



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale in
Amministrazione, finanza e controllo

Tesi di Laurea

La rilevanza penale dell'elusione fiscale

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Operazioni straordinarie e transnazionali

Relatore

Ch. Prof. Loris Tosi

Laureando

Mattia Agnoletto
Matricola 833082

Anno Accademico

2020 / 2021

INDICE

Introduzione	1
--------------------	---

CAPITOLO 1

ISTITUTI GIURIDICI ED EVOLUZIONE DELLA FATTISPECIE

1. Definizioni	3
1.1 Elusione e abuso del diritto	3
1.2 Lecito risparmio d'imposta	6
1.3 Operazioni simulate	7
1.4 Imposta evasa	8
1.5 Interposizione fittizia e reale	9
2. Storia	10
2.1 L'evoluzione della normativa italiana	10
2.1.1 L'articolo 10 della Legge 408/1990	11
2.1.2 L'articolo 37 <i>bis</i> del Dpr 600/1973	13
2.1.3 L'articolo 10 <i>bis</i> della Legge 212/2000	18
2.2 La normativa a livello europeo	28
2.2.1 Direttive	30
2.2.1.1 Direttiva 2016/1164/UE (<i>Anti Tax Avoidance Directive - ATAD</i>)	31
2.2.1.2 Direttiva 2017/952/UE (ATAD 2)	35
2.2.2 La giurisprudenza comunitaria	37
2.2.2.1 Causa C-255/02, 2006, <i>Halifax</i>	38
2.2.2.2 Causa C-662/13, 2015, <i>Surgicare</i>	40
2.2.2.3 Causa C-6/16, 2017, <i>Eqiom SAS e Enka SA</i>	42

CAPITOLO 2

LA RILEVANZA PENALE DELL'ELUSIONE FISCALE NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE E TRANSNAZIONALI

1. Operazioni straordinarie e relativa giurisprudenza	47
1.1 Fusione	49
1.1.1 Cassazione civile, sez. trib., 16 gennaio 2019, n. 868 - A.A. & C. s.p.a	59
1.2 Scissione	60
1.2.1 Cassazione penale, Sez. III, 20 aprile 2016, n. 48293 – IUPITER srl	68
1.3 Affitto d'azienda	69
1.3.1 Cassazione civile, 25 giugno 2013, n. 15968 – Giannoni arredamenti srl ...	71
1.4 Cessione quote	71
1.4.1 Cassazione penale, Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016 - L.F. S.r.l.	72
1.5 Conferimento	73
1.5.1 Cassazione penale, Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19100 – Bova	75
2. Operazioni transnazionali e relativa giurisprudenza	76
2.1 Esterovestizione	76
2.1.1 Cassazione penale, Sez. II, 28 febbraio 2012, n. 7739 - D&G	78
2.2 <i>Transfer pricing</i>	80
2.2.1 Commissione tributaria regionale Lombardia, 4 settembre 2018, n. 3674	82
2.3 <i>Dividend washing</i>	83
2.3.1 Cassazione penale, Sez. III, 6 settembre 2013, n. 36859 – <i>Mythos</i>	84
2.4 <i>Dividend stripping</i>	84
2.4.1 Corte di Cassazione, 16 maggio 2019, n. 13123 - Gruppo Editoriale l'Espresso	86
2.5 <i>Trust</i>	87

2.5.1 Corte di Cassazione, 7 novembre 2014, n. 46137 - M.F. <i>Trust</i>	89
--	----

CAPITOLO 3

STRUMENTI PER PREVENIRE L'ELUSIONE FISCALE

1. Introduzione	93
2. L'interpello	93
3. Il <i>ruling</i> di <i>standard</i> internazionale e gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale	97
4. Il Modello 231	101
4.1 Prevenzione per i reati del Decreto Legislativo 74/2000	104
5. L'elusione fiscale dal punto di vista del Decreto Legislativo 74/2000	107
Conclusioni	113
Bibliografia	117
Giurisprudenza	129

INTRODUZIONE

Il ricorso alle pratiche elusive comporta una riduzione delle entrate dello Stato a discapito della collettività la quale si vede erogare minori servizi. Tali pratiche vanno contro i principi di solidarietà e uguaglianza che caratterizzano il sistema tributario italiano. Per questi motivi tali condotte vengono perseguite e sanzionate dal legislatore nazionale e comunitario.

Dal punto di vista pratico, all'Amministrazione finanziaria italiana è stato dato il potere di disapplicare disposizioni fiscali in capo al contribuente qualora questo abbia posto in essere un'operazione lecita ma priva di valide ragioni economiche e al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito. Tale operazione, nel sistema tributario, prende il nome di abuso del diritto ed elusione fiscale.

Il potere esercitato dall'Agenzia delle Entrate può dar vita a dei "mostri" giuridico-tributari perché, nel caso di specie, l'operazione è valida sul piano giuridico ma invalida su quello fiscale.

Per meglio capire di cosa si tratta, si pensi ad una società di capitali che si sia trasformata in società di persone. Qualora l'Agenzia delle Entrate consideri come elusiva l'operazione si avrebbero i seguenti effetti: agli occhi dei terzi la società è di persone ma per il Fisco rimane una società di capitali tenuta a versare l'IRES.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla rilevanza penale della condotta elusiva qualora integri le fattispecie normate dal D.Lgs. 74/2000¹.

Resta chiaro che il mancato versamento, in tutto o in parte, del tributo può configurare una condotta evasiva o elusiva a seconda di alcuni presupposti che fungono da confine tra le due fattispecie.

Tuttavia questi due fenomeni vengono spesso travisati; occorre quindi delimitarli prima di verificare se l'elusione fiscale abbia rilevanza penale.

In particolare, nel capitolo 1 si presenteranno alcuni istituti giuridici utili per lo svolgimento del tema oltre a descrivere l'evoluzione normativa dell'elusione fiscale sia in campo nazionale che in quello comunitario.

Successivamente, nel capitolo 2 si tratteranno le principali operazioni straordinarie e transnazionali nell'ottica di rilevare potenziali comportamenti elusivi anche facendo

¹ Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n.74.

riferimento ad alcune sentenze degli organi competenti in materia.

Infine, nel capitolo 3 si presenteranno alcuni strumenti atti a prevenire l'elusione e le sue conseguenze. Inoltre si tratterà maggiormente nel dettaglio la rilevanza penale dell'elusione e a quale norma del D.Lgs. 74/2000 essa possa essere ricondotta per essere sanzionata in questo senso.

CAPITOLO 1

ISTITUTI GIURIDICI ED EVOLUZIONE DELLA FATTISPECIE

1. Definizioni

1.1 Elusione e abuso del diritto

Si realizza elusione quando si pone in essere un'operazione che, pur in conformità alla legge, è priva di valide ragioni economiche e abbia il mero obiettivo di far beneficiare il contribuente di un minor carico fiscale².

Elusione e abuso, sul piano sostanziale, sono due facce della stessa medaglia perché entrambe si fondano sulla *ratio* dell'operazione realizzata, sulla mancanza di ragioni economiche diverse dal risparmio d'imposta e sulla fattispecie tributaria aggirata.

Elusione e abuso si differenziano per il fatto che solo la prima è inopponibile all'Amministrazione finanziaria.

Nel sistema privatistico si parla di abuso del diritto quando viene violato l'equilibrio contrattuale delle parti. Nel sistema tributario si parla di abuso del diritto quando viene violato l'interesse pubblico.

Si configura abuso del diritto nel sistema privatistico quando a fronte dell'esercizio di un diritto viene perseguito un vantaggio non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Questo perché l'interesse della società deve prevalere (sempre) sull'interesse del singolo. Sebbene ogni cittadino goda di diritti soggettivi questi non devono contrastare con l'interesse della società³.

In questa sede si parlerà esclusivamente dell'abuso del diritto nel sistema tributario al verificarsi del quale l'atto su cui si basa rimane efficace sul piano privatistico ma non su quello tributario potendo l'Amministrazione finanziaria riquificarlo ai fini impositivi. L'abuso del diritto si verifica quando la normativa viene usata in modo distorto al solo scopo di ottenere un vantaggio meramente fiscale. Da ciò ne deriva che l'*abutente*⁴ è colui il quale tiene una condotta lecita e non occulta al mero scopo di perseguire, nella legalità, un risparmio indebito d'imposta. Pertanto si parla di abuso del diritto quando

² GENTILE M., *La rilevanza "penale" dei comportamenti elusivi*, in *Rassegna di giurisprudenza di diritto tributario italiano*, 2012, p.22.

³ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e impresa*, volume 36, fascicolo 1, 2020, p.293-294.

⁴ ANTONINI M., PIANTAVIGNA P., *Simulazione negoziale e abuso del diritto, la Cassazione traccia il solco*, in *Norme & tributi mese*, numero 9, 8 settembre 2020, 2020, p.57.

il contribuente compie atti o negozi giuridicamente validi ed efficaci con l'unica finalità di perseguire vantaggi fiscali i quali, essendo in conflitto con la *ratio* delle norme, risultano indebiti⁵.

In sintesi si possono elencare, brevemente, i presupposti dell'abuso del diritto⁶:

- Conseguimento di un indebito vantaggio fiscale;
- Mancanza di sostanza economica;
- Il vantaggio è l'effetto essenziale dell'operazione.

Tali presupposti devono essere verificati nell'ordine in cui sono stati proposti e devono sussistere congiuntamente come affermato dall'Amministrazione finanziaria nella risoluzione n.93/E del 17 ottobre 2016⁷ e nella risoluzione n.101/E del 3 novembre 2016⁸.

L'Ufficio è quindi chiamato a valutare l'operazione bilanciando tra la libertà dell'iniziativa economica, di cui all'articolo 41⁹ della Costituzione, e la necessità di assoggettare a tassazione l'operazione posta in essere dal contribuente.

Il comma 12 dell'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000¹⁰ (di seguito anche "Statuto dei diritti del contribuente") pone la disciplina dell'abuso del diritto come residuale rispetto a quella di cui al D.Lgs. 74/2000¹¹.

In questa ottica si può dire che l'abuso del diritto sia in mezzo a due poli: da una parte il lecito risparmio d'imposta, dall'altro le operazioni simulate o frodatorie. In altre parole «*l'abuso del diritto inizia dove finisce il legittimo risparmio d'imposta e si realizza quando la condotta non integra la fattispecie evasiva*¹²».

⁵ CARINCI A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso del diritto*, in *Il fisco*, fascicolo 43, 2018, p.4109.

⁶ DEOTTO D., FABBRI F.P., *Abuso del diritto tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, numero 3, 4 marzo 2020, 2020, p.8.

⁷ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 17 ottobre 2016, n. 93/E.

⁸ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 3 novembre 2016, n. 101/E.

⁹ Articolo 41, comma 1, della Costituzione: «*L'iniziativa economica privata è libera*».

¹⁰ Legge 27 luglio 2000, n. 212.

¹¹ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in *Diritto Penale e Uomo*, fascicolo 7-8, 2019, p.60.

¹² CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, 1° edizione, GRUPPO 24 ORE, 2021, p. 83.

Parte della dottrina¹³ vede l'elusione come un comportamento conforme alle norme fiscali ma contrario alla *ratio* di queste. Ancora, la condotta elusiva ha come scopo il risparmio d'imposta realizzato mediante procedimenti non convenzionali che riducano il carico fiscale del contribuente.

La dottrina giuridica parla di "tripartizione" delle fattispecie quali lecito risparmio d'imposta, abuso del diritto ed evasione. Diversamente la dottrina economica individua solo un "sistema duale" caratterizzato dalla contrapposizione tra risparmio legittimo d'imposta ed evasione¹⁴.

Questa differenza di pensiero si riscontra anche nella pratica professionale: i professionisti del diritto¹⁵ inquadrano la fattispecie avendo riguardo alla "tripartizione" mentre per i professionisti dell'economia¹⁶ ci sono solo due comportamenti possibili ovvero sia lecito ed illecito.

Oltre alla clausola generale antiabuso *ex* articolo 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, vi sono altre disposizioni¹⁷ antielusive specifiche quali quelle di cui all'articolo 172 comma 2 relativa alle fusioni, all'articolo 173 comma 10 relativa alle scissioni, all'articolo 167 relativa alle società estere controllate, all'articolo 175 comma 2 relativa al conferimento di partecipazioni di controllo e collegamento, all'articolo 177 comma 3 relativa allo scambio di partecipazioni. Queste disposizioni si differenziano dalla clausola generale: la loro violazione, essendo norme specifiche, configura evasione perché in tal caso non si rispetta la legge.

La volontà di introdurre una clausola generale antiabuso provoca, tuttora, problemi relativi alla certezza del diritto. Come si vedrà in seguito, il contribuente è sempre più restio ad intraprendere determinate operazioni (societarie e/o transnazionali) perché non è in grado di definire a priori se quanto sta portando avanti avrà efficacia sia sul piano giuridico (su cui l'Amministrazione finanziaria non ha alcun potere) che su quello tributario. Va nella direzione della certezza del diritto quanto disposto dal legislatore all'articolo 5 del D.Lgs. 128/2015¹⁸ con il quale affida all'Agenzia delle Entrate il compito

¹³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, EDIZIONE ACCADEMICHE ITALIANE, 2020, p.14-18.

¹⁴ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.8-9.

¹⁵ Per "professionisti del diritto" si intende avvocati, notai, giudici, giuristi.

¹⁶ Per "professionisti dell'economia" si intende commercialisti, esperti contabili, ragionieri.

¹⁷ Tutte previste dal TUIR cioè dal Dpr 917/1986.

