.*, 2008, pag. 142 ss.

¹⁹⁴ Cass., sez. pen., sent. 15 ottobre 2008, n. 495.

Nonostante tale approccio possa comprendersi, alla luce dell'esigenza dello Stato di massimizzare il proprio gettito fiscale, mal si concilia con l'esigenza di condurre con rigore, sul piano del diritto, l'indagine circa la collocazione della sede effettiva dell'ente.

A maggior ragione se si considera che, di regola, le disposizioni domestiche omettono di fornire una definizione accurata dei concetti di sede dell'amministrazione o di oggetto principale, attribuendo così all'interprete, principalmente all'Amministrazione Finanziaria, una discrezionalità così ampia da sconfinare nell'arbitrio

Nei casi come quello oggetto della sentenza, a maggior ragione, in cui si tratta di fattispecie intracomunitarie, si deve valorizzare la centralità del ricorso allo scambio di informazioni quale strumento procedurale per la determinazione dell'effettivo inserimento dell'ente nello Stato di incorporazione.

La logica della determinazione della residenza, nel caso di fattispecie transfrontaliere, è infatti quella del confronto, dal momento che solo in tal modo appare possibile formulare quel giudizio di prevalenza che è connaturato all'attribuzione della qualifica di residente a enti che presentano legami con due o più ordinamenti.

La medesima importanza deve essere attribuita alle certificazioni, provenienti dallo Stato di incorporazione ed attestanti la residenza ivi della società per esservi effettivamente amministrata ¹⁹⁵.

Paragonando le due visioni, tributaria e penale, prevale una logica unilaterale per quanto concerne il punto di vista tributario. Quest'ultimo risulta inadeguato rispetto alle fattispecie nelle quali la comparazione tra ciò che si verifica all'interno dell'ordinamento nazionale e ciò che, in ipotesi, può essere ravvisabile nel diverso ordinamento di incorporazione della società costituisce il fulcro del procedimento di attribuzione della residenza.

Tale tendenza risulta essere una chiara violazione dei principi di mutuo riconoscimento e leale cooperazione tra gli Stati membri affermati in seno all'ordinamento europeo e che costituiscono strumenti indispensabili per affrontare in modo adeguato la problematica in esame.

In base ai criteri di radicamento territoriale ex. art 73 Tuir, rivisti dalla Suprema Corte, la società lussemburghese non avrebbe potuto essere accusata di esterovestizione, in quanto realmente esistita e non costituita per puro artificio.

¹⁹⁵ DORIGO S., *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione europea*, Padova, 2012, pag. 286 ss.

Essendo superato il problema della residenza fiscale delle persone giuridiche, la Cassazione si occupò degli aspetti penali dell'elusione fiscale¹⁹⁶ che saranno trattati nel prossimo paragrafo.

2.2 Aspetti penali dell'elusione fiscale

La sentenza in commento fu il miglior strumento di rappresentazione delle condotte di abuso del diritto tributario: la fine del processo Dolce e Gabbana comportò un'inversione di rotta, in senso opposto, rispetto a quanto stabilì la Cassazione stessa tre anni prima.

Tale inversione interpretativa fu accompagnata da un'approfondita motivazione, che ha permesso alla Corte di legittimità di chiarire taluni profili di carattere generale che rivestivano una grande importanza nel diritto penale tributario; la pronuncia, comunque, deve essere inserita in un contesto temporale che vide la nascita, solo pochi mesi prima, della legge delega n. 23/2014 (c.d. delega fiscale), prodromica a una profonda rivisitazione del comparto penalistico-tributario.

Dopo tale pronuncia della Suprema Corte, infatti, nel 2015 ci furono delle importanti riforme: il D. Lgs. n. 128/2015, che codificò l'abuso del diritto e l'elusione fiscale introducendo l'art. 10 – *bis* dello statuto del contribuente; la riforma dei reati tributari, in particolar modo degli artt. 1 e 3 D. Lgs. n. 74/2000, con il D. Lgs. n. 158/2015.

In particolare il D. Lgs. n. 128/2015, oltre ad aver reso una definizione positiva dell'elusione fiscale (unificando i due fenomeni dell'elusione e dell'abuso del diritto), escluse, nell'art. 10-bis, comma 13, della Legge n. 212/2000, che le operazioni abusive potessero avere rilevanza penale.

L'art. 1, lett. *g-bis*), D. Lgs. n. 74/2000, definendo le modalità di condotta del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'art. 3 stesso Decreto, distinse le operazioni abusive (definite, a loro volta, dal citato art. 10- *bis* della Legge n. 212/2000) e le operazioni simulate oggettivamente e soggettivamente, in modo da fissare il concetto che le operazioni elusive non dovessero avere rilevanza penale.

Tali riforme e la struttura del nuovo art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente saranno trattati nel prossimo paragrafo.

La Cassazione tentò anzitutto di chiarire alcune questioni di carattere generale che rivestivano un ruolo fondamentale per la materia. In *primis*, i giudici di legittimità,

¹⁹⁶ CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007, pag. 164.

eliminò dal campo in modo netto, la suggestione della “concezione particolaristica”¹⁹⁷ che caratterizzò a lungo l’evoluzione e l’interpretazione del diritto penale tributario, stravolgendone i principi fondamentali¹⁹⁸.

A seguito di una importante serie di passaggi motivazionali, incentrati sulla netta affermazione che i principi penali dovevano essere finalizzate unicamente allo scopo rieducativo¹⁹⁹, la Corte focalizzò l’attenzione sui rapporti tra disposizioni c.d. antielusive e fattispecie penali.

I giudici di legittimità, per dichiarare l’irrelevanza penale dell’elusione fiscale, ricorsero, quindi, all’art. 37 comma 3 e art. 37-bis del D.P.R., affermando che questi ultimi “*non esauriscono il disvalore dell’illecito tributario penalmente sanzionato, ma non estendono ad esse nemmeno la tipicità delle singole fattispecie incriminatrici che devono invece rimanere saldamente ancorate alle condotte tassativamente e specificamente previste per ciascun reato*”²⁰⁰.

La Cassazione sostenne che per caratterizzare una condotta penalmente rilevante, compresa l’esterovestizione, fosse sempre necessario ricavare l’elemento psicologico.

Di conseguenza, emerse un ulteriore aspetto attinente al fattore discriminante tra illecito penale e fiscale: in tal senso la sentenza rilevò la diversità tra legislatore penale e fiscale. Il primo infatti individuò un dolo di evasione nella volontà di non seguire l’obbligo tributario attraverso condotte specifiche, che potevano anche non coincidere pienamente con quelle che il legislatore tributario considerava opponibili all’amministrazione finanziaria²⁰¹.

In base tali considerazioni la Suprema Corte definì il dolo di elusione come “*la generica volontà consapevole di avvalersi degli strumenti negoziali previsti dagli articoli 37 comma 3 e 37-bis, D.P.R. 600/1973, per ottenere vantaggi fiscali non dovuti*”²⁰². Per quanto riguarda di dolo specifico di evasione, distinguendolo dal dolo di evasione, la medesima Corte lo definì come che l’“*intenzione di sottrarsi al pagamento delle imposte nella piena consapevolezza della illiceità del fine e del mezzo, esprime un*

¹⁹⁷ LANZI A. – ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, pagg. ss.

¹⁹⁸ PERINI A., *Reati Tributari*, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 2013, pagg. 482 ss.

¹⁹⁹ “*Il diritto penale tributario non fornisce l’armamentario necessario a reprimere la violazione degli obblighi tributari altrove disciplinati. (...) Al legislatore penale tributario non sta a cuore il recupero del gettito fiscale evaso, né il corretto adempimento dell’obbligazione tributaria, ma esclusivamente la rieducazione dell’autore della lesione del bene giuridico protetto, che costituisce lo scopo essenziale della sanzione penale (art. 27 Cost.)*» (Cass., sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, cit., § 14.4)”.

²⁰⁰ Cass., Pen., 30 ottobre 2015, cit., n. 43809.

²⁰¹ NEGRI G., *L’elusione da sola non è mai reato tributario*, in *Quotidiano del Fisco*, 31 ottobre 2015.

²⁰² Cass., Pen., 30 ottobre 2015, n. 43809, cit.

disvalore ulteriore idoneo a selezionare gli illeciti penalmente rilevanti da quelli che tali non sono”²⁰³.

Nel caso di Dolce e Gabbana quindi l'esclusivo perseguimento di un risparmio d'imposta non fu sufficiente a dimostrare il dolo specifico di evasione, in quanto l'operazione fu effettuata con “*valide ragioni economiche sottostanti*”. Infatti nei casi di dolo specifico deve sussistere la volontà di evadere l'imposta attraverso una condotta tipica prevista dal legislatore; di conseguenza le condotte non opponibili all'Amministrazione Finanziaria non sono idonee ad integrare il dolo specifico.

Di conseguenza il dolo di elusione non avrebbe mai potuto configurare le fattispecie dei reati di dichiarazione infedele ex art. 4 e di omessa dichiarazione ex art. 5 D.Lgs. n. 74/2000, dal momento in cui non era presente il presupposto soggettivo necessario all'imputabilità per questi ultimi insieme all'intento tipico di evadere le imposte.

In definitiva, la fotografia della vicenda giudiziaria presentò un forte contrasto: medesimo procedimento, esiti diametralmente opposti. Con la prima sentenza (che annullava la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in sede di udienza preliminare, cd. Dolce e Gabbana I, del 2011) la Cassazione enunciava il principio di diritto per il quale anche le condotte elusive ‘codificate’ erano sanzionabili ai sensi del d.lgs. 74/2000. Solamente tre anni dopo, la stessa Corte (a seguito della condanna pronunciata dalla Corte di Appello, nella sentenza cd. Dolce e Gabbana II del 2014), segnò una netta inversione di rotta.

Le motivazioni dell'inversione di rotta sono da ravvisarsi, più che nelle forti critiche che la dottrina aveva espresso a seguito degli arresti giurisprudenziali a favore della rilevanza penale delle condotte elusive, nel fatto che al momento della lettura del dispositivo era già stata emanata la cd. delega fiscale (11 marzo 2014), nella quale appariva chiara l'intenzione del legislatore di depenalizzare l'abuso del diritto in ambito fiscale. E forse, proprio per tale motivo, non è un caso che il deposito delle motivazioni della sentenza, un anno dopo la pronuncia, sia avvenuto immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 128/2015.

Ciononostante, la pronuncia rappresentò un'importante riaffermazione dei principi generali del diritto penale anche in materia tributaria, con la contestuale sottolineatura di una duplice autonomia del diritto penale dal diritto tributario: funzionale, in quanto il diritto penale non può essere asservito a quello tributario; ma

²⁰³ Cass., Pen., 30 ottobre 2015, n. 43809, cit.

anche autonomia nell'accertamento, in quanto il diritto penale deve seguire criteri probatori più stringenti e rispettosi dei principi fondamentali e delle garanzie penalistiche, non potendosi accontentare delle logiche presuntive più tipicamente tributarie.

In base all'interpretazione della sentenza *Dolce&Gabbana* i principi costituzionali in ambito penale furono accantonati favorendo l'ambito fiscale²⁰⁴.

Le argomentazioni alla base dell'orientamento *Dolce&Gabbana* furono oggetto di numerose e aspre critiche; ciascun argomento utilizzato dalla Corte per motivare la rilevanza penale dell'abuso del diritto in ambito fiscale fu in aperto contrasto con i principi costituzionali e dogmatici alla base dell'illecito penale²⁰⁵.

Secondo la dottrina, la giurisprudenza, nel plasmare questa nuova forma di rilevanza penale dell'elusione fiscale, andò alla ricerca di un precetto e una pena, compiendo una palese forzatura interpretativa e offrendo una fotografia del diritto penale tributario come un nuovo campo di battaglia tra esigenze di garanzia ed effettività²⁰⁶. Il filone inaugurato dalla pronuncia *Dolce&Gabbana* appariva in palese tensione con numerosi corollari del diritto penale, che mal si conciliavano con le esigenze garantistiche sottese al principio di legalità, *in primis* nella sua declinazione di principio di tassatività e determinatezza.

In merito alla rilevanza penale delle condotte elusive, una prima critica mossa al filone *Dolce&Gabbana* evidenziava che la stessa natura sanzionatoria dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 fosse tutt'altro che pacifica²⁰⁷.

Tutto ciò risultava paradossale: da un lato, si sarebbe applicata una sanzione di carattere penale per una condotta di cui era incerta l'esistenza di una sanzione *extra* penale; dall'altro lato, anche ammessa la portata sanzionatoria di tipo amministrativo del citato art. 37-bis, l'irrilevanza penale sarebbe comunque stata resa necessitata in virtù del principio di specialità previsto dagli artt. 9 l. 689/1981 e 19 del d.lgs. 74/2000²⁰⁸.

Inoltre, sempre con riferimento all'art. 37-bis D.P.R. 600/1973, si riteneva che tale norma non potesse rappresentare il parametro di comportamento

²⁰⁴ PERINI A., *La tipicità inafferrabile, ovvero elusione fiscale, 'abuso del diritto' e norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 737.

²⁰⁵ FLORA G., *Perché l'elusione fiscale non può costituire reato (a proposito del caso Dolce&Gabbana)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, pagg. 865 ss.

²⁰⁶ ACCINNI G.P., *Disastro 'ambientale' ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pagg. 755 ss.

²⁰⁷ BOSI M., *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2/2016, pag. 59.

²⁰⁸ CONSULICH F., *La scriminante sfigurata. Il diritto soggettivo come fonte di incriminazione? Il caso dei reati fiscali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1/2014, pag 15.

dell'incriminazione delle condotte elusive, per svariate ragioni²⁰⁹: l'assenza di un divieto espresso; il *deficit* di precisione nell'identificazione delle condotte punibili; infine alla luce di dubbi sulla ragionevolezza in merito alla scelta di tipizzare solo alcune delle possibili condotte elusive, in quanto avrebbe potuto essere più grave e destare ben più preoccupazione una forma di abuso non previsto rispetto a quelle più innocue previste all'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973²¹⁰.

La criticità maggiore, evidenziata dalla dottrina²¹¹, alla ricostruzione offerta dalla giurisprudenza Dolce e Gabbana, era rappresentata dal suo costrutto basato su più passaggi logici, in base ai quali: a) un comportamento elusivo andava ricondotto all'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973; b) l'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973 andava ricondotto, alternativamente, all'art. 3, 4 o 5 del d.lgs. 74/2000.

L'argomentazione della Corte di legittimità si basava su un ragionamento tra il concreto comportamento elusivo e una delle fattispecie di cui al decreto 74/2000; tuttavia, l'art. 37-*bis*, dal punto di vista tributario, consentiva l'applicazione analogica di un determinato trattamento tributario ad ipotesi di negozi che non rientravano nella sfera applicativa della norma che prevede il presupposto dell'imposta. La conseguenza di tale ragionamento, pertanto, fu l'utilizzo di una norma integratrice del precetto penale a struttura analogica sfavorevole, incompatibile con il principio di legalità in materia penale²¹².

L'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973 infatti, non proibendo i comportamenti che venivano in rilievo, non poteva avere le caratteristiche per essere utilizzato quale parametro di comportamento da parte del consociato. La disposizione si limitava, piuttosto, a riprendere il contribuente che, nel caso le operazioni in essa indicate si fossero rilevate prive di valide ragioni economiche, queste non sarebbero state opponibili al Fisco.

La finalità, a ben vedere, era pertanto disincentivare le operazioni economiche mosse unicamente da ragioni fiscali, minacciando la perdita della loro ragion d'essere.

Nel filone interpretativo *Dolce&Gabbana* una condotta elusiva diverrebbe tipica solo in presenza di un accertamento antielusivo; altrimenti, tale fatto risulterebbe

²⁰⁹ BOSI M., *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, cit., pag. 59.

²¹⁰ VENEZIANI P., *Elusione fiscale, esteroinvestizione e dichiarazione infedele*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2012, pag. 868.

²¹¹ GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale ed abuso del diritto*, 2013, pagg. 451 ss.

²¹² GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale ed abuso del diritto*, cit., 466.

penalmente indifferente²¹³.

Nella prassi la tipicità dei fatti elusivi avrebbe presupposto un disconoscimento di operazioni formalmente legittime, fondato su una valutazione discrezionale dell'Amministrazione finanziaria circa l'assenza di valide ragioni economiche²¹⁴, giudizio che, per certi versi, sembra richiamare nella sostanza l'istituto della pregiudiziale tributaria²¹⁵.

Questo potrebbe essere riconducibile anche alla violazione del principio di irretroattività della norma penale. Infatti al momento della dichiarazione l'individuazione del carattere elusivo di una condotta non è rilevante ex ante, ma ex post con il disconoscimento dei vantaggi tributari. Il rischio consisterebbe nel delineare una fattispecie a formazione progressiva.²¹⁶

3.Gli interventi normativi dopo il caso *Dolce&Gabbana*

Mediante la Legge delega n. 23 del 2014 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita) e il successivo decreto legislativo n. 128 del 5 agosto 2015, "*Disposizioni sulla certezza del diritto e sui rapporti tra Fisco e contribuente*", attuativo di essa, è stato introdotto all'interno dello Statuto dei diritti del contribuente (L. 212/2000) la nuova disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale.

In particolare, il decreto di cui sopra, intervenne in un momento successivo alla sentenza n. 43809/2015 e riguardò in particolar modo le disposizioni di contrasto all'elusione, recependo gran parte degli orientamenti sul tema già definiti nella pronuncia di Cassazione che ha assolto i due stilisti, sancendo l'irrelevanza penale dell'elusione fiscale.