¹⁸ Decreto Legislativo 5 agosto 2015, n. 128.

di pubblicare l'elenco delle operazioni ritenute di pianificazione fiscale aggressiva. Ad oggi manca ancora una circolare di portata generale grazie alla quale si possa far propria l'interpretazione della clausola antiabuso da parte dell'Amministrazione finanziaria. Per questo motivo il modo più veloce ed efficace di determinare l'elusività di una determinata operazione è quello di presentare istanza di interpello antiabuso¹⁹.

In definitiva l'elusore/*abutente* non occulta la propria attività anzi la svolge normalmente. Egli è assoggettato alle imposte e quindi dalla sua attività deriva un'obbligazione tributaria. Tuttavia l'obbligazione in parola è di importo minore rispetto al caso in cui egli avesse rispettato la *ratio* della norma elusa e/o avesse posto in essere il negozio tipico²⁰.

1.2 Lecito risparmio d'imposta

Il lecito risparmio d'imposta si verifica quando, come definito dalla Relazione di accompagnamento all'articolo 37 *bis* del Dpr 600/1973, il contribuente adotta il comportamento fiscalmente più vantaggioso rispetto ad altri previsti dal legislatore e posti sullo stesso piano²¹.

Ecco che se l'ordinamento prevede di tassare uno stesso reddito in due modi diversi è lecito per il contribuente optare per quello fiscalmente più conveniente. Si pensi ad esempio al caso in cui in un periodo d'imposta si sia beneficiato della detrazione relativa alle spese universitarie e l'anno successivo si chieda il rimborso di quanto pagato. Nel periodo d'imposta del rimborso la somma ricevuta può essere tassata in due modi: tassazione ordinaria o tassazione separata²².

Altro esempio è rinvenibile nella possibilità che viene data al detentore delle partecipazioni di un soggetto giuridico che voglia cedere i propri *asset* iscritti a bilancio. Egli può cedere i beni tramite l'ente partecipato ovvero vendere, in tutto o in parte, le

¹⁹ DODERO A., *Abuso del diritto in attesa di scelte sistematiche*, in *Corriere tributario*, volume 42, fascicolo 2, 2019, p.158.

²⁰ Questo non vuol dire che il contribuente non possa porre in essere negozi atipici i quali possono essere realizzati secondo il principio dell'autonomia contrattuale *ex* articolo 1322 del Codice Civile. Dello stesso parere è SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.18.

²¹ A riguardo DEOTTO D., FABBRI F.P., *Abuso del diritto tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, cit., p.7 afferma che non si è in presenza di abuso quando il contribuente sceglie la via meno assoggettata a tassazione tra due o più opzioni previste dall'ordinamento.

²² Agenzia delle Entrate, *Istruzioni per compilazione del modello Redditi Pf*, fascicolo 3, 2021, p.18.

partecipazioni²³.

Anche il comma 4 dell'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000 conferma che il contribuente è libero di scegliere l'opzione, purché prevista dalla legge, con il minor carico fiscale. Non si tratta quindi di violare la legge, come nel caso di evasione, o il suo spirito²⁴, come nel caso di elusione/abuso.

Il perseguimento, da parte del contribuente, del risparmio d'imposta è lecito purché rispetti l'autonomia privata ma si qualifica come indebito qualora esso sia ottenuto aggirando l'obbligazione tributaria dettata dalla norma elusa²⁵.

1.3 Operazioni simulate

Le operazioni simulate sono definite dall'articolo 1, lett. g-*bis*), del D.Lgs. 74/2000 come quelle «operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti»²⁶.

L'operazione simulata si differenzia da quella abusiva/elusiva perché quest'ultima è stata realmente posta in essere sia sul piano giuridico che su quello economico. Diversamente, nella simulazione il contribuente dà vita ad un negozio giuridico apparente²⁷.

Secondo la dottrina²⁸ quando si è in presenza di una differenza tra realtà voluta e realtà dichiarata si parla di simulazione. La simulazione integra la condotta evasiva e non quella elusiva.

Secondo la Corte di Cassazione²⁹ nella simulazione vi è uno spazio tra ciò che le parti dichiarano di volere (la volontà negoziale simulata) e ciò che realmente vogliono (la volontà negoziale dissimulata ed effettiva). Nell'abuso/elusione fiscale questo spazio non si presenta.

²³ DEOTTO D., FABBRI F.P., *Abuso del diritto tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, cit., p.7.

²⁴ A riguardo DEOTTO D., FABBRI F.P., *Abuso del diritto tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, cit., p.7 afferma che la condotta elusiva si caratterizza per aggirare i principi e lo spirito delle leggi.

²⁵ Di parere uguale è SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.16 che qualifica il risparmio fiscale come non indebito se la norma viene applicata rispettando la sua *ratio*.

²⁶ Articolo 1, lett. g-*bis*), del D.Lgs. 74/2000.

²⁷ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.56.

²⁸ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.25-26.

²⁹ Cass. civ., 30 novembre 2009, n. 25127.

Nell'operazione simulata il contribuente assume una condotta tale per cui il negozio giuridico è illecito perché formalmente diverso rispetto ad un terzo (negozio lecito). Nella simulazione le parti vogliono qualcosa di diverso rispetto a quanto dichiarato nel contratto (apparente). Si parla di simulazione relativa oggettiva quando le parti vogliono effetti giuridici differenti da quelli descritti nel contratto. Si parla di simulazione assoluta quando le parti non vogliono che si produca alcun effetto. Si parla di simulazione relativa soggettiva, anche chiamata interposizione di persona, quando vogliono che gli effetti si producano tra una delle parti e una persona diversa da quella risultante dal contratto apparente³⁰.

1.4 Imposta evasa

Il legislatore definisce l'imposta evasa, nell'articolo 1, lett. f), del D.Lgs. 74/2000, come la differenza tra l'imposta dovuta e quella presente in dichiarazione alla quale devono essere scomputati gli acconti. Inoltre la stessa norma prevede che «*non si considera imposta evasa quella teorica e non effettivamente dovuta collegata a una rettifica in diminuzione di perdite dell'esercizio o di perdite pregresse spettanti e utilizzabili*»³¹. L'imposta evasa è data dalla differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella dichiarata in sede di presentazione della dichiarazione relativa ad essa.

Si parla di evasione quando la condotta è *contra legem* come ad esempio nel caso di occultamento di componenti positivi di reddito o di deduzione di componenti negativi di reddito inesistenti, non inerenti o di competenza di esercizi diversi da quello in cui si beneficia della diminuzione di reddito³².

Secondo la dottrina³³ la condotta evasiva comporta la «*riduzione diretta dell'onere fiscale*» senza che vi sia alterazione della fattispecie. Inoltre l'evasione è sempre *contra legem*. Su queste basi parte della dottrina³⁴ definisce l'evasione come «*violazione diretta*» di disposizioni tributarie il cui fine è quello di celare il presupposto d'imposta

³⁰ BEGHIN M., *La pianificazione fiscale infragruppo scivola sul travestimento del contratto*, in *Rivista di Giurisprudenza tributaria*, volume 28, fascicolo 1, 2021, p. 52.

³¹ Articolo 1, lett. f), del D.Lgs. 74/2000.

³² DEOTTO D., FABBRI F.P., *Abuso del diritto tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, 3/2020, p.6.

³³ CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, CEDAM, 1992, p.134 e ss..

³⁴ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.16.

all'Agenzia delle Entrate.

In campo fiscale l'evasore occulta la propria attività per non dover essere assoggettato alle imposte: in questo caso al contribuente non corrisponde un'obbligazione tributaria.

In campo penale spesso e volentieri la manifestazione della condotta evasiva sfocia nell'infedele dichiarazione di cui all'articolo 4 del D.Lgs. 74/2000.

1.5 Interposizione fittizia e reale

L'interposizione fittizia può essere considerata una forma di simulazione relativa³⁵. L'interposizione fittizia si verifica quando colui il quale pone in essere il negozio giuridico è persona diversa dal beneficiario degli effetti. Lo scopo è da trovarsi nell'occultamento del beneficiario effettivo ai terzi ovvero alla controparte.

L'interposizione reale si verifica quando l'interposto si comporta come il contraente effettivo, acquisendo i diritti contrattuali e trasferendoli successivamente all'interponente³⁶.

Ciò che differenzia l'interposizione fittizia da quella reale è la condotta che integra: la prima è evasiva mentre la seconda è elusiva³⁷.

È evasiva la condotta dell'interposto fittizio perché egli risulta intestatario passivo (dei cespiti, del reddito, dei rapporti giuridici). È elusiva la condotta dell'interposto reale perché egli gestisce realmente l'operazione lecita stipulando contratti validi ed efficaci ma al mero scopo di conseguire un vantaggio fiscale indebito³⁸.

³⁵ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 213.

³⁶ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 216.

³⁷ Sul punto DEOTTO D., *Abuso del diritto, passi avanti ma resta il caso interposizione*, in *Norme & Tributi Plus*, 11 gennaio 2021, 2021 afferma che «quella realizzata attraverso l'interposizione reale è una realtà assolutamente vera e voluta dal contribuente, così strutturata solo per conseguire vantaggi fiscali indebiti, diversamente dall'interposizione fittizia, per la quale, invece, vi è una chiara asimmetria tra situazione reale e quella formale. L'interposizione reale rappresenta, in conclusione, una situazione paradigmatica di abuso del diritto (quando il vantaggio fiscale conseguito risulta indebito)».

³⁸ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 217.

2. Storia

2.1 L'evoluzione della normativa italiana

È a partire dalla seconda metà dell'Ottocento che si parla di abuso del diritto «*quale scorretto esercizio di un diritto soggettivo*³⁹» in ambito strettamente economico.

Successivamente la definizione di abuso del diritto è andata declinandosi a seconda dell'ambito in cui essa si verificava a tal punto che oggi si parla di⁴⁰:

- abuso *stricto sensu*, quando il soggetto esercita un diritto con finalità diverse rispetto alla *ratio* della norma;
- elusione, quando il soggetto aggira una o più norme;
- frode, quando il soggetto crea artificialmente e fittiziamente le condizioni alla base di una norma per beneficiare del vantaggio che essa garantisce.

Nel contesto nazionale l'elusione entra nel dibattito a partire dagli anni Settanta del Novecento sebbene la dottrina⁴¹ se ne era già occupata prima.

In quel periodo non vi era una norma di riferimento e pertanto ci si affidava all'articolo 53⁴² della Costituzione secondo il quale «*tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività*»⁴³.

La Cassazione⁴⁴ interpretò il principio di capacità contributiva in chiave antielusiva. Dello stesso parere anche una successiva sentenza della Cassazione⁴⁵ che interpretò in chiave antielusiva pure l'articolo 3 della Costituzione secondo il quale «*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*»⁴⁶.

A partire dagli anni Ottanta del Novecento la Corte di Cassazione si interrogò sul

³⁹ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, cit., p.269.

⁴⁰ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, cit., p.270.

⁴¹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.20 afferma che l'interpretazione funzionale, cioè l'intenzione del legislatore, dell'elusione fiscale deve ricollegarsi alla nozione di capacità contributiva. Di parere contrario UCKMAR, *Interpretazione funzionale delle norme tributarie*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1949, p.184 il quale afferma che si rischia di assoggettare a tassazione anche casi non previsti dal legislatore.

⁴² L'articolo 53 della Costituzione sancisce il principio della capacità contributiva.

⁴³ Articolo 53 della Costituzione.

⁴⁴ Cass. civ., 18 dicembre 1985, n. 6445.

⁴⁵ Cass. civ., sez. trib., 21 gennaio 2009, n. 1465.

⁴⁶ Articolo 3 della Costituzione.

rapporto tra elusione fiscale e autonomia negoziale.

Nello stesso periodo la dottrina tributaristica⁴⁷ si interrogò sulla possibilità di rimandare al Codice Civile la soluzione per contrastare l'elusione fiscale. Nel caso specifico prendeva come riferimento il "contratto in frode alla legge"⁴⁸ normato all'articolo 1344 del Codice Civile secondo cui «*si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*»⁴⁹.

Ciò nonostante la giurisprudenza di legittimità⁵⁰ escludeva il rimando motivando tale scelta nel fatto che la normativa fiscale non avesse carattere imperativo. Per colmare l'assenza di una norma che potesse incidere sul piano fiscale il legislatore introdusse l'articolo 10 della Legge 408/1990⁵¹. La disposizione peccava però di settorialità perché interveniva solo in relazione alle imposte sui redditi e solo per determinate tipi di operazioni di cui al comma 1 della stessa norma.

E' con l'articolo 37 *bis* del Dpr 600/1973⁵² che si considerarono integranti elusione non solo gli atti privi di valide ragioni economiche e aventi il fine di ottenere un risparmio d'imposta ma anche quelli volti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario. Tuttavia rimase la settorialità: l'ambito era ancora relativo alle imposte sui redditi e per determinate tipi di operazioni di cui al comma 3.

E' solo a partire dal 2015 che l'Italia ha una clausola generale antielusiva: l'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000. Con questa norma si chiuse definitivamente ogni dubbio sul rapporto tra abuso del diritto ed elusione fiscale: essi sono identici ed equivalenti.

2.1.1 L'articolo 10 della Legge 408/1990

Alla fine del 1990 è stata introdotta la disposizione di cui all'articolo 10 della Legge 408/1990. Essa si può considerare il primo intervento normativo con lo scopo di contrastare la condotta elusiva: lecita dal punto di vista giuridico ma illecita dal punto di vista tributario.