La nuova disciplina, introdotta nell'articolo 10- *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente secondo cui "*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*²¹⁷". Il legislatore, quindi, attraverso

²¹³ FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014, pag. 7.

²¹⁴ FLORA G., *Perché l'elusione fiscale non può costituire reato (a proposito del caso Dolce&Gabbana)*, cit., 873.

²¹⁵ Trib. Catania, sez. V, ordinanza del 27 novembre 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 395 ss., con nota di G. DE SANTIS, Sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale.

²¹⁶ FASANI F., *L'irrelevanza penale dell'elusione tributaria*, in *Le società*, 7/2012, pag. 802.

²¹⁷ Art. 10-bis, comma 1, Legge 212/2000.

l'elaborazione di una clausola generale priva di qualsiasi riferimento ad operazioni tipiche, è intervenuto all'interno dell'ordinamento allo scopo di garantire quella certezza del diritto indispensabile per un rapporto equilibrato tra Fisco e contribuente.

Fin dal 2006, anno in cui la Corte di Cassazione ha intrapreso l'elaborazione del principio del divieto di abuso del diritto per colmare le lacune delle specifiche disposizioni antielusive previste dall'ordinamento (in particolare l'art. 37-*bis*), si sentiva la necessità di un intervento. In particolare, da un lato cercando di recuperare la formulazione di detto principio dalla Corte di Giustizia europea e, dall'altro, ricavandolo dai principi costituzionali. La convivenza di queste due fattispecie, l'abuso del diritto di matrice giurisprudenziale e la clausola semi generale definita dall'art. 37-*bis*, si è rivelata ben presto assai problematica. Le differenze risultavano eccessive, infatti nell'art. 37-*bis* la definizione di pratica elusiva era ben definita, mentre dal lato giurisprudenziale vi era un'indeterminata definizione di pratica abusiva. In particolar modo, l'assenza di una precisa codificazione di tale definizione, la rendeva operativa nella maggior parte dei casi in un momento successivo alle scelte effettuate dagli individui, sulla base della libera discrezionalità del giudice e rendeva, di conseguenza, incerto, il contesto in cui il contribuente era costretto ad operare. Inoltre, altrettante diversità si riscontravano sotto il profilo della tutela del contribuente, infatti nei commi 4, 5, e 6 dell'art. 37-*bis* vi erano delle rilevanti garanzie procedurali che risultavano, invece, assenti dal principio elaborato dalla Corte di Cassazione.

Un'ulteriore incertezza riguardava la sanzionabilità delle condotte contestate mediante l'art. 37-*bis* oppure dal principio anti-abuso del diritto, anche sotto il profilo penale.

In relazione a tali criticità, l'introduzione di una disciplina che consentisse di riordinare tale sistema tributario in modo da realizzare da un lato maggiore certezza e stabilità del diritto del contribuente, dall'altro l'usufruire di sia un mercato trasparente in cui poter operare, risultava tanto necessaria quanto fondamentale²¹⁸.

Per sopperire a tali lacune normative, Il legislatore delegante attraverso l'articolo 5 della sopracitata legge delega, ha elaborato *ex novo* la clausola generale anti abuso, incrociando il modello individuato dalla giurisprudenza, ribadendo e sancendo taluni aspetti definitivi della fattispecie, con quello legislativo, dal quale ha riformulato alcune

²¹⁸ In particolare la Relazione illustrativa al D.Lgs 128/2015 recitava:” *Soprattutto hanno generato incertezza, con effetti negativi sulla credibilità e sulla stabilità di medio e lungo periodo della politica tributaria. In particolare sul fronte dell'abuso del diritto alcune recenti sentenze della Corte di cassazione hanno aperto nuove prospettive ermeneutiche, producendo ulteriori forti incertezze riguardo alla legittimità di comportamenti ritenuti in passato corretti*”.

garanzie procedurali.

Nello specifico l'intervento normativo di riforma dei reati tributari, per quanto attiene ad abuso del diritto ed elusione ha:

- a) Introdotto, con efficacia dal 1 gennaio 2016, il nuovo art. 10 - *bis* alla Legge n. 212 del 37 luglio 2000;
- b) abrogato l'art. 37 - *bis* del D.P.R. n. 600/73;
- c) realizzato una revisione delle vigenti norme antielusive, con l'obiettivo di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto;
- d) ripreso i principi e i criteri direttivi contenuti nella raccomandazione della Commissione europea²¹⁹ sulla pianificazione fiscale aggressiva²²⁰.

3.1 La Raccomandazione della Commissione europea

L'art. 5 della Legge delega n. 23/2014, "*Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale*", stabilisce al comma 1 che: "*Il Governo è delegato ad attuare, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto, in applicazione dei seguenti principi e criteri direttivi, coordinandoli con quelli contenuti nella raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012...*".

Innanzitutto, la pianificazione fiscale aggressiva è una categoria del diritto tributario globale che sfrutta le disparità transnazionali tra i vari ordinamenti tributari con lo scopo di ottenere dei vantaggi fiscali non ottenibili, altrimenti, in altre modalità.²²¹

Infatti, le costruzioni di pianificazione fiscale sono sempre più complesse e, di conseguenza, i legislatori dei vari stati non hanno il tempo materiale per reagire. Inoltre, gli strumenti antiabuso a disposizione risultano spesso inadeguati al fine di far fronte a strutture di pianificazione fiscale aggressiva. In tal contesto risulta quindi opportuno che gli stati adottino una norma antiabuso comune per evitare, in particolar modo, la complessità di molte norme diverse.

²¹⁹ Raccomandazione n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012.

²²⁰ PALMITESSA E. A., *Tra elusione fiscale e libertà di stabilimento nei casi di esteroinvestizione* Commento a Cassazione, sentenza n.43809/15, in www.businessjus.it, pag. 16.

²²¹ PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, 2016 in <http://www.rivistatrimestrediritto tributario.it/categorie-concettuali-diritto-tributario-globale>.

Gli stati membri dell'Unione Europea venivano invitati, di conseguenza, ad introdurre nel proprio ordinamento nazionale la clausola contenuta al paragrafo 4.2 della già citata Raccomandazione: *“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».*

Al paragrafo 4.3 la Commissione definisce il termine *“costruzione”* come *“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”*, mentre nel paragrafo 4.4 sono elencati i requisiti che rendono una *“costruzione”* artificiosa²²².

Secondo la Commissione, una *“costruzione”* si considera elusiva 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”*²²³.

L'indagine da effettuare per verificare se il contribuente abbia ottenuto un vantaggio fiscale consiste nel *“confrontare l'importo dell'imposta dovuta dal contribuente, tenendo conto della o delle costruzioni, con l'importo che lo stesso contribuente dovrebbe versare nelle stesse circoscrizioni in assenza della o delle costruzioni”*²²⁴.

La legge delega n. 23/2014 sembrava, quindi, volesse modificare le vigenti disposizioni antielusive per unificarle al principio generale di abuso del diritto, lasciando, però, al Governo margini di manovra ampi al punto da *“prospettare anche dubbi di legittimità costituzionale della stessa legge di delega”*²²⁵.

²²² Commissione europea, *RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva*, 2012, par. 4.4:” (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”.

²²³ Commissione europea, *RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE*, cit., par. 4.5.

²²⁴ Commissione europea, *RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE*, cit., par. 4.7.

²²⁵ SABELLA P.M., *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa dell'attuazione della delega fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 4/2015, pag. 808.

3.2 Il nuovo abuso del diritto

Come già anticipato, il Legislatore mediante l'introduzione del D. Lgs. n.128 del 5 agosto 2015, che abroga l'art. 37-bis e inserisce l'art.10-bis²²⁶ alla L. n. 212 del 27 luglio 2000, equipara il concetto di abuso del diritto ed elusione fiscale.

Nel primo comma sono elencati gli elementi identificativi dell'abuso del diritto, ma non senza delle perplessità di fondo²²⁷.

Nello specifico i tratti distintivi sono essenzialmente tre: assenza di sostanza economica delle operazioni poste in essere dal contribuente, rispetto formale delle

²²⁶ Art. 10-bis D. Lgs. n. 128/2015: “1. 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. 2. 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. 3. 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. 4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale

5. Il contribuente può proporre interpello secondo la procedura e con gli effetti dell'articolo 11 della presente legge per conoscere se le operazioni che intende realizzare, o che siano state realizzate, costituiscano fattispecie di abuso del diritto. L'istanza è presentata prima della scadenza dei termini per la presentazione della dichiarazione o per l'assolvimento di altri obblighi tributari connessi alla fattispecie cui si riferisce l'istanza medesima. 6. Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto. 7. La richiesta di chiarimenti è notificata dall'amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni. 8. 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. 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. 10. In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472. 11. I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni del presente articolo possono chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure 12. 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”.

²²⁷ STEVENATO D., *Elusione fiscale e abuso del diritto nell'ambigua formulazione dell'art. 10-bis della L. 212/2000*, in MIELE L. (a cura di), *Il nuovo abuso del diritto*, pagg.49 ss.

norme fiscali e realizzazione di un vantaggio fiscale indebito come ‘causa’ o ‘ragione’ essenziale dell’operazione.

Nel caso in cui tali requisiti formali dovessero coesistere in contemporanea, Qualora sussistano, contemporaneamente, questi tre requisiti formali, l’operazione in concreto posta in essere configura la figura dell’abuso del diritto e, come tale, diviene inopponibile all’Amministrazione finanziaria.

La definizione di abuso del diritto contenuta nel primo comma contrappone la forma e la sostanza; tale contrapposizione viene messa in luce dall’avverbio “*essenzialmente*”, che rimanda a compiere una valutazione relativa della presenza della prevalenza, o meno, della natura abusiva/elusiva del risultato perseguito²²⁸.

L’altra faccia della medaglia è rappresentata, invece, dal comma 3 dell’art. 10 *bis*, l’altro lato della medaglia, in effetti, è rappresentato dal seguente comma 3, che prevede un espresso limite normativo: una possibile giustificazione delle operazioni concluse per valide operazioni fiscali “*non marginali*”.

Infine, sempre con riferimento al comma 1, risulta necessario prestare attenzione all’espressione lessicale utilizzata dal legislatore “*operazioni prive di sostanza economica*”, la quale presenta delle differenze con quella contenuta nell’abrogato art. 37- *bis* che si riferiva a “*valide ragioni economiche*”. I dubbi su quest’ultima riguardavano al fatto che potesse riferirsi, oltre ai caratteri esteriori dell’operazione e oggettivi dell’operazione negoziale, anche all’atteggiamento soggettivo del contribuente. Dal momento che la precedente formula è stata sostituita a favore della “*sostanza economica*”, l’orientamento prevalente è quello di leggere la norma in chiave oggettiva. La sostituzione della precedente formula in favore della ‘sostanza’ economica sembra deporre chiaramente per una lettura della norma in chiave oggettiva.

Il secondo comma della nuova disposizione fornisce una definizione secondaria; infatti, ai sensi della lettera a) del secondo comma, sono privi di sostanza economica: “*i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*”.

Dalla norma è quindi possibile derivare due indici da cui è possibile ricavare le operazioni prive di sostanza economica²²⁹:

²²⁸PICOTTI L., *Riflessi penali delle recenti riforme sull’abuso del diritto in campo tributario*, 2017, pag. 9.

²²⁹FALSITTA G., *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in *Rivista di diritto tributario*, 6/2016, pagg.722 ss. L’autore equipara l’assenza di sostanza economica con il concetto di antieconomicità e ritiene che quest’ultima sia “*usata come criterio autosufficiente ed automatico, è solo un escamotage per creare gettito nei controlli fiscali, ossia una materia imponible che non c’è. Impiegata con accortezza ed equilibrio, può costituire un indizio segnaletico nei singoli casi. [...] Ciò, in definitiva, è da intendere nel senso che è un*

1.la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme;

2.la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

La successiva lett. b) focalizza invece l'attenzione sul concetto di vantaggio fiscale indebito, il quale viene definito nei “*benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*”²³⁰.

I termini “*finalità*” o “*i principi dell'ordinamento tributario*”, devono essere intesi alla luce del primo comma, il quale si riferisce al “*rispetto formale delle norme fiscali*” come requisito indefettibile della fattispecie di abuso del diritto²³¹.

Il contrasto con le finalità fiscali non può che tradursi, di conseguenza, nell'elusione in senso stretto, da intendersi come aggiramento della *ratio* sottesa alla singola disciplina tributaria, senza che l'Amministrazione finanziaria possa disconoscere il vantaggio fiscale derivante dall'operazione contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie. In sostanza l'operazione può configurare abuso del diritto solo se formalmente rispettosa della disciplina fiscale.

Nel terzo comma si tratta del miglioramento funzionale dell'attività imprenditoriale o professionale; quest'ultimo non può essere considerato un'operazione abusiva. La norma pare che segua l'orientamento giurisprudenziale, il quale riteneva come le valide ragioni industriali non si dovessero necessariamente identificare in un incremento immediato della produttività e redditività sotto un profilo economico, ma potessero consistere anche in esigenze di miglioramento dell'assetto organizzativo e strutturale dell'azienda o del gruppo di appartenenza²³².

In base a tali considerazioni, nel nuovo dispositivo contenuto nell'art. 10-bis, il soggetto beneficiario dell'operazione non deve necessariamente essere individuato nel

grave errore considerare abusivi gli atti che, in conflitto con normali logiche di mercato (vale a dire economiche ed imprenditoriali), sottraggono materia imponibile all'imposizione. Questi fenomeni appartengono a ben vedere al comparto dell'evasione, non a quello dell'abuso del diritto” L'Autore conclude affermando che “catalogare nel fenomeno dell'abuso operazioni contrarie a normali logiche di mercato, vale a dire antieconomiche, costituisce un errore ingiustificato. In tal caso, infatti, non si versa nel campo dell'abuso ma in quello della sottrazione di materia imponibile a mezzo di strumenti più o meno finzionistici di evasione tout court”.

²³⁰ RUSSO P., *Profili storici e sistema in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2016, pagg. 7 ss.

²³¹ DI VETTA G., *La restaurazione apparente della legalità. I riflessi penali della nuova disciplina dell'elusione fiscale* (art. 10-bis, legge 27 luglio 2000, n. 212), pag. 157.

²³² Cass., sez. trib., 17 ottobre 2008, n. 25374, in *Boll. trib.*, 2008, pagg. 1766 ss.

contribuente o comunque nel protagonista dalla vicenda negoziale²³³. Inoltre, anche nel caso in cui il comportamento del contribuente risulti privo di sostanza economica, non si tradurrà automaticamente in un comportamento abusivo; altrimenti, diversamente ritenendo, si dovrebbe considerare contraria all'ordinamento qualsiasi forma di risparmio d'imposta, che può essere perfettamente lecito, e delineare un inaccettabile obbligo di servirsi dell'operazione fiscalmente più onerosa, salvo che si abbiano valide ragioni economiche per fare diversamente²³⁴.

Il giudizio circa la natura legittima o abusiva di un'operazione, invece, deve essere svolto secondo una cadenza diametralmente opposta: prima di verificare quali motivazioni siano a fondamento della condotta del soggetto, occorre valutare se la stessa realizzi una qualche forma di aggiramento di obblighi e/o divieti previsti dalle norme tributarie con la finalità di conseguire un vantaggio illecito. Sarà solo nel caso in cui si accerterà un vantaggio illecito che spetterà al contribuente il dover dimostrare che ragioni economiche, diverse da quella fiscale, possano giustificare la sua scelta²³⁵.

Il contenuto del comma 4 dell'art. 10-bis ribadisce “*la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*”. Tutto ciò, purché il contribuente osservi, nell'atto della programmazione fiscale, le finalità delle norme tributarie, così come previsto dalla lett. b) del secondo comma²³⁶.

I commi dal quinto all'undicesimo hanno natura procedimentale, indicando speciali regole procedurali, destinate a garantire un efficace confronto con l'Amministrazione Finanziaria e a salvaguardare il diritto di difesa del contribuente. La facoltà di interpello preventivo da parte del contribuente è molto ampia, questo “*per conoscere se le operazioni costituiscono fattispecie di abuso del diritto*” (comma 5)²³⁷, delineando il procedimento, in formale contraddittorio con il contribuente, volto all'accertamento dell'abuso del diritto da parte del Fisco (commi 6 e 7). Nel caso in cui dovesse essere accertata la condotta abusiva da parte del Fisco, spetta a quest'ultimo

²³³SANTORIELLO C., *Abuso del diritto ed elusione*, in GIARDA A., PERINI A., VARRASO G. (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova, 2016, pag. 41.

²³⁴LUPI R., *Disorientamenti sull'elusione, salvo che per le sanzioni*, in *Riv. giur. trib.*, 7/2007, 638.

²³⁵SANTORIELLO C., *Abuso del diritto ed elusione*, cit., pagg. 43-44.

²³⁶C. Giust. UE, 12 settembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, in *Rass. trib.*, 3/2007, pagg. 983 ss., annotata da M. BEGHIN, La sentenza Cadbury Schweppes e il ‘malleabile’ principio della libertà di stabilimento.

²³⁷Art. 11, comma 1, lett. c) del d.lgs. 128/2015.

fornire un'esaustiva motivazione (comma 8); grava, sul contribuente l'onere di “*dimostrare l'esistenza delle valide ragioni extrafiscali*” giustificatrici (comma 9)²³⁸.