Ai sensi del comma 1 «*È consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i*

⁴⁷ LOVISOLO A., *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Rivista pratica tributaria*, 1984, 5, p. 1286 ss.

⁴⁸ Tratta del fenomeno della *fraus legis*.

⁴⁹ Articolo 1344 del Codice Civile.

⁵⁰ Cass. civ., Sez. V, 3 settembre 2001, n. 11351.

⁵¹ Legge 29 dicembre 1990, n. 408.

⁵² Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600.

vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta»⁵³.

La norma si qualifica fin da subito come settoriale perché la sua efficacia è solo ed esclusivamente per determinate operazioni dalla stessa elencate. Il legislatore ha previsto che la condotta deve essere caratterizzata dalla mancanza di valide ragioni economiche⁵⁴, dalla frodolenza⁵⁵ e da un unico obiettivo⁵⁶ quale quello del risparmio d'imposta⁵⁷.

La norma al comma 2 prevede che *«le imposte corrispondenti agli imponibili accertati dagli uffici in applicazione delle disposizioni di cui al comma 1 ed i relativi interessi sono iscritti a ruolo a titolo provvisorio [...], dopo le decisioni della commissione tributaria di primo grado ovvero decorso un anno dalla presentazione del ricorso se alla scadenza di tale termine la commissione non ha ancora emesso la propria decisione»⁵⁸.*

Il legislatore non ha previsto la *ratione temporis*⁵⁹ della norma per alcune operazioni elencate al comma 3 quali le *«operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale deliberate da tutti i soggetti interessati entro il 30 ottobre 1990»⁶⁰.*

⁵³ Articolo 10, comma 1, della Legge 408/1990.

⁵⁴ Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.30 afferma che per valide ragioni economiche *«non s'intende una validità giuridica, bensì ci si riferisce ad un comportamento vantaggioso da un punto di vista economico e gestionale»*.

⁵⁵ Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.32 afferma che l'avverbio "fraudolentemente", usato nella disposizione in esame, debba essere interpretato rifacendosi all'*agere in fraudem legi*. TABELLINI P.M., *Libro singolari ad legem Cinciam*, I. XXIX, D. I, III distingue tra *agere in fraudem legi* e *agere contra legem*: la *fraus* identifica i comportamenti che rispettano il significato letterale della norma ma aggirano il suo contenuto prescrittivo.

⁵⁶ Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.33 afferma che la locuzione "scopo esclusivo" deve essere interpretata per il suo significato letterale.

⁵⁷ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.28.

⁵⁸ Articolo 10, comma 2, della Legge 408/1990.

⁵⁹ L'espressione indica l'efficacia della legge nel tempo: si prende in considerazione la norma vigente nel momento in cui si è verificato il fatto o il rapporto. Si va così contro il principio generale della non retroattività della legge normato dall'articolo 11 delle Preleggi che prevede che *«la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»*.

⁶⁰ Articolo 10, comma 3, della Legge 408/1990.

2.1.2 L'articolo 37 bis del Dpr 600/1973

L'articolo 37 bis del Dpr 600/1973⁶¹ è stato introdotto nell'ordinamento dall'articolo 7, comma 1, del D.Lgs. 358/1997⁶². Con questa norma si delimitava la fattispecie elusiva differenziandola dal legittimo risparmio d'imposta.

La norma non costituiva una clausola generale antielusiva⁶³ perché applicabile ad un ristretto elenco di operazioni previste dal comma 3⁶⁴ quali, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e conferimenti. La collocazione della disposizione all'interno del Dpr 600/1973 fa pensare che la norma funga da clausola antielusiva solo per le imposte dirette relative a quelle determinate operazioni⁶⁵.

⁶¹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.35-36 afferma che «*gli unici elementi in comune*» tra l'articolo 37 bis e l'articolo 10 della legge 408/1990 «*sono rappresentati dal criterio di delimitazione dell'ambito di applicazione oggettivo, costituente per entrambe da un numero determinato di operazioni, e dall'espressione "valide ragioni economiche"*». Per «*l'ambito di applicazione oggettivo*» l'autore afferma che «*l'art. 37 bis, a differenza dell'art. 10 della legge 408/1990, concerne soltanto le imposte dirette, inoltre esso amplia il novero delle fattispecie alle quali si applica la disciplina antielusiva*».

⁶² Decreto legislativo 8 ottobre 1997, n.358.

⁶³ Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.37 secondo il quale l'articolo 37 bis deve essere interpretato come una norma antielusiva che si applica a determinate operazioni.

⁶⁴ Articolo 37 bis, comma 3, del Dpr 600/1973: «*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, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;

f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni 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;

f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi;

f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;

f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale».

⁶⁵ Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.36 afferma che «*data la collocazione nell'alveo del D.P.R. n. 600/1973 concernente l'accertamento di un particolare*

D'altronde la giurisprudenza⁶⁶ a partire dagli anni Duemila affermava la presenza di un principio generale antielusivo ricavato dal principio di capacità contributiva (articolo 53, comma 1, della Costituzione) e dal principio di progressività (articolo 53, comma 2, della Costituzione)⁶⁷.

L'articolo 37 *bis* del Dpr 600/1973 è composto da otto commi. Il comma 1 e 2 individuano i comportamenti elusivi e il loro successivo disconoscimento ad opera dell'Amministrazione finanziaria. Il comma 3 elenca le operazioni potenzialmente elusive. I commi 4, 5, 6 e 7 sono relativi ai profili procedurali. Il comma 8 dispone l'interpello disapplicativo⁶⁸.

L'innovazione della norma in esame rispetto all'articolo 10 della Legge 408/1990 è da trovarsi nei seguenti aspetti⁶⁹:

- Collegamento tra atti, fatti e negozi;
- Sostituzione dell'avverbio "fraudolentemente" con l'aggiramento delle disposizioni tributarie;
- Sostituzione dello "scopo esclusivo" con il fine di beneficiare di riduzioni o di rimborsi d'imposta.

La dottrina⁷⁰ ha rilevato che una delle differenze rispetto all'articolo 10 della Legge 408/1990 è la seguente: l'articolo 37 *bis* non si focalizza su una singola operazione quando si tratta di analizzare se vi sia elusione. La norma considera atti, fatti e negozi tra loro⁷¹ collegati, anche se presi singolarmente non sono riconducibili ad elusione.

Ai sensi del comma 1, dell'articolo 37 *bis*, del Dpr 600/1973 «*sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*»⁷².

gruppo di imposte, ovvero quello sui redditi, l'applicazione dell'art. 37 bis risulta essere limitato a quelle particolari imposte».

⁶⁶ Cass. civ., 23 dicembre 2008, n. 30055, n. 30056 e n. 30057.

⁶⁷ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, cit., p.286.

⁶⁸ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.35.

⁶⁹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.36.

⁷⁰ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.38.

⁷¹ Lo stesso autore specifica sempre che si tratti di un'operazione di cui al comma 3 della medesima disposizione.

⁷² Articolo 37 *bis*, comma 1, del Dpr 600/1973.

Si parla dunque di elusione quando vi sia mancanza di valide ragioni economiche alla base del contratto che comporti un risparmio d'imposta⁷³, anche detto "vantaggio fiscale", definito dalla disposizione come «*riduzione di imposte o rimborsi*⁷⁴».

Il legislatore configura un comportamento come elusivo quando (congiuntamente):

- si aggira⁷⁵ una norma tributaria mediante atti, fatti o negozi anche tra loro collegati;
- si è in presenza di un risparmio d'imposta indebito;
- c'è assenza di valide ragioni economiche.

Il primo punto si realizza ponendo in essere una serie di negozi anomali in modo distorto: il contribuente attua una serie di negozi invece di optare per un negozio (tipico) più diretto ma che comporta un'imposizione fiscale maggiore.

Il secondo punto si realizza quando il vantaggio fiscale viene ottenuto mediante negozi leciti ma distorti con lo scopo di aggirare un negozio tipico e più diretto per realizzare l'operazione.

Il terzo punto si realizza quando non vi sono altri motivi diversi da quello fiscale per porre in essere l'operazione⁷⁶. A riguardo la dottrina⁷⁷ prende ad esempio il caso in cui venga costituita in un paradiso fiscale una società holding finanziaria il cui fine è subire una minore tassazione dei proventi da partecipazioni.

Ai sensi del comma 2 «*l'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione*»⁷⁸.

⁷³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.39 rileva che «*il vantaggio non costituisce più il fine esclusivo dell'operazione, ma il suo risultato*».

⁷⁴ A riguardo SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.39 rileva l'innovazione della disciplina antielusiva la quale nella sua versione precedente, ex articolo 10 della Legge 408/1990, non prevedeva una simile definizione.

⁷⁵ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.40 ritiene che l'aggiramento debba essere relativo ad una norma specifica.

⁷⁶ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 186-188.

⁷⁷ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.42.

⁷⁸ Articolo 37 bis, comma 2, del Dpr 600/1973.

Il legislatore ha, quindi, attribuito all'Amministrazione finanziaria il potere di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti dall'*abutente*⁷⁹.

I commi 4⁸⁰, 5⁸¹ e 6⁸² definiscono l'aspetto procedurale a cui deve attenersi l'Amministrazione finanziaria in sede di accertamento della fattispecie elusiva: richiesta formale di chiarimenti al contribuente, periodo di divieto di emissione dell'avviso di accertamento, elencazione delle motivazioni per procedere alla fase accertativa vera e propria.

Ai sensi del comma 7 *«i soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni dei commi precedenti possono richiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito dei comportamenti disconosciuti dall'amministrazione finanziaria; a tal fine detti soggetti possono proporre, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo o è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza di rimborso all'amministrazione, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure»*⁸³.

La norma ricalca quanto già previsto nel caso di interposizione ex articolo 37, comma 4, del Dpr 600/1973.

Ai sensi del comma 8 *«le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il*

⁷⁹ Sul disconoscimento SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.47 rileva che la Cassazione, con le sentenze 21 ottobre 2005 n. 20398 e 14 novembre 2005 n. 22932, si è spinta oltre ritenendo nullo, anche sul piano civilistico, il negozio giuridico posto in essere per eludere la norma tributaria perché privo di causa. Di diverso parere DEOTTO D., *Abuso del diritto: i fraintendimenti su effetti economici e giuridici*, in *Norme & Tributi Mese*, numero 1, 8 gennaio 2020, 2020, p.65 secondo il quale se l'Ufficio sostituisce le forme giuridiche utilizzate dal contribuente con altre, fiscalmente più onerose, allora si tratta di evasione, non di elusione.

⁸⁰ Articolo 37 bis, comma 4, del Dpr 600/1973: *«L'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2»*.

⁸¹ Articolo 37 bis, comma 5, del Dpr 600/1973: *«Fermo restando quanto disposto dall'articolo 42, l'avviso d'accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente e le imposte o le maggiori imposte devono essere calcolate tenendo conto di quanto previsto al comma 2»*.

⁸² Articolo 37 bis, comma 6, del Dpr 600/1973: *«Le imposte o le maggiori imposte accertate in applicazione delle disposizioni di cui al comma 2 sono iscritte a ruolo, secondo i criteri di cui all'art. 68 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, concernente il pagamento dei tributi e delle sanzioni pecuniarie in pendenza di giudizio, unitamente ai relativi interessi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale»*.

⁸³ Articolo 37 bis, comma 7, del Dpr 600/1973.

contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione. Con decreto del Ministro delle finanze da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono disciplinate le modalità per l'applicazione del presente comma»⁸⁴.

Il comma permette al contribuente di chiedere la disapplicazione di una o più disposizioni antielusive qualora dimostri che non ci possono essere effetti elusivi⁸⁵. Il senso della norma è da trovarsi nel seguente ragionamento: se il legislatore ha previsto che un determinato risultato economico-giuridico debba essere tassato in un determinato modo allora anche il contribuente che pone in essere negozi giuridici atipici, ma che portano allo stesso risultato, deve essere tassato alla stessa stregua. Il contribuente può svincolarsi da questo qualora dimostri che i negozi giuridici posti in essere non hanno come mero obiettivo il risparmio d'imposta bensì il conseguimento di risultati economici diversi da quelli fiscali⁸⁶.

Gli esperti si sono interrogati anche in merito ai soggetti destinatari della norma. Se da un lato la norma utilizzava l'espressione "da chiunque effettuate", dall'altro la circolare ministeriale n. 320/1997⁸⁷ riteneva interessati i soggetti che svolgevano attività d'impresa ma anche le persone fisiche non imprenditori. Questa seconda tesi veniva appoggiata anche dalla dottrina⁸⁸ la quale però sollevò dubbi relativamente alle valide ragioni economiche che potevano far porre in essere un'operazione da parte di un soggetto privato. Questi infatti può decidere prendendo in considerazione interessi affettivi, ben lungi da quelli economici⁸⁹.

⁸⁴ Articolo 37 *bis*, comma 8, del Dpr 600/1973.

⁸⁵ GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, volume 56, fascicolo 1, 2013, p.455.

⁸⁶ GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, cit., p.456.

⁸⁷ Circolare del 19 dicembre 1977, n.320/E.

⁸⁸ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p.189.

⁸⁹ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 189.

2.1.3 L'articolo 10 bis della Legge 212/2000

L'articolo è stato introdotto con il D.Lgs. 128/2015 recante "Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente".

Si tratta di una norma che estende a tutti i tributi l'istituto dell'abuso del diritto e lo fonde con quello dell'elusione fiscale. Inoltre è stato eliminato l'elenco tassativo delle operazioni soggette alla fattispecie: così facendo qualsiasi operazione può essere considerata elusiva.