Gli ultimi due commi fanno riferimento ad aspetti tecnici. In particolare il comma 10 riguarda la non iscrivibilità a ruolo del tributo prima della sentenza di primo grado, mentre il comma 11 prevede la possibilità, per soggetti diversi dai destinatari dell'accertamento, di chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive.

3.3 Profili sanzionatori

Uno dei punti focali della cd. delega fiscale era rappresentato dai profili sanzionatori delle condotte di abuso del diritto. Nello specifico l'art. 8 della legge 23/2014 delegava il Governo a legiferare in merito “*alla individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie*”²³⁹.

In ottemperanza alla cornice delineata dalla legge delega, il legislatore del 2015 ha previsto un'espressa statuizione sul punto, dedicando la chiusura del nuovo articolo 10-*bis* alle conseguenze sanzionatorie dei fatti integranti la nuova figura di abuso del diritto descritta nei commi precedenti. Trattasi del comma 13²⁴⁰ della disposizione che affronta infatti in modo diretto il problema della sanzionabilità penale delle pratiche abusive. Esistono due diverse interpretazioni in merito all'art. 10-*bis*. Con riguardo alla prima, il comma 13 escluderebbe che la dichiarazione indicante gli elementi attivi e passivi originati da un'operazione abusiva, in caso di disconoscimento da parte dell'amministrazione finanziaria, possa essere considerata penalmente rilevante²⁴¹.

Tale orientamento sembra essere riduttivo, considerando che la lettera della disposizione si riferisce alle operazioni di abuso, e non ai loro effetti. Il comma 1 dell'art. 10-*bis*, infatti, descrive i requisiti delle operazioni abusive, e sembra

²³⁸ CORRADO OLIVA C., *L'abuso del diritto in ambito tributario tra onere di allegazione e onere di prova*, in VISINTINI G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, pagg. 379 ss.

²³⁹ ALDROVANDI P., *Elusione fiscale e diritto penale*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, pagg. 664 ss.

²⁴⁰ Art. 10 bis comma 13 D. Lgs. 128/2015: “*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*”.

²⁴¹ Sul punto si veda MARTINI A., *Frode, menzogna e disobbedienza. Volti nuovi e antichi del diritto penale tributario riformato*, in *Legislazione penale*, 3 marzo 2016, pag. 17: la “*dichiarazione che indichi gli elementi attivi e passivi conformemente agli esiti di prassi di abuso del diritto non indica la reale capacità contributiva del dichiarante, tanto che l'Amministrazione finanziaria, disconoscendo i vantaggi conseguiti tramite l'abuso, la ridetermina accrescendola (con incremento conseguente del carico fiscale) sulla base delle norme e dei principi elusi; essa come tale potrebbe integrare il delitto di cui all'art. 4 d.lgs. n. 74/2000. La soluzione di non punirla consegue al rilievo che il dichiarante non ha praticato condotte ingannatorie né violato disposizioni tributarie specifiche*”.

contribuire, mediante il comma 13, alla definizione della tipicità delle fattispecie penali per sottrazione, “*escludendo dal loro perimetro i comportamenti rientranti nella nozione di abuso del diritto*”²⁴².

Di conseguenza, la fattispecie incriminatrice deve essere ricostruita anche alla luce della previsione del comma 13, configurando un limite interpretativo alla fattispecie, nonostante la sua collocazione esterna rispetto alla disposizione penale.

Tutto ciò a scapito della certezza del diritto, l’interprete si trova costretto a integrare fonti normative appartenenti a diversi settori e sarebbe stato preferibile che il legislatore intervenisse non introducendo nuovi requisiti descrittivi.

La Cassazione con la sentenza n. 40272 del 1 ottobre 2015²⁴³ conferma il limite negativo alla tipicità del fatto in merito al comma 13 dell’art. 10-*bis* dello Statuto dei contribuenti.

La Suprema Corte doveva pronunciarsi in merito l’impugnazione di una decisione della Corte d’Appello di Milano, che, in accordo con il Tribunale, aveva condannato ex art. 4 D.Lgs. n. 74/2000 l’amministratore di una società di capitali, con sede in Portogallo, per aver indicato nella dichiarazione IRES elementi passivi fittizi. Tale manovra permise di iscrivere in bilancio costi superiori ad otto milioni di euro, abbattendo gli utili conseguiti nell’anno e, soprattutto, azzerando la plusvalenza di circa sette milioni di euro realizzata nel medesimo esercizio fiscale. Il risparmio fiscale risultava superiore a due milioni di euro.

Il caso volle che l’entrata in vigore dell’art. 10-*bis*, ossia il 1 ottobre 2015, coincidesse con la pubblica udienza del ricorso in esame. In particolare, in base al tredicesimo comma, le contestazioni fondate sull’elusione fiscale e sull’abuso del diritto non danno mai luogo a violazioni penali tributarie. Invece, possono essere irrogate le sanzioni amministrative.

Per tal motivo la Cassazione ritenne che il ricorso fosse fondato, in quanto l’operazione contestata in Appello presentò tutte le caratteristiche *ex art. 10-bis* dello Statuto dei diritti del contribuente tali per l’operazione fosse configurata come abusiva. La pronuncia della Suprema Corte derivò da un’attenta verifica della presenza di tutti i requisiti richiesti dall’art. 10-*bis* dello Statuto dei contribuenti nell’operazione oggetto del caso di specie, giungendo ad escluderne la tipicità proprio a seguito dell’esito

²⁴² MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti ed ambiti applicativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015, § 3.

²⁴³ Cass., Sez. III pen., 1 ottobre 2015 (dep. 7 ottobre 2015), n. 40272, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015, con nota di F. Mucciarelli.

positivo di tale verifica.

Il comma 13 dell'art.10-*bis* riguarda un'importantissima novità, già introdotta dalla sentenza della Cassazione Penale n. 43809/15, la quale ha assolto gli stilisti Dolce e Gabbana dall'ipotesi di reato ex art.5 del D.lgs. n. 74/2000 differenziando il dolo specifico di evasione dal semplice dolo di elusione, in netto contrasto con le posizioni giurisprudenziali antecedenti, per le quali anche elusione ed abuso del diritto configuravano ipotesi di reato.

Inoltre, la Cassazione stessa, sempre con riguardo al caso Dolce & Gabbana, nella sentenza n. 7739/2011 era di questo stesso convincimento, poi smentito in seguito dalla sentenza 43809/2015, sostenendo come l'elusione potesse configurare reato penale tributario, ove prevista dalla legge²⁴⁴.

La presenza di una pronuncia di segno opposto sul medesimo caso, da parte del giudice di più alto grado ed a distanza di un periodo di tempo relativamente breve, spiega la portata della pronuncia che è servita a spiegare le caratteristiche del rapporto tra reato di omessa dichiarazione ed esterovestizione. Ricontrata l'esistenza della costituzione fittizia, ove si ritenga il comportamento elusivo, giacché, per contrasto, non caratterizzato dal dolo specifico evasivo, la società esterovestita non potrà che essere punita attraverso l'applicazione delle sanzioni tributarie amministrative, senza essere perseguibile penalmente. L'Amministrazione Finanziaria, di conseguenza, dovrà effettuare le indagini per ciascun singolo caso in modo da distinguere le fattispecie elusive da quelle evasive.

3.4 La revisione della disciplina penale tributaria: l'art. 8 della Legge delega n. 128/2014

L'art. 8 della legge delega n. 23/2014 ha dettato i principi e i criteri direttivi per la revisione del sistema sanzionatorio tributario, penale e amministrativo. Alla revisione del D.Lgs. n. 74/2000 è dedicato il Titolo I del D Lgs. n. 158/2015. Dopo anni di modifiche a singoli istituti o fattispecie, si decise di intervenire non tanto mediante la

²⁴⁴ Cass.Pen., Sez.II, 22 novembre 2011, n.7739:“...non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge, tenuto conto che il sistema tributario assume carattere precettivo delle specifiche disposizioni antielusive”.

semplice introduzione di nuovi reati, ma con la revisione delle linee guida del diritto penale tributario²⁴⁵.

In particolare, con riferimento al reato di dichiarazione infedele, è stato modificato, non integralmente, l'art. 4²⁴⁶ del D.Lgs. n. 74/2000; il legislatore ha aggiunto due nuovi commi conclusivi, limitandosi, nel primo comma, a sostituire l'aggettivo "fittizi" con "inesistenti" ed è stato innalzato l'ammontare delle soglie di punibilità.

Le modifiche possono essere definite come un compromesso da un lato dalla necessità di rispettare i principi penali, dall'altro dal "*non abbandonare totalmente l'opzione penale in un settore dove è ampio il margine di evasione da parte dei contribuenti*"²⁴⁷.