La norma si compone di tredici commi e definisce l'abuso del diritto, sottolinea il lecito risparmio d'imposta, fornisce procedure e garanzie procedurali vantaggiose per i contribuenti, delimita l'ambito di applicazione della fattispecie e non sanziona penalmente le condotte abusive.

Ai sensi del comma 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»⁹⁰.

Dalla norma si evince che la condotta abusiva/elusiva non è opponibile all'Amministrazione finanziaria sotto il profilo tributario; rimangono invece efficaci i negozi giuridici posti in essere sul piano civilistico. Si tratta quindi di inefficacia relativa che porta con sé una possibile anomalia per la quale si riporta un caso concreto.

Con la risoluzione n.84/E/2013⁹¹ l'Agenzia delle Entrate ritenne elusiva una trasformazione da società di capitali a società semplice. Le conseguenze, dovute dall'applicazione del comma 1 dell'articolo 10 bis, portarono la società ad essere riconosciuta come società semplice solo sul piano giuridico ma ad essere qualificata, ancora, come società di capitali sul piano fiscale. Questo portò la società semplice, riconosciuta giuridicamente, a sottostare al regime fiscale IRES e pertanto a presentare il modello Unico SC. Si venne così a creare un "mostro tributario": agli occhi dei terzi la società era una società semplice, mentre agli occhi dell'Amministrazione finanziaria essa era società di capitali. Questa doppia natura giuridica-fiscale comportò

⁹⁰ Articolo 10 bis, comma 1, della Legge 212/2000.

⁹¹ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 27 novembre 2013, n. 84/E.

l'impossibilità da parte della società di utilizzare in sede giuridica gli strumenti della società di capitali ed in sede fiscale di adottare gli strumenti della società semplice. In estrema sintesi i fattori che caratterizzano la condotta abusiva sono⁹²:

- una o più operazioni prive di sostanza economica;
- la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito;
- la circostanza che il vantaggio fiscale indebito risulti l'effetto essenziale dell'operazione.

Ai sensi del comma 2, lettera a) «*si considerano 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*»⁹³. Lo stesso comma alla lettera b) considera per vantaggi fiscali indebiti «*i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*»⁹⁴.

La novella tratta dei presupposti⁹⁵ della fattispecie i quali devono essere verificati seguendo un percorso univoco⁹⁶.

⁹² SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.54-55.

⁹³ Articolo 10 bis, comma 2, lettera a), della Legge 212/2000.

⁹⁴ Articolo 10 bis, comma 2, lettera b), della Legge 212/2000.

⁹⁵ Si tratta di tre presupposti, di cui si dirà meglio in seguito, che devono essere analizzati rispettando una determinata sequenza. Inoltre, i tre presupposti devono sussistere congiuntamente: per procedere alla verifica del secondo presupposto deve esistere il primo; per procedere alla verifica del terzo presupposto deve sussistere il secondo. A riguardo AA.VV., *Affitto d'azienda e fusione societaria – Analisi dei profili di abuso del diritto*, in *Eutekne per la professione*, 18 maggio 2018, 2018, p.2 rileva che i presupposti sono tre:

- conseguimento di un vantaggio fiscale "indebito" i cui effetti possono manifestarsi anche nei periodi d'imposta successivi a quello in cui l'operazione è stata posta in essere. Inoltre i vantaggi in parola non perseguono le finalità della disposizione tributaria che eludono e non rispettano i principi dell'ordinamento tributario;
- mancanza di "sostanza economica" dell'operazione/i;
- ottenimento di un "vantaggio fiscale" essenziale.

Se manca anche un solo presupposto allora non c'è abuso del diritto.

Fa eccezione il caso in cui, sebbene siano sussistenti i tre presupposti, l'operazione è giustificata da ragioni extrafiscali valide e non marginali, perfino di natura organizzativa o gestionale.

⁹⁶ A riguardo BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, volume 9, 2019, p.52 alla nota 40 specifica che l'Amministrazione finanziaria ha previsto un procedimento per l'analisi elusiva che consta di tre *step* da seguire in un determinato ordine. A riguardo AA.VV., *Affitto d'azienda e fusione societaria – Analisi dei profili di abuso del diritto*, cit., p.2 rileva che l'Agenzia delle Entrate procede nel seguente modo:

In primis si verifica l'esistenza dell'indebito vantaggio fiscale definito come contrario alla *ratio* della disposizione applicata o di quella che sarebbe altrimenti applicabile.

La determinazione del *quantum* deve essere effettuata rilevando il divario tra l'onere tributario derivante dalla condotta abusiva e l'onere tributario derivante dal negozio tipico, cioè quello che si sarebbe dovuto attuare.

Nel processo di quantificazione è doveroso distinguere tra schemi circolari e schemi lineari, entrambi idonei a realizzare la condotta abusiva. Gli schemi circolari non modificano la sfera economico-giuridica del contribuente perché gli *step* che li compongono si elidono a vicenda. Invece gli schemi lineari modificano la sfera economico-giuridica del contribuente. Il processo di quantificazione in caso di schemi circolari consta di confrontare la differenza di imposizione fiscale tra la struttura *ex post* condotta abusiva e quella *ex ante*. Il processo di quantificazione in caso di schemi lineari consta di confrontare la differenza di imposizione fiscale tra la struttura *ex post* condotta abusiva e quella del negozio tipico che il contribuente ha evitato di porre in essere ma che l'Amministrazione finanziaria considera come modello da seguire⁹⁷. Di vantaggio fiscale indebito si può parlare anche quando la tassazione viene posticipata ai successivi periodi d'imposta. Incerto è invece l'inquadramento nel caso in cui il risparmio si riassorbe negli anni successivi: in tal caso il risparmio potrebbe essere inquadrato quantificando gli interessi dovuti per il ritardo della percezione delle imposte per il periodo di tempo necessario per il riallineamento⁹⁸.

In secundis si passa alla verifica della sostanza economica dell'operazione la quale non sussiste qualora i fatti, gli atti e i contratti siano idonei solo a produrre vantaggi fiscali. L'assenza di sostanza economica viene rilevata sottolineando il numero superfluo di negozi giuridici che fanno conseguire l'indebito vantaggio fiscale. In altre parole il contribuente invece di utilizzare un negozio previsto dall'ordinamento (*i.e.* negozio tipico) adotta più negozi giuridici in modo distorto. Si pensi al caso in cui le parti vogliano

-
- verifica dell'esistenza dell'indebito vantaggio fiscale (qualora non sussistesse tale presupposto l'indagine elusiva avrebbe fine);
 - verifica della mancanza di "sostanza economica" ed ottenimento di un "vantaggio fiscale" essenziale, qualora il primo presupposto fosse verificato;
 - presenza di ragioni extrafiscali valide e non marginali, perfino di natura organizzativa o gestionale, qualora gli elementi di cui al punto precedente fossero sussistenti.

⁹⁷ ZIZZO G., *I profili processuali dell'abuso del diritto*, in *Rassegna Tributaria*, volume 63, fascicolo 1, 2020, p.225-226.

⁹⁸ DODERO A., *Abuso del diritto in attesa di scelte sistematiche*, cit., p.161.

trasferire un'azienda. Il negozio giuridico da porre in essere potrebbe essere la cessione delle partecipazioni o la cessione dell'azienda. In entrambi i casi non si porrebbe in essere una condotta elusiva. Diverso è il caso in cui le parti optassero per un conferimento dell'azienda in una *newco* e successivamente vendessero la totalità delle quote della conferitaria. Nel caso in esame si configurerebbe un comportamento elusivo: la plusvalenza del conferimento si ammortizzerebbe in cinque⁹⁹ periodi d'imposta mentre la plusvalenza da cessione quote solo in uno¹⁰⁰.

Concretamente si tratta di verificare se:

- vi sia coerenza tra la qualificazione delle singole operazioni e il fondamento giuridico del loro insieme;
- l'utilizzo di tali strumenti giuridici sia conforme alle logiche di mercato;
- vi siano elementi che non hanno l'effetto di compensarsi o di annullarsi reciprocamente ovvero non vi sono operazioni concluse di natura circolare¹⁰¹.

Qualora si risponda in senso negativo a questi quesiti ecco che il secondo presupposto si debba considerare sussistente. Il presupposto viene a realizzarsi anche con il verificarsi di operazioni lineari che comportano sempre una modifica della sfera economico-giuridica. Ciò si verifica quando il contribuente realizza un obiettivo economico reale adottando un percorso non lineare rispetto a quello che il legislatore gli ha messo a disposizione. Si tratta quindi di rilevare il numero minimo di negozi giuridici per raggiungere un determinato obiettivo economico e di confrontarlo con il numero dei negozi giuridici posti in essere dal contribuente. Qualora almeno un negozio giuridico posto in essere dal contribuente risultasse superfluo ecco che l'assenza di sostanza economica sarebbe verificata. Nel caso di percorsi lineari realizzanti il presupposto in parola si parla di "vestizione giuridica"¹⁰² per la quale si deve intendere l'adozione di una forma diversa rispetto a quella tipica (prevista dal legislatore) più

⁹⁹ Ai sensi dell'articolo 86, comma 4, del Dpr 917/1986.

¹⁰⁰ Ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettera c) e *c-bis*), del Dpr 917/1986.

¹⁰¹ Le operazioni circolari non modificano la sfera economico-giuridica dell'impresa ma solo quella fiscale. L'attuazione di tali operazioni comporta una situazione identica a quella prima della loro realizzazione. La *ratio* di tali operazioni è di conseguire vantaggi fiscali, coincidenti con il risultato economico, attuando una serie di negozi che hanno il mero scopo di ottenere il beneficio fiscale.

¹⁰² MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, in *Corriere Tributario*, volume 43, fascicolo 2, 2020, p.127.

diretta ed efficiente a concretizzare vantaggi economici intesi come quelli di natura extrafiscale. In sintesi nelle operazioni lineari si rileva abuso quando la catena di negozi giuridici posta in essere è idonea a far beneficiare il contribuente di un regime fiscale che contrasta con la *ratio* della norma elusa. Da questo si rileva una criticità insita nell'identificare correttamente l'alternativa, cioè il negozio tipico, da assumere come punto di riferimento per l'analisi della sussistenza del secondo presupposto abusivo¹⁰³. Infine si verifica che il vantaggio fiscale conseguito sia l'effetto essenziale dell'operazione. La dimostrazione del terzo, ed ultimo, presupposto si realizza nella prova di un contrasto tra il godimento del vantaggio fiscale connesso allo schema giuridico adottato e la *ratio* delle norme tributarie o i principi dell'ordinamento tributario¹⁰⁴.

Ai sensi del comma 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*»¹⁰⁵.

Le valide ragioni economiche extrafiscali non marginali sono tali solo se l'operazione non sarebbe stata realizzata in loro assenza. La loro sussistenza esclude la possibilità di inquadrare la condotta come abusiva¹⁰⁶, a maggior ragione se sono serie, apprezzabili e significative¹⁰⁷. Si tratta quindi di una fattispecie esimente.

Dalla lettura del comma 1 e del comma 3 emerge il problema di combinare il requisito della mancanza di sostanza economica (verificato in presenza di inidoneità a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali) con quello delle valide ragioni extrafiscali. In prima battuta si può ritenere che i due requisiti non abbiano nulla in comune perché la mancanza di sostanza economica è relativa all'adeguatezza dei negozi giuridici utilizzati rispetto alle finalità che si è posto il contribuente (profilo oggettivo). Invece, le ragioni extrafiscali sarebbero relative ai motivi alla base dei quali l'operazione è stata attuata (profilo soggettivo)¹⁰⁸.

¹⁰³ MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, cit., p.128.

¹⁰⁴ MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, cit., p.126.

¹⁰⁵ Articolo 10 bis, comma 3, della Legge 212/2000.

¹⁰⁶ Anche se la condotta integra tutti e tre i presupposti.

¹⁰⁷ ZIZZO G., *I profili processuali dell'abuso del diritto*, cit., p.230.

¹⁰⁸ MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, cit., p.130.

Un'analisi¹⁰⁹ più attenta rileva l'esistenza di una contraddizione in termini tra i due requisiti: se un'operazione è priva di sostanza economica allora non potrebbero esistere valide ragioni extrafiscali perché la loro valenza si basa proprio sul beneficio economico che apporterebbero alla sfera del contribuente. La contraddizione è di rilievo perché le operazioni di natura gestionale o organizzativa sono atte a produrre effetti extrafiscali non marginali e tra queste rientrano alcune delle operazioni straordinarie trattate in seguito.

Sempre il comma 3 prevede che la disposizione si applichi per le attività economiche imprenditoriali e professionali.

Ai sensi del comma 4 *«resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale»*¹¹⁰.

Da questo si evince che il metro di giudizio per verificare l'abusività della condotta del contribuente non deve fermarsi alla verifica dell'adozione del regime fiscale meno oneroso tra due o più, anche se la scelta è dovuta solo per ragioni fiscali¹¹¹.

L'abuso del diritto deve essere rilevato per esclusione: prima si controlla se il vantaggio possa risultare legittimo, diversamente se risulta indebito si esamina se si rientra nella fattispecie evasiva. Se né la prima e né la seconda verifica hanno portato esito positivo allora si rientra nell'abuso/elusione qualora vengano soddisfatti i presupposti di cui ai commi precedenti¹¹².

Ai sensi del comma 5 *«il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto»*¹¹³.

Il comma 5 prevede che il contribuente possa presentare interpello antiabuso al fine di ottenere un parere da parte dell'Agenzia delle Entrate relativamente ad una fattispecie concreta e personale che possa integrare la condotta abusiva.