Un'altra posizione sostiene che la riforma dei reati tributari abbia svuotato di contenuto la dichiarazione infedele, "*figlia di una scelta di politica criminale che si assesta a mezza via tra la più volte invocata abrogazione della norma e, all'opposto, la richiesta di non intaccarne le potenzialità repressive*"²⁴⁸

L'introduzione dell'aggettivo "inesistenti", pare possa essere la reazione del legislatore al dibattito in tema di rilevanza penale dell'elusione fiscale, che prima della riforma trovava il suo nodo cruciale proprio nella diatriba tra i sostenitori della tesi della fittizietà come sinonimo di inesistenza, e coloro che invece ritenevano fittizi anche i costi esistenti, ma indeducibili.

²⁴⁵ IMPERATO L, *Modifiche alle definizioni generali nel diritto penale tributario*, in *Fisco*, 31/2015, pag. 3035.

²⁴⁶ Art. 4 D. Lgs 74/2000: "1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3, è punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti, quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro centocinquantamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti, è superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a euro tre milioni. 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. 1-ter. Fuori dei casi di cui al comma 1-bis, non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lettere a) e b)".

²⁴⁷ NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, Torino, 2015, pag. 78.

²⁴⁸ SANTORIELLO C., PERINI A., *La riforma dei reati tributari: d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, le modifiche al d.lgs. 74/2000: la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, la dichiarazione infedele, i reati di omessa dichiarazione, la confisca del profitto, le cause di non punibilità e le circostanze, l'irrelevanza penale delle condotte di abuso del diritto ed elusione fiscale: in vigore dal 22 ottobre 2015*, Milano, 2016, pag. 27.

L'intervento del legislatore pare sia confermato, oltre che dalla stessa legge delega, anche dall'abrogazione dell'art. 16 D.Lgs. n. 74/2000 e dall'introduzione con il D. Lgs. n. 128/2015 dell'art. 10-*bis* dello Statuto dei contribuenti.

Dopo la riforma, quindi, l'effettivo sostenimento del costo non integra il reato di dichiarazione infedele, ma venga messa in discussione la sua deducibilità ai fini tributari.²⁴⁹

L'aggiunta dei commi 1-*bis* e 1-*ter* introducono nuovi limiti alla tipicità della fattispecie penale²⁵⁰, i quali, però, in realtà, finiscono per ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 4. Nel novero di quest'ultimo rientrano, oltre ai soggetti obbligati alla redazione del bilancio, anche tutte le persone fisiche e giuridiche che abbiano la facoltà di allegare alla dichiarazione altra documentazione rilevante a fini fiscali. Di conseguenza quindi, con la riforma il contribuente potrà servirsi anche di altri documenti aventi rilevanza solo interna; tale estensione degli strumenti probatori attenua la trasparenza che prima era garantita dall'art. 7 del D.Lgs. 74/2000, ora abrogato.

L'innalzamento delle soglie di punibilità, da cinquantamila a centocinquantamila euro e da due a tre milioni di euro, ha comportato l'applicazione ai processi in corso, e alle condanne già passate in giudicato, dell'art. 2²⁵¹, secondo comma, c.p. Infatti, *la nuova fattispecie di dichiarazione infedele*, può essere definita un'innovazione del legislatore, in quanto, essendo più mirata, presenta dei caratteri di specialità rispetto alla definizione precedente.²⁵²

Infine, per quanto attiene al nuovo delitto di dichiarazione infedele, le modifiche apportate dal legislatore del 2015 sembrano aver escluso radicalmente la possibilità di ravvisare fatti elusivi in senso lato. La sostituzione del problematico aggettivo "*fittizi*" con la più chiara locuzione "*inesistenti*" conferisce dunque una propria dimensione alla norma; in tal modo viene meno l'appiglio argomentativo utilizzato dalla giurisprudenza per ricondurre in essa condotte di tipo elusivo.

²⁴⁹ CARACCIOLI I., *Commento all'art. 4 D. Lgs. 74/2000 mod. D. Lgs. 158/2000*, in CARACCIOLI I. (a cura di), *I nuovi reati tributari*, pag. 118.

²⁵⁰ SANTORIELLO C., A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 33.

²⁵¹ Art. 2 secondo comma c.p.: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali".

²⁵² PERINI A., *La riforma del delitto di dichiarazione infedele*, in I. CARACCIOLI (a cura di), *I nuovi reati tributari*, cit., pag. 151.

In merito al delitto di Omessa dichiarazione, di cui all'art. 5 d.lgs. 74/2000²⁵³, non ci sono state delle eclatanti modifiche. È stato riformulato integralmente il primo comma, è stato aggiunto il comma 1-*bis* ed infine è stato integrato il secondo comma.

Le variazioni di rilievo riguardano l'innalzamento della sanzione pecuniaria, da trentamila a cinquantamila euro, aumentando anche notevolmente la pena, sia nel minimo sia nel massimo, correggendo la criticata equiparazione con la dichiarazione infedele che caratterizzava la previgente formulazione. Inoltre, viene eliminato l'espresso riferimento alle sole dichiarazioni annuali e si introduce la nuova fattispecie criminosa di omessa presentazione della dichiarazione del sostituto di imposta.

Infine, è doveroso menzionare l'eliminazione dell'art. 16 d.lgs. n. 74/2000 ad opera dell'art. 14 D.Lgs. n. 158/2015, abrogazione evidentemente collegata, come sottolineato anche dall'Ufficio del Massimario, alla riformulazione dell'art. 10-*bis* dello Statuto dei contribuenti ad opera del D.Lgs. n. 128/2015²⁵⁴.

4. Il rapporto tra abuso del diritto e il reato di omessa dichiarazione post riforma: il problema dell'esterovestizione

Come già anticipato nel paragrafo precedente, la struttura dell'art. 5 non è stata intaccata dalla riforma operata dal D.Lgs. 158/2015²⁵⁵; infatti, quest'ultima si è limitata ad intervenire sulle soglie di punibilità e il correlato trattamento sanzionatorio.

La struttura della norma, di conseguenza, resta molto semplice: trattasi di un reato proprio con condotta omissiva, di cui può essere autore solo il soggetto titolare dell'obbligo di presentare la dichiarazione fiscale.

Essendo rimasto intatto nei suoi elementi tipici, l'art. 5 del D.Lgs. 74/2000 riveste dunque un ruolo chiave nel passaggio tra il concetto di abuso/elusione prima del D.Lgs. 128/2015 e la nuova concezione che considera l'irrilevanza penale dello stesso.

²⁵³ Art. 5 D.Lgs. 74/2000:” 1. È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. 1-*bis*. È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di sostituto d'imposta, quando l'ammontare delle ritenute non versate è superiore ad euro cinquantamila.

2. Ai fini della disposizione prevista dai commi 1 e 1-*bis* non si considera omessa la dichiarazione presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto”.

²⁵⁴ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario - settore penale, Rel. n. III/05/2015, p. 49.

²⁵⁵ FINOCCHIARO S., *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello 'schema' di decreto legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2015.

Infatti, con riferimento alla sentenza n.7739/2011 del caso *Dolce&Gabbana*, nonostante l'assenza di una violazione di specifiche disposizioni tributarie caratterizzava già il concetto di elusione ricavabile dall'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973, giurisprudenza tendeva a parlare di elusione *ex art. 5 D. Lgs. 74/2000* anche nel caso di diretta violazione di una norma tributaria sostanziale: è il caso della cd. esterovestizione societaria²⁵⁶.

Ma, ad oggi, nel caso in cui la 'vestizione' estera della società sia meramente 'artificiosa' e, di conseguenza, in violazione dell'art. 73 TUIR, la mancata presentazione della dichiarazione dei redditi dell'ente può comportare l'integrazione del delitto di omessa dichiarazione *ex art. 5 d.lgs. 74/2000*. Tale situazione può comportare una frattura tra il dato normativo (l'espressa irrilevanza penale delle condotte abusive/elusive) e giurisprudenziale (la persistente punibilità del fenomeno dell'esterovestizione societaria)²⁵⁷.

In realtà è solamente necessario interpretare correttamente il riferimento alla impregiudicata rilevanza penale in caso di violazione di disposizioni specifiche che perseguono finalità antielusive; questo risulta corretto solamente se la predetta violazione sia connessa ad una norma di carattere sostanziale, cioè volta a disciplinare i tributi²⁵⁸.

Tale considerazione sembra proprio essere il caso dell'esterovestizione, dove l'art. 73 del TUIR rappresenta una norma tributaria sostanziale.

In base a quanto rilevato, il fenomeno della cd. esterovestizione integra un'ipotesi di evasione e di conseguenza potrà essere punito, nel caso in cui ne ricorrano gli estremi, ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 74/2000 dato che comporta la diretta violazione di una norma tributaria sostanziale, ossia l'art. 73 del TUIR. Risulta ad oggi, e da sempre, quindi configurabile come un reato evasivo, nonostante sia stato classificato di frequente, ed erroneamente, come reato elusivo.