Il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate n. 27 del 4 gennaio 2016¹¹⁴ ha

¹⁰⁹ MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, cit., p.130.

¹¹⁰ Articolo 10 bis, comma 4, della Legge 212/2000.

¹¹¹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.56.

¹¹² CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 192.

¹¹³ Articolo 10 bis, comma 5, della Legge 212/2000.

¹¹⁴ Agenzia delle Entrate, Provvedimento del Direttore del 4 gennaio 2016, n. 27.

previsto che l'istanza debba essere predisposta per iscritto ed inviata all'Ufficio prima della scadenza dei termini ordinari per la trasmissione della dichiarazione o per l'adempimento di altri obblighi tributari correlati al caso prospettato dal contribuente. Nell'istanza devono essere presenti: i dati identificativi dell'istante e del suo (eventuale) legale rappresentante con i relativi codici fiscali, l'indicazione della tipologia di istanza di interpello proposta, la descrizione della fattispecie, l'indicazione delle norme di cui si richiede l'interpretazione o l'applicazione/disapplicazione, la soluzione proposta dall'istante, il domicilio e i recapiti dell'istante, la sottoscrizione dell'istante o del suo legale rappresentante.

Ai sensi del comma 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»*¹¹⁵.

Il legislatore ha previsto che un avviso di accertamento basato sulla violazione di norme tributarie non può successivamente contestare la natura abusiva della condotta mediante allegazione in giudizio della ricorrenza delle condizioni da parte dell'Amministrazione finanziaria.

In questa sede si tiene a precisare che in fase di difesa il contribuente non è penalizzato da un (possibile) atteggiamento passivo a fronte della richiesta di chiarimenti notificata dall'Amministrazione finanziaria. Difatti in sede di giudizio egli potrà proporre difese e depositare documentazione¹¹⁶.

Ai sensi del comma 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*

¹¹⁵ Articolo 10 bis, comma 6, della Legge 212/2000.

¹¹⁶ ZIZZO G., *I profili processuali dell'abuso del diritto*, cit., p.231.

prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni»¹¹⁷.

La disposizione prevede un periodo di sessanta giorni durante i quali l'Amministrazione finanziaria esamina i chiarimenti forniti dal contribuente. Se tra la data di ricevimento dei chiarimenti e il termine di decadenza dell'azione accertatrice, vi sono meno di sessanta giorni allora i termini di accertamento sono prorogati di un numero di giorni pari a quelli mancanti a sessanta.

Ai sensi del comma 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»¹¹⁸.

La norma prevede che nell'atto impositivo sia presente il motivo per cui la condotta risulta abusiva a parere dell'Agenzia delle Entrate.

La dottrina¹¹⁹ identifica nei commi 6, 7 e 8 la previsione, a pena di nullità, del «contraddittorio preventivo endo-procedimentale»¹²⁰.

Ai sensi del comma 9 «l'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3»¹²¹.

La novella ripartisce l'onere della prova tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente. Inoltre viene sancito che non è possibile la rilevazione d'ufficio dell'abuso del diritto.

L'Amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza dei tre elementi costitutivi (*i.e.* presupposti) della condotta abusiva¹²².

È in capo al contribuente, invece, l'onere di provare le ragioni extrafiscali¹²³ fermo restando che egli possa comunque difendersi negando che l'Amministrazione

¹¹⁷ Articolo 10 *bis*, comma 7, della Legge 212/2000.

¹¹⁸ Articolo 10 *bis*, comma 8, della Legge 212/2000.

¹¹⁹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.57.

¹²⁰ Il contraddittorio preventivo endo-procedimentale consiste nel diritto del contribuente di addurre le ragioni che lo hanno portato a compiere l'operazione per cui l'Ufficio ha intenzione di emanare un atto impositivo.

¹²¹ Articolo 10 *bis*, comma 9, della Legge 212/2000.

¹²² Secondo SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.58 questo onere in capo all'Amministrazione finanziaria è già desumibile dall'articolo 7, comma 1, della Legge 212/2000 e dall'articolo 42, comma 2, del Dpr 600/1973.

¹²³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.58.

finanziaria abbia assolto l'onere di dimostrare almeno uno dei presupposti della condotta abusiva.

La norma utilizza il termine "onere" impropriamente perché non vi è contestazione circa l'esistenza dei fatti: solo per i fatti si può parlare di onere della prova. Nel caso in esame viene contestato il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito e quindi ci si sofferma su una valutazione dei fatti che rappresenta quindi il contrasto tra Amministrazione finanziaria e contribuente. Pertanto si dovrebbe parlare di onere di allegazione¹²⁴ in quanto le parti devono allegare i fatti posti a fondamento delle proprie tesi.

Ai sensi del comma 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»*¹²⁵.

Il legislatore ha previsto la sospensione della riscossione in caso di ricorso e quindi per il primo grado del processo. Successivamente la riscossione avviene con le seguenti modalità:

- in caso di rigetto del ricorso in primo grado il contribuente è tenuto a versare i due terzi;
- fino a due terzi nell'ipotesi di accoglimento parziale e per il residuo nel caso di rigetto in secondo grado.

Ai sensi del comma 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»*¹²⁶.

Il comma disciplina i diritti dei contribuenti che hanno sostenuto oneri tributari

¹²⁴ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 200.

¹²⁵ Articolo 10 bis, comma 10, della Legge 212/2000.

¹²⁶ Articolo 10 bis, comma 11, della Legge 212/2000.

relativamente all'operazione posta in essere senza realizzare la condotta abusiva. Questi possono presentare istanza di rimborso all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità previste dalla norma.

Ai sensi del comma 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*»¹²⁷.

Dal comma 12 si evince che l'abuso del diritto ha applicazione residuale rispetto alla simulazione, all'evasione e alla frode.

La violazione di specifiche disposizioni tributarie realizza la fattispecie evasiva perché si tratta infatti di andare *contra legem*.

Nell'elusione/abuso del diritto i rapporti giuridici posti in essere sono legittimi però sono attuati meramente per ottenere vantaggi fiscali indebiti. Nel caso dell'elusione si parla di aggiramento e non di violazione della norma.

Ai sensi del comma 13 «*le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*»¹²⁸.

La norma priva di effetti penali la fattispecie. Se dalla lettura della norma si evince l'irrelevanza penale dell'elusione non è di questo parere parte della dottrina¹²⁹ che inquadra la condotta nella simulazione ovvero nell'interposizione fittizia¹³⁰.

Qualora vi siano procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della norma è applicabile il principio del *favor rei*¹³¹ secondo il quale la norma favorevole è da applicarsi anche ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore¹³². In

¹²⁷ Articolo 10 *bis*, comma 12, della Legge 212/2000.

¹²⁸ Articolo 10 *bis*, comma 13, della Legge 212/2000.

¹²⁹ DEL FEDERICO C., *Le patologie civilistiche del contratto fiscalmente abusato*, in *Contratto e Impresa*, volume 36, fascicolo 4, 1 ottobre 2020, 2020, p. 1736.

¹³⁰ Articolo 37, comma 3, Dpr 600/1973.

¹³¹ PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e pratica tributaria*, volume 90, fascicolo 4, 2019, p.1454.

¹³² Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.60 alla nota 177 rileva che «*l'espressa depenalizzazione delle condotte elusive o abusive produce come intrinseca conseguenza l'irrelevanza penale anche retroattiva di tali condotte ai sensi dell'art. 2, comma 2 del codice penale*» secondo il quale «*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*».

questo senso si può dire che la norma in parola non si applica *ratione temporis*¹³³. Ancora, ciò che l'Amministrazione finanziaria qualifica come abuso del diritto può, in sede giudiziaria, essere ricondotto ad una fattispecie del D.Lgs. 74/2000 come è avvenuto con la sentenza 15449/2015¹³⁴ nella quale la Suprema Corte ha inquadrato ai sensi dell'articolo 11¹³⁵ del D.Lgs. 74/2000 ciò che l'Agenzia delle Entrate riteneva un caso *ex* articolo 10 *bis* della Legge 212/2000¹³⁶.

Se ci si affida al senso letterale del comma 13 si deduce che le condotte elusive non sono rilevanti penalmente. A tale conclusione si arriva anche dalla lettura degli articoli 3 e 4 del D.Lgs. 74/2000, che normano rispettivamente il reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e quello di dichiarazione infedele, e dalle definizioni di "operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente" e di "mezzi fraudolenti" di cui alle lettere *g-bis*) e *g-ter*) dell'articolo 1 del D.Lgs. 74/2000. Dalla lettura delle norme precedentemente indicate si giunge alla deduzione che qualora il contribuente ponga in essere una condotta fraudolenta (occultando, nascondendo o rappresentando mendacemente) questa configuri una fattispecie di rilievo penale di cui al D.Lgs. 74/2000.

Oltre alla clausola generale antiabusiva sono presenti alcune norme specificamente antielusive¹³⁷ nel nostro ordinamento. Qualora queste non venissero rispettate dal contribuente si rilevarebbe una condotta evasiva e non elusiva: si tratterebbe infatti di comportamento *contra legem*. Da ciò deriva la rilevanza penale di tali condotte e l'esclusione delle garanzie previste a favore del contribuente nel caso di condotta abusiva.

2.2 La normativa a livello europeo

Le operazioni commerciali e professionali tra Stati membri dell'Unione europea sono in

¹³³ L'espressione indica l'efficacia della legge nel tempo: si prende in considerazione la norma vigente nel momento in cui si è verificato il fatto o il rapporto. Si va così contro il principio generale della non retroattività della legge normato dall'articolo 11 delle Preleggi.

¹³⁴ Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449.

¹³⁵ Trattasi del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.

¹³⁶ DORIGO S., *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giurisprudenza Penale, Rivista mensile*, fascicolo 7-8, 2017, p.18.

¹³⁷ Presenti nel TUIR: articolo 172 comma 7, articolo 172 comma 10, articolo 84 comma 3, articolo 167, articolo 175 comma 2, articolo 177 comma 3. Oltre all'articolo 10 del D.M. 3 agosto 2017.

forte aumento grazie a nuovi canali di comunicazione e alla facilità degli spostamenti. Il contribuente ha davanti a sé un numero sempre più considerevole di opportunità imprenditoriali e altrettante soluzioni fiscali per coglierle creando valore¹³⁸.

Questo porta con sé un incremento delle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva grazie alle quali gli operatori economici europei, sfruttando i vuoti lasciati dalle normative comunitarie, riescono a spostare, ridurre, azzerare materia imponibile. E' solo nel 2000 che con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹³⁹ si introduce il divieto dell'abuso del diritto¹⁴⁰ all'articolo 54 secondo il quale «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»¹⁴¹.

Solo nel 2009 tale norma ha acquisito validità quale fonte primaria di diritto comunitario¹⁴².

Lo stesso OCSE è attivo contro le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva per ostacolare le quali ha intrapreso il progetto BEPS¹⁴³.

Già nel 2012 la Commissione Europea ha diramato la raccomandazione 2012/772/UE¹⁴⁴ con la quale richiedeva agli Stati membri di intervenire qualora rilevassero fenomeni elusivi. Tale raccomandazione è stata accolta nell'ordinamento italiano con la legge delega 23/2013¹⁴⁵ i cui principi sono così individuati¹⁴⁶:

- a) La condotta abusiva è relativa all'utilizzo distorto di strumenti giuridici da cui deriva un risparmio d'imposta, sebbene tale condotta non sia *contra legem*;

¹³⁸ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.153.

¹³⁹ 2000/C 364/01.

¹⁴⁰ GENTILE M., *La rilevanza "penale" dei comportamenti elusivi*, cit., p.26.

¹⁴¹ Articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁴² In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹⁴³ BEPS è l'acronimo di *Base Erosion and Profit Shifting* con il quale si intende l'insieme di strategie fiscali poste in essere per spostare materia imponibile da uno Stato, ad alta imposizione fiscale, ad un altro, a bassa o nulla imposizione fiscale.

¹⁴⁴ 2012/772/UE, *Raccomandazione della Commissione sulla pianificazione fiscale aggressiva*, 6 dicembre 2012.

¹⁴⁵ Legge 11 marzo 2014, n. 23.

¹⁴⁶ PROCOPPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, cit., p.1448.

- b) Il contribuente è libero di scegliere tra opzioni sullo stesso piano ma con diversa tassazione, inoltre si deve:
- 1) Ritenere lo scopo di trarre vantaggi fiscali indebiti come indicatore di condotta abusiva;
 - 2) Escludere dalla fattispecie abusiva le operazioni fondate su ragioni extrafiscali non marginali;
 - 3) Considerare ragioni extrafiscali pure quelle atte a migliorare gli aspetti organizzativi, strutturali e funzionali dell'azienda sebbene l'incremento della redditività, derivante da queste, si realizzi in più periodi d'imposta;
- c) Fornire all'Amministrazione finanziaria il potere di disconoscere, sotto il profilo fiscale, le operazioni considerate abusive e il loro minor carico fiscale;
- d) Attribuire all'Amministrazione finanziaria l'onere di provare la condotta abusiva mentre al contribuente spetta l'onere di allegare la sussistenza di valide ragioni extrafiscali;
- e) Imporre all'Agenzia delle Entrate l'individuazione precisa della condotta abusiva nell'atto di accertamento;
- f) Stabilire regole procedurali per garantire il contraddittorio tra le parti e il diritto di difesa del contribuente.

Successivamente la Commissione Europea ha creato un pacchetto antielusione (*Anti Tax Avoidance Package*) contro la pianificazione fiscale aggressiva che è sfociato in due direttive denominate ATAD e ATAD 2 di cui si dirà nei prossimi paragrafi.

2.2.1 Direttive

Le Direttive ATAD si limitano solo ad imporre delle norme di carattere generale demandando il compito di entrare nello specifico agli Stati membri i quali, adattando i principi comunitari alle norme nazionali, contrastano il fenomeno chiamato *aggressive tax planning*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.39.

2.2.1.1 Direttiva 2016/1164/UE (Anti Tax Avoidance Directive - ATAD)

La Direttiva ATAD, approvata il 12 luglio 2016 dal Consiglio dell'Unione europea e recepita in Italia con il D.Lgs. 142/2018¹⁴⁸, disciplina le pratiche di elusione fiscale nel mercato unico europeo e ha l'obiettivo di limitare la pianificazione fiscale aggressiva delle imprese agendo su due strade¹⁴⁹:

- contrasto alle pratiche di elusione fiscale;
- garanzia di un'equa ed efficace imposizione nell'Unione Europea.

Essa è il frutto della necessità dell'Unione Europea di dotarsi di norme contro l'erosione della base imponibile nel mercato comunitario e il trasferimento degli utili fuori dell'Unione europea.

La Direttiva si applica ai soggetti passivi d'imposta sul reddito delle società (*i.e.* IRES) residenti in uno Stato dell'Unione europea ivi comprese le stabili organizzazioni con sede in uno Stato membro sebbene relative ad imprese di Stati terzi. La Direttiva non trova applicazione relativamente alle persone fisiche, alle società di persone ed agli enti non titolari di reddito d'impresa.

Gli ambiti¹⁵⁰ che la Direttiva intende disciplinare sono:

- deducibilità degli interessi;
- *exit tax*;
- clausola generale antiabuso;
- *controlled foreign companies* (CFC);
- strumenti ibridi¹⁵¹.

L'articolo 4 della Direttiva prevede la *earning-stripping rule* la quale richiede agli Stati membri di limitare la deducibilità degli interessi passivi fino alla soglia massima del «trenta per cento degli utili imponibili del contribuente al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento (EBITDA)»¹⁵².

L'articolo 5 della Direttiva prevede l'*exit tax* (*i.e.* tassazione in uscita) secondo la quale

¹⁴⁸ Decreto legislativo 29 novembre 2018, n.142.

¹⁴⁹ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.38.

¹⁵⁰ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.39.

¹⁵¹ Dall'inglese *hybrid mismatches*.

¹⁵² Articolo 4, paragrafo 1, della Direttiva 2016/1164/UE.

«un contribuente è soggetto ad imposta per un importo pari al valore di mercato degli attivi trasferiti, al momento dell'uscita degli attivi, meno il loro valore a fini fiscali»¹⁵³.

L'articolo 6¹⁵⁴ della Direttiva costituisce la clausola antiabuso. La norma prevede l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria delle operazioni realizzate ai fini di ottenere vantaggi fiscali indebiti e prive di valide ragioni economiche. Essa riprende quasi integralmente la norma¹⁵⁵ antiabuso della Direttiva "Madre-Figlia"¹⁵⁶. Diversamente da questa, la clausola antiabuso della Direttiva ATAD non riguarda solo le operazioni transfrontaliere interne all'Unione europea ma anche quelle domestiche e addirittura quelle coinvolgenti Paesi terzi.

L'articolo 7¹⁵⁷ della Direttiva regola le *controlled foreign companies* al fine di impedire i trasferimenti di utili del gruppo avente sede in Stati in cui sia prevista una minore imposizione fiscale.

L'articolo 9 della Direttiva disciplina i disallineamenti da ibridi¹⁵⁸ per ostacolare gli effetti

¹⁵³ Articolo 5, paragrafo 1, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁵⁴ Articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁵⁵ Secondo l'articolo 1, paragrafo 2, così modificato dalla Direttiva 2015/121/UE del 27 gennaio 2015, «Gli Stati membri non applicano i benefici della presente direttiva a una costruzione o a una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità della presente direttiva, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti».

¹⁵⁶ Direttiva 2011/96/UE del Consiglio, 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi.

¹⁵⁷ Articolo 7, paragrafo 1: «Lo Stato membro di un contribuente tratta un'entità o una stabile organizzazione i cui utili non sono soggetti ad imposta o sono esenti da imposta in tale Stato membro come una società controllata estera se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

a) nel caso di un'entità, il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50 per cento dei diritti di voto o possiede direttamente o indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità;

b) l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione è inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata all'entità o alla stabile organizzazione nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione.

Ai fini del primo comma, lettera b), la stabile organizzazione di una società controllata estera che non è soggetta ad imposta o è esente da imposta nella giurisdizione della società controllata estera non è presa in considerazione. Inoltre, per imposta sulle società che sarebbe stata applicata nello Stato membro del contribuente si intende l'imposta calcolata secondo le norme dello Stato membro del contribuente».

¹⁵⁸ Nel paragrafo successivo verrà data una definizione di "disallineamento da ibridi".

di una doppia deduzione¹⁵⁹ o di una deduzione senza inclusione¹⁶⁰. Si pensi al caso¹⁶¹ in cui per uno Stato un determinato strumento finanziario dia origine ad oneri fiscalmente deducibili in sede di pagamento mentre per un altro Stato (quello del beneficiario del pagamento) la tassazione di tale reddito, considerato dividendo, sia esente o limitata. In questa sede ci occuperemo esclusivamente della clausola antiabuso, anche chiamata *General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*.

Ai sensi del paragrafo 1, dell'articolo 6, della Direttiva *«ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte»*¹⁶².

Il paragrafo 1 richiede un *test* sullo scopo (o motivi) per il quale il contribuente ha posto in essere una o più costruzioni: se il vantaggio fiscale è coerente con lo scopo pensato dal legislatore non si realizza una condotta elusiva. Diversamente il vantaggio non è riconosciuto dall'Amministrazione finanziaria; ciò, anche nel caso in cui il contribuente non sia consapevole che il vantaggio ottenuto è contrario allo spirito della legge¹⁶³. Secondo il paragrafo 2 *«ai fini del paragrafo 1, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica»*¹⁶⁴.

Il paragrafo 2 prevede un *test* sulla sostanza economica della costruzione la quale è ritenuta genuina se alla sua base vi sono valide ragioni commerciali. Secondo la dottrina¹⁶⁵ la disposizione farebbe sorgere un problema: *«in base al paragrafo 1 ci potrebbero essere costruzioni connotate da due scopi principali, cioè uno scopo fiscale e uno scopo commerciale. Una tale costruzione potrebbe essere considerata come non*

¹⁵⁹ Articolo 9, paragrafo 1: *«Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una doppia deduzione, la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto pagamento ha origine».*

¹⁶⁰ Articolo 9, paragrafo 2: *«Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento».*

¹⁶¹ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.40.

¹⁶² Articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁶³ STEVANATO D., *La norma antielusiva è conforme alla Direttiva ATAD?*, in *Corriere Tributario*, volume 42, fascicolo 7, 2019, p.623.

¹⁶⁴ Articolo 6, paragrafo 2, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁶⁵ STEVANATO D., *La norma antielusiva è conforme alla Direttiva ATAD?*, cit., p.624.

genuina se il vantaggio fiscale contrasta con lo spirito della legge, ma ciò sembra contraddire quanto sancito dal paragrafo 2, che qualifica le costruzioni come non genuine solo nella misura in cui esse non sono supportate da valide ragioni commerciali».

In base al paragrafo 3 «quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata in conformità del diritto nazionale»¹⁶⁶.

Si tratta di una disposizione di chiusura che prevede gli effetti di quanto normato al paragrafo 1. In sostanza l'imposta, ricalcolata dopo che l'Amministrazione finanziaria ha disconosciuto la costruzione, deve essere determinata applicando le norme di diritto interno.

La clausola comunitaria antiabuso esaminata si caratterizza per il *principal purpose test* (i.e. PPT), l'*objective test* e l'*arrangement test*¹⁶⁷.

Il *principal purpose test* consiste nel verificare che lo scopo principale dell'operazione posta in essere dal contribuente sia il percepimento di un beneficio convenzionale¹⁶⁸
¹⁶⁹.

L'*objective test* consiste nel provare che il vantaggio fiscale derivante dall'operazione posta in essere dal contribuente contrasta con oggetto e *ratio* delle norme applicabili al caso di specie¹⁷⁰.

L'*arrangement test* consiste nella verifica delle caratteristiche oggettive della costruzione contestata al contribuente¹⁷¹.

È compito dell'Amministrazione finanziaria competente per territorio svolgere questi *test*.

¹⁶⁶ Articolo 6, paragrafo 3, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁶⁷ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.43.

¹⁶⁸ Il "beneficio convenzionale" è da intendersi come beneficio previsto da una Convenzione tra due o più Stati.

¹⁶⁹ LA CANDIA I., STAROPOLI R. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, Insetto de *Il Sole 24 Ore*, Luglio 2016, p.49.

¹⁷⁰ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.43.

¹⁷¹ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.43.

2.2.1.2 Direttiva 2017/952/UE (ATAD 2)

La Direttiva si pone l'obiettivo di modificare la sua versione precedente¹⁷². Approvata il 29 maggio 2017, ha ad oggetto le norme relative ai disallineamenti da ibridi¹⁷³.

Mentre la Direttiva ATAD ha l'obiettivo di limitare l'uso di alcune operazioni per diminuire il carico fiscale; la Direttiva ATAD 2 vuole impedire lo spostamento di materia imponibile da un Paese dell'Unione europea ad un Paese terzo sfruttando le norme al fine di ridurre l'imposizione¹⁷⁴.

La Direttiva ATAD 2 si concentra maggiormente sulla neutralizzazione del disallineamento da ibridi che coinvolge Paesi terzi. Nello specifico si interviene in tema di stabili organizzazioni e doppia deduzione¹⁷⁵.

Vi è disallineamento da stabili organizzazioni ibride quando si rileva una differenza tra le norme della giurisdizione della stabile organizzazione e le norme della giurisdizione di residenza che genera uno spostamento di materia imponibile nel Paese in cui l'assoggettamento di questa a tassazione è minore¹⁷⁶.

La Direttiva ATAD 2 indica che le operazioni che realizzano l'elusione fiscale attraverso il disallineamento da ibridi possono¹⁷⁷:

- intercorrere «tra sede centrale e stabile organizzazione o fra due o più stabili organizzazioni della stessa entità»;
- interporsi tra «il contribuente e le sue imprese associate o tra imprese associate»;
- derivare da accordo con il contribuente.

Il recepimento delle Direttive ATAD e ATAD 2 è avvenuto con il Decreto legislativo 29 novembre 2018, n.142. Il legislatore nazionale aveva già previsto delle norme negli stessi settori ad eccezione però delle disposizioni a contrasto dei disallineamenti da ibridi. Il recepimento non modificò la clausola generale antiabuso nella sua versione

¹⁷² Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁷³ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.38.

¹⁷⁴ CERIONI L., *Possibilità di pianificazione societaria e fiscale all'interno dell'unione europea*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, volume 11, fascicolo 1, 2021, p. 35.

¹⁷⁵ CERIONI L., *Possibilità di pianificazione societaria e fiscale all'interno dell'unione europea*, cit., p. 35.

¹⁷⁶ LATINI S., *Direttiva ATAD2: i "primi" effetti sulle grandi aziende*, in *Ipsa quotidiano*, 5 febbraio 2020, 2020.

¹⁷⁷ LATINI S., *Direttiva ATAD2: i "primi" effetti sulle grandi aziende*, cit..

nazionale in quanto quella di cui all'articolo 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente era del tutto simile a quella dell'articolo 6 della Direttiva ATAD¹⁷⁸.

Le due disposizioni in commento differiscono solo nella terminologia. Occorre pertanto confrontare le due norme al fine di verificare che la decisione del legislatore nazionale (di non recepire l'articolo 6 della Direttiva ATAD) sia stata corretta.

Nonostante le due norme utilizzino terminologie differenti in alcuni punti, i requisiti alla base dell'abuso del diritto coincidono: conseguimento di un vantaggio fiscale indebito e scopo dell'operazione.

Nella Direttiva il vantaggio fiscale indebito deve essere «*in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile*¹⁷⁹» mentre nella norma nazionale deve essere «*in contrasto con le norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*¹⁸⁰». Tali disposizioni, seppure utilizzando termini diversi, risultano definire in egual modo il vantaggio fiscale indebito.

Nella Direttiva si parla di «*scopo principale o uno degli scopi principali*¹⁸¹», diversamente nella norma nazionale si rileva un vantaggio fiscale indebito in termini di «*essenzialità*¹⁸²». Da questa differenza in termini emerge la diversità delle disposizioni: ciò che è "essenziale" può non essere "principale", e viceversa. Secondo la dottrina¹⁸³ con il termine "essenzialità" si restringe il campo dell'abuso del diritto perché senza il vantaggio fiscale derivante dall'operazione questa non sarebbe stata attuata. Invece, con il termine "principale" si allargano le maglie dell'elusione perché vi possono essere altri scopi oltre quello fiscale.

Un altro elemento distintivo, ancora più marcato, tra le due norme è da trovarsi nella differenza tra le «*operazioni prive di sostanza economica*» dell'articolo 10 *bis* e la «*costruzione o una serie di costruzioni [...] non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica*» dell'articolo 6. Il termine usato nella Direttiva permette di differenziare meglio

¹⁷⁸ RIZZARDI R., *Evasione, elusione o legittimo risparmio d'imposta? I dubbi della direttiva DAC6*, in *Ipsos quotidiano*, 9 ottobre 2020, 2020.