Queste risultano le ragioni per cui le condotte abusive non possono essere considerate penalmente rilevanti attraverso la contestazione del delitto di omessa dichiarazione; hanno, invece, rilevanza penale i fatti di esterovestizione collegati al reato di evasione fiscale.

²⁵⁶ CERRATO M., *Sui confini tra esterovestizione societaria e stabile organizzazione*, in *Riv. dir. trib.*, 5/2013, pagg. 59 ss.

²⁵⁷ AMATI E., *L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto/elusione fiscale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), Bologna, 2016, pag. 468.

²⁵⁸ ALDROVANDI P., *Elusione fiscale e diritto penale*, cit., pag. 664.

CONSIDERAZIONI FINALI

L'analisi della rilevanza penale dell'esterovestizione, con particolare attenzione ai reati *ex art.* 4 e 5 del D.Lgs 74/2000, è stata condotta procedendo per gradi, fornendo in prima istanza la nozione e i riferimenti normativi utili per la comprensione del fenomeno oggetto dell'analisi. Infatti, nell'apertura del presente elaborato, sono state descritte le norme *ex art.* 73 del TUIR dirette a disciplinare la cosiddetta esterovestizione di diritto; nonostante lo sforzo del legislatore, il contenuto di tale articolo ha un'applicazione circostanziata e, di conseguenza, non è idoneo a ricomprendere il continuo proliferare di situazioni riconducibili a strutture integrate sul territorio internazionale, contraddistinte tra reciproci rapporti di controllo e coordinamento.

Nonostante la portata della norma dell'art. 73 sia limitata, l'Amministrazione Finanziaria, al fine di svelare le fittizie creazioni di società estere, dispone di vari strumenti riconducibili ai criteri oggettivi di radicamento territoriale, fondamentali per completare la descrizione nozionistica dell'esterovestizione. In tal contesto, ci si riferisce al criterio della residenza fiscale che in un'accezione negativa individua le società fiscalmente residenti nel territorio italiano; infatti, nei casi in cui venga scoperta una costruzione artificiosa, quest'ultima sarà imponibile fiscalmente in Italia.

Al fine di comprendere al meglio la rilevanza penale dell'esterovestizione, è stato analizzato il caso principe, ossia il caso relativo al marchio *Dolce&Gabbana*, in quanto il contenuto delle pronunce giurisprudenziali ebbe una grande importanza per le riforme degli anni successivi.

Il motivo per cui la vicenda riscosse molto successo deriva dal fatto che mai prima nella storia ci fu un doppio binario penale e tributario; inoltre il processo fu molto lungo come tempistica e in questo arco di tempo la giustizia ebbe opinioni molto contrastanti.

È proprio per il lungo decorso che la scelta più corretta da compiere, per il risvolto penale della vicenda, si traduce sulla configurabilità dei reati di omessa e, seppur solo marginalmente, di infedele dichiarazione, riepilogando i passaggi necessari ad arrivare ad una conclusione efficace sul punto, alla stregua di quanto avvenuto nel noto caso preso a modello.

L'illecito legato alla condotta di esterovestizione è un momento secondario, infatti in prima istanza è necessario comprendere in quali casistiche la stessa sussista, in

modo da evitare di punire le condotte lecite delle società operanti all'estero. L'Amministrazione Finanziaria, di conseguenza, ai fini della determinazione dei casi di fittizia residenza fiscale all'estero, dovrà effettuare delle indagini analitiche e profonde, da condurre caso per caso, al fine di comprendere se le ragioni sottese alla collocazione estera di una società, siano o meno lecita espressione dell'inattaccabile diritto comunitario di stabilimento

La risposta pratica di tale questione è arrivata con l'ultima sentenza del caso *Dolce&Gabbana*, infatti i due stilisti furono assolti in quanto i giudici di legittimità non riscontrarono la creazione artificiosa di società dal momento che la cessione dei marchi a favore di Gado sarl, società neocostituita, avvenne in un'ottica di ristrutturazione aziendale; inoltre, nonostante il tutto fosse avvenuto in un'ottica di risparmio fiscale, lo sfruttamento dei marchi a livello internazionale era un concetto molto importante.

Nella sentenza n. 43809/2015, di chiusura del caso in esame, il principio maggiormente rilevante riguarda la depenalizzazione dell'elusione fiscale; infatti, quest'ultimo gettò le basi per la nuova nozione di abuso del diritto del 2015, equiparandolo all'elusione fiscale e precisando che quest'ultima debba essere distinta da quella evasiva, giacché fondata su di un presupposto soggettivo nettamente differente.

Inoltre, il caso Dolce e Gabbana fissa un principio di indubbio rilievo, poi ribadito nell'art. 10 *bis* al comma 13, secondo il quale “*le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*²⁵⁹”. Ciò significa che la configurabilità di un illecito penale richieda sempre la presenza dell'elemento soggettivo tipico, ovvero quello di evadere le imposte, assente nelle condotte elusive, volte invece ad ottenere un risparmio d'imposta indebito, punibili con le sole sanzioni amministrative. Infatti, la presenza nel caso in di valide ragioni extrafiscali sottese all'operazione ha spiegato il mancato riscontro dell'esterovestizione, ma anche ne caso in cui fosse stata rinvenuta, se ricondotta a fattispecie elusiva, proprio per la mancanza della volontà di sottrarsi completamente al pagamento delle imposte, non avrebbe potuto essere punita penalmente. L'elemento chiave sta quindi nella corretta determinazione degli impulsi volitivi sottesi all'agire, assoggettabili a sanzioni amministrative o tributarie, rispettivamente alla presenza delle finalità di non assoggettarsi oppure ridurre indebitamente il carico impositivo.

Merita, infine, un appunto l'individuazione delle condotte abusive, anche tra quelle esterovestite, dal momento che sono residuali rispetto a quelle evasive infatti,

²⁵⁹ Art. 10 *bis* D.Lgs. n.128 del 5 agosto 2015

dalle riforme del 2015 “*Ne è scaturito un testo “frastagliato” e “particolarista”, che risulta di difficile attuazione, tant’è che gli unici elementi in positivo che ne sono derivati sono quelli che identificano cosa «non è» l’abuso del diritto. In sostanza, dalla legge si trae la conclusione che l’abuso del diritto può essere individuato solo per esclusione.*

Da qui la formula indiretta che l’abuso del diritto – in quanto indeterminato “per natura” E inizia dove finisce il legittimo risparmio d’imposta e si realizza quando il vantaggio indebito conseguito non è imputabile all’evasione²⁶⁰”. È proprio la definizione incerta di abuso del diritto, elusione, che potrebbe non consentire l’individuazione di società potenzialmente esterovestite, in quanto si ha abuso quando termina il legittimo risparmio d’imposta, finché non si ricade in condotte evasive sanzionabili penalmente.

Sarebbe dunque auspicabile che il legislatore intervenisse per definire il labile confine delle condotte elusive, soprattutto per il sempre più frequente aumento dei rapporti tra società italiane ed estere.

²⁶⁰ DEOTTO D., *Le scelte dei giudici uffici E Contribuenti in ostaggio del «vecchio» abuso*, in *Il Sole 24 ore*, 28 giugno 2017.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- AA.VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014
- BETTI E., *Normativa antielusione terzo (ed ultimo?) atto*, in *Boll. trib.*, 1997
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003
- CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007
- CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale: il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992
- CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto: profili teorici e problematiche operative*, Bologna, 1996
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo di contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993
- DORIGO S., *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione europea*, Padova, 2012
- FACCHINI F., PORRO A., *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa CFC alla controllate estere stabilite in paesi "white list"*, in AA.VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, 2014
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2005
- FASANI F., *L'irilevanza penale dell'elusione tributaria*, in *Le società*, 7/2012
- FERRAJOLI L., *Reato di omessa dichiarazione e determinazione della residenza fiscale*, in *Accertamento e Contenzioso*, 16/2016
- FIORENTINO S., *L'elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, Napoli, 1996
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014
- GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, Padova, 1992
- GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale ed abuso del diritto*, 2013
- GUERRA C., *La doppia imposizione internazionale*, in ID. (a cura di), *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, II ed., Padova, 2016, pag
- HENSEL A., *Diritto tributario*, Milano, 1956
- LANZI A. – ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, Milano, 2017
- LUNELLI R., *Normativa antielusine*, in *Il fisco*, 30, 1997

MANZITTI A., *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in rivista di Diritto Tributario, parte IV

NUSSI M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, in *Riv. dir. trib*

MARELLO E., *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013

NEGRI G., *L'elusione da sola non è mai reato tributario*, in *Quotidiano del Fisco*, 31 ottobre 2015

PERINI A., *La tipicità inafferrabile, ovvero elusione fiscale, 'abuso del diritto' e norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012

PERINI A., *Reati Tributari*, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 2013

PERUZZA D., *Il ruolo del procedimento tributario nella determinazione dell'imposta evasa ai fini del giudizio penale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015

POTTO L., *Le valide ragioni economiche d cui all'art. 37-bis del D.P.R. 600/'73; considerazioni di un economista di azienda*, in *Rass. trib.*, 1999

TABELLINI P. M., *L'elusione fiscale*, Milano, 1988

TABELLINI P. M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007

TABELLINI M.P., *Libertà negoziale ed elusione d'imposta*, Padova, 1995

TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2008

TIVOLI, *Contro l'introduzione di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento tributario vigente*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992

Trib. Catania, sez. V, ordinanza del 27 novembre 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 395 ss., con nota di G. DE SANTIS, *Sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale*

VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2016

VALENTE P., *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013, XI.

VALENTE P., VINCIGUERRA L., *"Stabile organizzazione occulta, profili applicativi nelle verifiche"*, *Fiscalità Internazionale*, IPSOA, 2013

ZIZZO G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in AA.VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, 1999

AA.VV., *Riquilificazione in Italia di soggetti esteri: possibili strategie difensive*, in *Il Fisco* 8/2016

ACCINNI G.P., *Disastro 'ambientale' ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015

ARMELLA S., FERRANDO M., *Applicabilità dell'esterovestizione a strutture non di "puro artificio"*, in *Corriere tributario*, 1/2016

ANELLO, DI DOMENICO, *Profili applicativi della nuova norma antielusiva*, in *Corr. trib.*, 18, 1998

ANDRIOLA M., *Ipotesi applicative di norme antielusive*, in *Rass. Trib.*, 6, 2006

ANTONINI V., *Brevi riflessioni in merito alle interrelazioni tra rapporti di controllo, oggetto principale e stabile organizzazione (nota a Cass. sez. trib., n. 13579/2007)*, in *Riv. dir. trib.*, 2008

BETTI E., *Normativa antielusione terzo (ed ultimo?) atto*, in *Boll. trib.*, 1997, pag. 1771;

ZIZZO G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in AA.VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, 1999

BERNONI G. e DRAGONETTI A., *Esterovestizione e controllo congiunto*, in *il Fisco* n. 19 del 14/05/07

BONAZZA P., *Le valide ragioni economiche nell'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2006

BONTÀ F. M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, *Tesi di dottorato, Corso di dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Curriculum diritto tributario, Università di Pisa*, a.a. 2011/2012, p. 28.

BOSI M., *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2/2016

BRONZO E., *Dolce e Gabbana, l'assoluzione dopo sette anni di liti*, in *Il Sole 24 ore*, 21 ottobre 2014

CAGNONI D., D'UGO A., GERMANI A., *Riquilificazione in Italia della residenza di soggetti esteri: possibili strategie difensive*, in *Il fisco*, 22 febbraio 2016

CARACCIOLI I., *La cassazione sul caso "Dolce e Gabbana"*, in *Riv. dir. trib.*, 13 gennaio 2016

CORSO P., *Elusione ed evasione: verso un differente trattamento sanzionatorio. "Ne bis in idem", elusione fiscale e concorso nel reato tributario secondo la sentenza "Dolce e Gabbana"*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 1/2016

FAIETA A., *Dolce e Gabbana assaliti dalla Cassazione "Non c'è stata evasione fiscale degli stilisti"*, in *L'Espresso*, 24 ottobre 2014

FALSITTA V.E., *Interpretazione, elusione fiscale e potestà amministrative*, in *Riv. Dir. trib.*, 1996

FERRETTO S., *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, in *Riv. Dir. trib.*, 1992

FLORA G., *Perché l'elusione fiscale non può costituire reato (a proposito del caso Dolce&Gabbana)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011

GALLO F., *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992

GUERRA C., *L'esterovestizione al vaglio dei giudici di merito*, in *Giust. Trib.*, 2008

LUPI R., *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie*, in *Riv. Trib.*, 1992, I

LUPI R., *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in *Rass. Trib.*, 3, 1995

Circolare ministeriale 17 marzo 1979 n.12/345 e Nota 20 marzo 1981 n. 330470

MELIS G., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Milano, 2009

NEGRI G., *Dolce e Gabbana assolti in Cassazione: non c'è stata evasione fiscale*, in *Il Sole 24 ore*, 25 ottobre 2014

MEREU A., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni a margine del caso 'Dolce & Gabbana'*, in *Dir. prat. trib.*, I

NUZZO E., *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, in *Rass. Trib.*, 1996

OECD, Discussion Draft, Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention, Maggio 2003

PALMITESSA E. A., *Tra elusione fiscale e libertà di stabilimento nei casi di esterovestizione* *Commento a Cassazione*, sentenza n.43809/15, in www.businessjus.it,

PANSARDI I., VILLANI M., *Il nuovo abuso del diritto tributario*, in www.altalex.it, 28 luglio 2016.

PAPARELLA F., *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge 1990, n 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, in *Dir. e Prat. Trib.*, I, 1995

PASSERI I., *Normativa antielusione ed operazioni di riorganizzazione societaria*, in *Rass. Trib.*, 4, 1997

PACITTO P., *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, in *Riv. dir. fin.*, I, 1987

PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2004

POLAN B., TRENDRE R., *The Great Fashion Designers*, in *Berg*, 2009

POTTO L., *Le valide ragioni economiche d cui all'art. 37-bis del D.P.R. 600/'73; considerazioni di un economista di azienda*, in *Rass. trib.*, 1999

PURI P., *Concentrazione di aziende*, in *Enc. Giur.*, 1992

Raccomandazione n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012

RAPISARDA F., *La prevalenza del principio del divieto di "abuso del diritto" in ambito Iva*, in *Il Fisco*, fascicolo 1/10, 2010

Relazione illustrativa al D.Lgs 128/2015

SEABROCK J., *Hands and Eyes: when Dolce met Gabbana*, in *The New Yorker*

SOZZA G., *Spunti critici sull'esterovestizione delle società* di Guerrino Sozza, in *il Fisco* n. 41 del 06/11/06

STEVANATO D., *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corriere Tributario*, 2006

STEVANATO D., *Normativa antielusiva: le novità della finanziaria 1995*, in *Rass. dir. trib.* 3

THIONE M., *L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi*, in *Il Fisco*, 4/2010

TRIVOLI A., *Contro l'introduzione di clausola generale antielusiva nell'ordinamento vigente*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I

VALENTE P., *Base Erosion e Profit shifting-L'Action plan dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 37/2013

VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, in *Il Fisco*, n. 3/2010

VALENTE P., *L'art. 25 del modello OCSE: la procedura di composizione delle controversie internazionali*, in *Il fisco*, 9/2014

VASSALLO M., *Abuso del diritto, omessa dichiarazione, dolo di elusione, dolo di evasione*, in www.altalex.it, 18 dicembre 2015

VENEZIANI P., *Elusione fiscale, esterovestizione e dichiarazione infedele*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2012

VIOTTO A., *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*", in *Rivista di diritto tributario*, 2007

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

GIURISPRUDENZA

Cass. Civ., 22 gennaio 1958 n. 136

Cass. Civ., 10 dicembre 1974, n. 4172, in *Il Fisco*, 2009

Cass. Civ., Sez.Un., 23 dicembre 2008, n. 30055, n. 30056 e n. 30057

Cass. Civ., 23 ottobre 2013, n. 24007

Cass. Civ., 7 febbraio 2013, n. 2869

Cass. Civ., 17 gennaio 2014, n. 1811

Cass. Civ, sez. trib., 22 aprile 2015, n. 8196

Cass. Pen., Sez. V, 7 luglio 2006, n. 34780

Cass., sez. pen., sent. 15 ottobre 2008, n. 495

Cass. Pen., Sez. III, 26 maggio 2010, n. 29724

Cass. Pen., Sez. III, 7 luglio 2011, n. 26723

Cass. Pen., Sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739.

Cass. Pen., 23 febbraio 2012, n. 7080

Cass., sez. III pen., sent. 10 giugno 2014, n. 24319

Cass. Pen., 30 Ottobre 2015, n. 43809

Corte d'Appello di Milano, 30 aprile 2014 (dep. 20 giugno 2014), in Dir. pen. cont., 21 luglio 2014, con nota di T. Giacometti

Corte di Giustizia Europea, 21 febbraio 2006, Causa C- 255/02, punto 73, I-1676

Corte di Giustizia Europea, 21 febbraio 2006, Causa C- 255/02, punto 70, I-1675

Tribunale di Milano, 1 aprile 2011, G.i.p. Luerti, in Dir. pen. cont., 27 settembre 2011.

Tribunale di Milano, Sez. II, sent. 19 giugno 2013, in Dir. pen. cont., 3 aprile 2014