¹⁷⁹ Articolo 6, Paragrafo 1, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁸⁰ Articolo 10 *bis*, comma 2, lettera b), della Legge 212/2000.

¹⁸¹ Articolo 6, Paragrafo 1, della Direttiva 2016/1164/UE.

¹⁸² Articolo 10 *bis*, comma 1, della Legge 212/2000.

¹⁸³ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.59.

l'elusione da ciò che è simulazione tramite la quale il contribuente pone in essere una condotta fraudolenta che sfocia nella frode fiscale¹⁸⁴. Secondo la dottrina¹⁸⁵ la "sostanza economica" ha come obiettivo quello di verificare la coerenza tra le operazioni attuate e gli scopi a cui ambisce il contribuente, mentre le "valide ragioni economiche" agevolano l'individuazione dei motivi per cui si è intrapresa l'operazione. Ancora la dottrina¹⁸⁶ sostiene che nella norma nazionale ci si ponga l'obiettivo di verificare se gli strumenti giuridici utilizzati siano idonei a raggiungere l'obiettivo economico cui il contribuente ambisce, invece la motivazione sulla base della quale è stata posta in essere l'operazione è rilevante per le valide ragioni economiche.

All'interno del medesimo orientamento¹⁸⁷, è stata comunque riconosciuta la sovrapposibilità delle due norme in esame evidenziando che quella comunitaria regola, oltre all'abuso del diritto, anche fattispecie simulatorie quando parla di operazioni "non genuine" sebbene anche quelle abusive siano da considerarsi tali. È solo in ambito nazionale che il legislatore ha voluto differenziare le due fattispecie dando rilevanza penale a quella simulatoria¹⁸⁸ e privando di tale gravità quella abusiva¹⁸⁹.

La sovrapposibilità delle due norme non è casuale. L'Italia si era già dotata di una clausola generale antiabuso in sede di recepimento della Direttiva "Madre-figlia" la cui disposizione in tema di abuso del diritto è stata successivamente ricalcata dalle Direttive ATAD. È per questo motivo che il recepimento delle Direttive ATAD non ha comportato una riforma dell'istituto dell'abuso del diritto in ambito nazionale.

2.2.2 La giurisprudenza comunitaria

A livello comunitario il principio dell'abuso del diritto è stato individuato dalla giurisprudenza.

La fattispecie dell'abuso del diritto nasce dalla considerazione che il rispetto della previsione letterale della norma non implica la possibilità di effettuare operazioni con effetti contrari agli scopi a cui ambisce il legislatore in sede di redazione della

¹⁸⁴ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.60.

¹⁸⁵ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.60.

¹⁸⁶ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.60.

¹⁸⁷ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.60.

¹⁸⁸ Normata dall'articolo 1, lettera g-bis) e articolo 3 del D.Lgs. 74/2000.

¹⁸⁹ Come previsto dall'articolo 10 bis, comma 13, della Legge 212/2000.

disposizione¹⁹⁰.

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) la verifica che una condotta sia abusiva richiede condizioni dalle quali risulti che, pur rispettando la normativa comunitaria, non si è arrivati allo scopo che si è prefissato il legislatore. Inoltre è necessario verificare la presenza di un elemento soggettivo quale l'intenzione di ottenere un vantaggio fiscale le cui condizioni per beneficiarne sono state artificialmente architettate¹⁹¹.

È solo a partire dal 2006 che la Corte di giustizia elabora una propria nozione di abuso del diritto in campo fiscale¹⁹². Secondo la CGUE il soggetto passivo non ha diritto di detrarre l'IVA assolta a monte se ciò deriva da operazioni che costituiscono una condotta elusiva¹⁹³. Ancora, ma in tema di imposte dirette, non si includono nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro gli utili realizzati dalla società estera controllata stabilita in altro Stato nel momento in cui tali utili siano assoggettati ad una minore imposizione fiscale rispetto a quella del primo Stato, tranne nel caso in cui il soggetto giuridico sia stato costituito per il solo fine di eludere le imposte¹⁹⁴. Per la Corte di giustizia¹⁹⁵ la condotta è abusiva quando le operazioni hanno il mero scopo, risultante da un insieme di elementi obiettivi, di procurare un vantaggio fiscale non previsto dal legislatore comunitario¹⁹⁶.

2.2.2.1 Causa C-255/02, 2006, Halifax

La banca Halifax svolgeva attività finanziaria esente IVA. Per la sua attività commerciale necessitava di quattro *call center* su terreni di proprietà o presi in locazione. Per porre in essere tale operazione si servì di una sua controllata alla quale vendette i diritti sugli immobili. Successivamente la controllata commissionò i lavori ad un'altra società terza. Ad Halifax spettava il pagamento anticipato dei lavori a favore della prima società la quale successivamente provvedeva a pagare la seconda. Questa serie di costruzioni¹⁹⁷

¹⁹⁰ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.45.

¹⁹¹ Corte di Giustizia, 14 dicembre 2020, Causa C-110/99, relativa al caso "Emsland-Stärke".

¹⁹² BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.45.

¹⁹³ Punto 85 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, Halifax.

¹⁹⁴ Punto 75 della Sentenza del 12 settembre 2006, Causa C-196/04, Cadbury Schweppes.

¹⁹⁵ Sia in Causa C-255/02 che in Causa C-196/04.

¹⁹⁶ BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, cit., p.46.

¹⁹⁷ Il termine "costruzioni" è da intendersi come sinonimo di operazioni.

poste in essere da *Halifax* aveva il mero scopo di ottenere la detrazione dell'IVA in capo alle controllate.

Il giudice del rinvio chiese alla Corte se la sesta direttiva¹⁹⁸ fosse atta ad ostacolare il diritto alla detrazione dell'IVA assolta a monte nel caso in cui le operazioni poste in essere integrino una condotta abusiva¹⁹⁹. *Halifax* difese la sua condotta asserendo che non vi era alcuna teoria dell'abuso del diritto comunitario in campo fiscale²⁰⁰. Di diversa veduta fu la Corte di giustizia che rilevò l'abuso del diritto come un principio generale dell'ordinamento comunitario²⁰¹.

La Corte di giustizia arrivò alla sua decisione con il seguente ragionamento:

- non ci si può servire fraudolentemente o abusivamente delle norme comunitarie²⁰²;
- la normativa comunitaria non include i comportamenti abusivi²⁰³;
- la sesta direttiva persegue i comportamenti relativi a frode, evasione ed abuso²⁰⁴;
- una condotta è abusiva se soddisfa due requisiti:
 - le operazioni realizzano un vantaggio fiscale contrario allo scopo della norma²⁰⁵; inoltre
 - il vantaggio fiscale è l'obiettivo essenziale delle operazioni²⁰⁶.

Nel caso specifico la Corte di giustizia affermò che è contrario alle norme della sesta direttiva e a quelle della legislazione nazionale la totale detrazione dell'IVA assolta a monte relativa ad operazioni che non danno diritto a tale beneficio²⁰⁷.

¹⁹⁸ Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CE. In materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari.

¹⁹⁹ Punto 61 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰⁰ Punto 62 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰¹ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, cit., p.274-275.

²⁰² Punto 68 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰³ Al punto 69 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*, i comportamenti abusivi sono relativi ad operazioni il cui scopo è il beneficio fiscale previsto dal diritto unionale. Inoltre al punto 70 la Corte applica il divieto di condotte abusive anche al settore IVA.

²⁰⁴ Punto 71 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰⁵ Punto 74 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰⁶ Punto 75 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰⁷ Punto 80 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

La stessa Corte indentificò i presupposti per la realizzazione della condotta abusiva²⁰⁸: le operazioni devono concedere un vantaggio fiscale contrario allo scopo della legge. Inoltre, le operazioni devono avere come scopo essenziale quello di ricevere un vantaggio fiscale e ciò deve emergere da elementi oggettivi.

Il giudice del rinvio sollevò anche un'altra questione: in quali termini l'IVA sia recuperabile ove sia accertato un comportamento abusivo²⁰⁹.

La Corte di giustizia rilevò che la sesta direttiva non trattava il problema del recupero dell'IVA²¹⁰ e pertanto la costituzione di una procedura per tale scopo era delegata agli Stati membri²¹¹. La Corte si preoccupò di chiarire che il comportamento abusivo non doveva essere sanzionato²¹² ma vi era il mero obbligo di rimborsare IVA indebitamente detratta²¹³. Così facendo le operazioni poste in essere per realizzare la condotta abusiva non venivano considerate dall'Amministrazione finanziaria nazionale²¹⁴ essendo quindi inefficaci sotto il profilo tributario-fiscale. In conclusione la Corte scelse di sanzionare la condotta con il disconoscimento degli effetti fiscali dell'operazione.

2.2.2.2 Causa C-662/13, 2015, *Surgicare*

La *Surgicare* era una società che costruì un centro ospedaliero in Portogallo tra il 2003 e il 2007. Nel periodo di costruzione del centro la società non aveva effettuato alcuna operazione attiva imponibile ai fini IVA accumulando così un consistente credito nei confronti dell'erario portoghese. Nel 2007 la *Surgicare* cedette la gestione del centro ospedaliero alla *Clinica Parque dos Poetas SA* che apparteneva allo stesso gruppo societario e aveva medesima compagna sociale. Dopo la cessione la *Surgicare* detraeva dall'imposta a debito il consistente credito accumulatosi tra il 2003 e il 2007. A seguito di una verifica fiscale da parte dell'Amministrazione tributaria portoghese²¹⁵, per i periodi d'imposta dal 2005 al 2007, venne constatato l'abuso del diritto al rimborso

²⁰⁸ Punto 86 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²⁰⁹ Punto 87 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²¹⁰ Punto 90 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²¹¹ Punto 91 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²¹² Per il comportamento abusivo, al tempo, non vi era un riferimento normativo che preveda l'applicazione di una sanzione.

²¹³ Punto 93 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²¹⁴ Punto 94 e 98 della Sentenza del 21 febbraio 2006, Causa C-255/02, *Halifax*.

²¹⁵ Chiamata *Fazenda Pública*.

dell'IVA perché la cessione dell'attività ad una società appositamente creata aveva esclusivamente lo scopo di detrarsi l'IVA assolta a monte derivante dall'acquisto di quanto necessario per la costruzione dell'ospedale. Diversamente, la società costruttrice non avrebbe potuto beneficiare della detrazione perché l'attività è esente IVA²¹⁶. Sulla base di ciò l'Amministrazione tributaria portoghese emanò un avviso di accertamento per l'IVA detratta. Successivamente la *Surgicare* contestò l'illegittimità dell'avviso avanti al *Tribunal Tributario de Lisboa* il quale respinse la contestazione. Più tardi la *Surgicare* presentava ricorso al *Supremo Tribunal Administrativo* contro il respingimento della contestazione. Il *Supremo Tribunal Administrativo* procedette chiedendo in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se il procedimento dell'amministrazione fiscale, previsto per le pratiche abusive di norme tributarie portoghesi, poteva applicarsi anche all'IVA, sebbene questa fosse un'imposta comunitaria²¹⁷.

La Corte di giustizia affermò che il contrasto alle pratiche evasive dell'IVA è di competenza di ogni ordinamento nazionale secondo il principio dell'autonomia procedurale. Pertanto è compito del legislatore nazionale indicare l'amministrazione incaricata di contrastare l'evasione dell'IVA oltre a definire le modalità di verifica della condotta in parola. Inoltre queste modalità non devono essere meno favorevoli di quelle comunitarie (principio di equivalenza) e non devono ostacolare l'esercizio di diritti unionali (principio di effettività)²¹⁸.

Pertanto spetta al giudice del rinvio valutare il rispetto dei principi²¹⁹ con i provvedimenti nazionali²²⁰.

Secondo la Corte il principio di effettività viene rispettato qualora nell'ordinamento interno venga riconosciuto il diritto alla difesa, la certezza del diritto e il procedimento si svolga regolarmente²²¹. La Corte rilevava il rispetto di tale principio nel caso di specie²²².

Secondo la Corte il principio di equivalenza viene rispettato qualora il procedimento di

²¹⁶ MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, cit., p.276.

²¹⁷ Punto 15 della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

²¹⁸ Punto 26 della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

²¹⁹ Ci si riferisce al principio di equivalenza e principio di effettività.

²²⁰ Punto 27 della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

²²¹ Punto 28 della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

²²² Punto 29 della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

diritto interno non contrasti con l'obiettivo comunitario della lotta all'evasione, all'elusione ed all'abuso²²³. Tale rispetto veniva confermato dalla stessa Corte segnatamente al caso in esame.

La Corte concluse che la direttiva comunitaria relativa all'IVA²²⁴ non impediva ad uno Stato membro di regolamentare un proprio procedimento interno atto a verificare se la condotta del contribuente sia da qualificarsi come abusiva²²⁵.

2.2.2.3 Causa C-6/16, 2017, Egiom SAS e Enka SA

La società *Egiom SAS*, con sede legale in Francia, era interamente controllata dalla *Enka SA*, con sede in Lussemburgo. La *Egiom SAS* subentrò nei diritti della società *Euro Stockage*. La *Enka SA* era a sua volta controllata al 99% dalla società cipriota *Warverley Star Investments Ltd* che era controllata totalmente dalla svizzera *Campsores Holding SA*²²⁶.

Tra il 2005 e il 2006 la società *Euro Stockage* erogò dividendi all'*Enka SA* senza versare la ritenuta alla fonte in quanto si avvaleva di un regime fiscale favorevole. A seguito di un accertamento fiscale l'Amministrazione finanziaria francese non riconobbe tale regime perché la società madre era controllata da un soggetto residente in uno Stato non membro UE. Di conseguenza la ritenuta alla fonte dei dividendi doveva essere applicata²²⁷.

Alla luce della richiesta del versamento delle ritenute, le società *Euro Stockage* ed *Enka SA* facevano ricorso poi respinto sia in primo²²⁸ che in secondo²²⁹ grado.

Le stesse ricorrevano al Consiglio di Stato francese²³⁰ che, sospendendo il procedimento, chiese alla Corte di giustizia di pronunciarsi in merito alla compatibilità dell'articolo 119²³¹ *ter* del codice generale francese delle imposte con il diritto

²²³ Punto 30 e 32 della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

²²⁴ Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, 28 novembre 2006.

²²⁵ Punto 34 e dichiarazione finale della Sentenza del 12 febbraio 2015, Causa C-662/13, *Surgicare*.

²²⁶ Punto 8 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Egiom SAS e Enka SA*.

²²⁷ Punto 9 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Egiom SAS e Enka SA*.

²²⁸ Avanti il *Tribunal administratif de Montreuil*.

²²⁹ Avanti la *Cour administrative d'appel de Versailles*.

²³⁰ Chiamato *Conseil d'État*.

²³¹ "MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, cit., p.276-277" spiega che l'articolo prevedeva il pagamento della ritenuta sui dividendi se questi erano distribuiti ad una società non residente in uno Stato membro che non dimostra che la partecipazione non ha lo scopo di beneficiarie dell'esonerazione dalla ritenuta.

dell'Unione europea²³². Nello specifico il giudice del rinvio chiedeva se l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva "Madre-figlia" e l'articolo 49 ovvero l'articolo 63 TFUE²³³ ostacolassero la previsione di legge nazionale che condizionava l'agevolazione fiscale ex articolo 5²³⁴, paragrafo 1, della direttiva "Madre-figlia" alla prova «*che la catena di partecipazioni*²³⁵» non avesse come scopo principale «*quello di trarre vantaggio dell'esenzione*²³⁶» normata.

Secondo la Corte di giustizia la normativa nazionale poteva essere valutata avendo riguardo all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva "Madre-figlia" ed alle disposizioni del diritto primario²³⁷.

La direttiva "Madre-figlia" prevede che siano neutrali²³⁸ gli utili distribuiti da una società residente in uno Stato membro alla società madre di altro Stato membro²³⁹.

L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva "Madre-figlia" consente l'applicazione della norma nazionale solo nel caso in cui essa abbia come fine quello di evitare frodi ed abusi²⁴⁰. Questa condizione viene definita "requisito di necessità²⁴¹".

Il "requisito di necessità" viene soddisfatto quando lo scopo della norma è «*ostacolare comportamenti*» atti a creare costruzioni artificiali, «*prive di effettività economica*» e il cui fine è la fruizione indebita di un'agevolazione fiscale²⁴².

La Corte constatava che la normativa oggetto di procedimento non mira ad estromettere dal beneficio fiscale le costruzioni artificiali il cui scopo è l'indebito godimento dell'agevolazione, ma è relativa a situazioni in cui una società madre, priva di sede in Francia, sia controllata da società residenti di Stati terzi²⁴³.

²³² Punto 13 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²³³ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

²³⁴ Al punto 14 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*, viene specificato che si tratta di «*esenzione dalla ritenute alla fonte degli utili distribuiti da una figlia residente ad una società madre non residente, qualora tale società madre sia controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati terzi*».

²³⁵ Punto 14 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²³⁶ Punto 14 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²³⁷ Punto 18 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²³⁸ Con il termine «neutralità» si intende dire che gli utili distribuiti dalla società figlia alla madre sono esenti dalla ritenuta alla fonte. Questa «neutralità» è prevista dall'articolo 5, paragrafo 1 della direttiva "Madre-figlia".

²³⁹ Punto 20 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴⁰ Punto 27 e 28 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴¹ Punto 29 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴² Punto 30 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴³ Punto 33 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

Inoltre il fatto che una società residente in uno Stato membro sia controllata (direttamente o indirettamente) da società residenti di Stati terzi non implica che si tratti di "costruzione artificiosa", priva di effetti economici, costituita con il mero scopo di beneficiare indebitamente dell'agevolazione fiscale²⁴⁴.

In conclusione la Corte affermava che la normativa francese inseriva una presunzione generale di frode e di abuso compromettendo lo scopo della direttiva europea: impedire la doppia imposizione degli utili distribuiti dalle società figlie alla società madre. Tale presunzione era da trovarsi nel fatto che la società madre doveva dimostrare che la catena di partecipazioni non aveva come scopo principale quello di beneficiare dell'esenzione. Oltretutto l'Amministrazione finanziaria francese non era obbligata a dimostrare la frode e l'abuso²⁴⁵.

Secondo la Corte il trattamento fiscale dei dividendi poteva essere visto sia dal punto di vista della libertà di stabilimento sia dal punto di vista della libera circolazione dei capitali²⁴⁶. Nel caso di specie la Corte rilevò che la questione dovesse essere esaminata avendo riguardo alla libertà di stabilimento²⁴⁷.

La Corte rilevava un ostacolo alla libertà di stabilimento perché la norma di diritto interno impediva ad una società madre non residente di costituire una società figlia di diritto francese²⁴⁸. Tale ostacolo era dovuto al fatto che l'esenzione della ritenuta alla fonte è condizionata dalla dimostrazione, da parte della società madre non residente, controllata (direttamente o indirettamente) da società residenti di Stati terzi, che la catena di partecipazioni non sia stata costituita *ad hoc* per beneficiare del vantaggio fiscale in parola. Al contrario, quando una società figlia distribuisce utili alla società madre residente, controllata (direttamente o indirettamente) da società residenti di Stati terzi, quest'ultima ha diritto all'esenzione della ritenuta alla fonte senza alcuna dimostrazione²⁴⁹.

Per contro, lo Stato francese sostenne che la normativa nazionale ostacolava la pratica

²⁴⁴ Punto 34 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴⁵ Punto 36 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴⁶ Punto 39 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴⁷ Punto 46 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴⁸ Punto 56 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

²⁴⁹ Punto 55 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Eqiom SAS e Enka SA*.

del “*treaty shopping*”²⁵⁰ ma tale obiettivo non poteva essere perseguito limitando la libertà di stabilimento²⁵¹.

Pertanto l’articolo 1, paragrafo 2, della direttiva sulle società madri e figlie, e l’articolo 49 TFUE impediscono alla disposizione tributaria francese di avere efficacia²⁵².

²⁵⁰ Con il termine “*treaty shopping*”, come spiegato nel punto 62 della sentenza, ci si riferisce ai casi in cui una società stabilita in un paese terzo eluda l’applicazione dell’aliquota della ritenuta alla fonte sui dividendi francesi al fine di godere di un’aliquota di imposta minore prevista dalla convenzione tra un altro stato membro e lo stesso paese terzo grazie all’esenzione dalla ritenuta alla fonte tra Stati membri di cui alla direttiva “Madre-figlia”.

²⁵¹ Punto 65 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Egiom SAS e Enka SA*.

²⁵² Punto 66 della Sentenza del 7 settembre 2017, Causa C-6/16, *Egiom SAS e Enka SA*.

CAPITOLO 2

LA RILEVANZA PENALE DELL'ELUSIONE FISCALE NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE E TRANSNAZIONALI

1. Operazioni straordinarie e relativa giurisprudenza

Le operazioni straordinarie devono essere attuate per validi motivi. Diversamente, l'Agenzia delle Entrate potrebbe contestarle perché rileva una condotta abusiva/elusiva²⁵³.

A seconda del tipo di operazione straordinaria variano i validi motivi per porla in essere.

I validi motivi per effettuare una fusione possono essere²⁵⁴:

- riduzione della concorrenza in un settore;
- rafforzamento della posizione dei soci di controllo;
- ottimizzazione della gestione finanziaria²⁵⁵.

I validi motivi per porre in essere una scissione possono essere²⁵⁶:

- ridefinizione dell'assetto proprietario dell'impresa;
- riorganizzazione dell'impresa;
- conferimento di autonomia giuridica ad una *business unit*;
- divisione della componente immobiliare da quella commerciale o operativa;
- scioglimento di compagini sociali litigiose;
- riduzione dei conflitti tra i diversi membri di una famiglia nei passaggi generazionali.

²⁵³ DEOTTO D., *Processi aggregativi, i rischi di abusività della condotta*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, numero 3, 10 marzo 2021, 2021, p.18.

²⁵⁴ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, GIAPPICHELLI EDITORE, 2016, p.9.

²⁵⁵ Si pensi che con la fusione i due patrimoni netti sommandosi migliorano l'indice di indebitamento.

²⁵⁶ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.15-16.

I validi motivi per compiere un affitto d'azienda sono diversi a seconda che si prenda in considerazione il locatore o l'affittuario²⁵⁷.

Per il locatore le finalità possono essere²⁵⁸:

- limitazione del rischio aziendale²⁵⁹;
- conservazione del valore aziendale date le garanzie previste dall'articolo 2561, comma 4²⁶⁰, del Codice Civile;
- affitto d'azienda in caso di fallimento²⁶¹ a condizione che tale operazione sia utile a vendere successivamente l'azienda²⁶².

Per l'affittuario le finalità possono essere²⁶³:

- minori risorse necessarie per l'avvio dell'attività;
- conoscenza delle peculiarità aziendali tramite la loro gestione;
- acquisto dell'azienda solo quando si è a conoscenza del potenziale del *business*;

Uno dei validi motivi per procedere ad una cessione quote può essere quello di realizzare strategie di aggregazione tra l'impresa di cui vengono cedute le quote e l'impresa che le riceve quando si tratta di assumere il controllo dell'impresa.

I validi motivi per fare un conferimento d'azienda sono diversi a seconda che si prenda in considerazione il conferente o il conferitario.

Per il conferente le finalità sono²⁶⁴:

- ridisegnare i confini dell'azienda posseduta realizzando processi di decentralizzazione o concentrazione nel *core business*;
- uscita da settori in cui non si sono raggiunte dimensioni sufficienti a sfruttare le economie di scala;

²⁵⁷ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.14-15.

²⁵⁸ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.14-15.

²⁵⁹ Si assicura una remunerazione certa derivante dal canone periodico.

²⁶⁰ Articolo 2561, comma 4, del Codice Civile: «La differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto».

²⁶¹ Previsto dall'articolo 104 *bis* della Legge fallimentare.

²⁶² MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.257.

²⁶³ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.257.

²⁶⁴ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.298.

- eliminazione di aree aziendali di insufficiente redditività o non più in linea con le strategie del *business*.

Per il conferitario le finalità sono²⁶⁵:

- diversificazione con l'ingresso in nuovi settori di attività;
- accrescimento dimensionale;
- acquisizione di quote di mercato con l'eliminazione di imprese concorrenti.

Nelle operazioni straordinarie i principali profili elusivi che l'Amministrazione finanziaria rileva sono quelli dell'utilizzo abusivo delle perdite, della deducibilità degli interessi passivi e della determinazione di salti d'imposta.

1.1 Fusione

Gli articoli dal 2501 al 2505 *quater* del Codice Civile disciplinano la fusione.

Ai sensi dell'articolo 2501, comma 1, del Codice Civile «*la fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società, o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre*»²⁶⁶.

Si parla di fusione propria quando l'unione tra due o più società comporta la costituzione di una *newco*²⁶⁷.

Si parla di fusione per incorporazione quando una società incorpora le altre che, di conseguenza, si estinguono²⁶⁸.

Qualora una società controllata incorpori la sua controllante si parla di fusione inversa²⁶⁹. I motivi per i quali è conveniente porre in essere una fusione inversa sono:

- la controllata ha un pacchetto di clienti e fornitori che vogliono interagire solo con lei e nessun altro. Se si attuasse una fusione per incorporazione questo pacchetto potrebbe venire meno;

²⁶⁵ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p.296-297.

²⁶⁶ Articolo 2501, comma 1, del Codice Civile.

²⁶⁷ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.63.

²⁶⁸ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.63-64.

²⁶⁹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.62.

- la controllata è proprietaria di un numero considerevole di beni iscritti in pubblici registri. La fusione per incorporazione comporterebbe un notevole pagamento di imposte e professionisti;
- la controllata ha un numero di dipendenti superiore a quello della controllante. Con una fusione per incorporazione si rischierebbe di inserire i dipendenti in una struttura che non li possa contenere tutti;
- la controllata, a differenza della controllante, è quotata in borsa. Con una fusione per incorporazione si perderebbero i benefici derivanti dalla quotazione dei titoli²⁷⁰.

Ciò che differenzia la fusione per incorporazione dalla fusione inversa è che al termine di quest'ultima l'incorporante detiene azioni proprie²⁷¹.

Alla fusione possono partecipare anche «*società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo*²⁷²» a patto che il liquidatore non abbia depositato il bilancio finale di liquidazione ed il piano di riparto ex articolo 2492 del Codice Civile²⁷³.

All'articolo 2501 *bis*, comma 1, del Codice Civile è prevista una particolare tipologia di fusione: «*Nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo*»²⁷⁴. Si tratta dell'operazione *Leveraged buy out* i cui *step* possono essere così riassunti²⁷⁵:

- una società acquisisce il controllo di un'altra società, chiamata *target*, mediante indebitamento²⁷⁶;
- le due società si fondono;

²⁷⁰ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.76-77.

²⁷¹ MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, cit., p. 155.

²⁷² Articolo 2501, comma 2, del Codice Civile.

²⁷³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.63.

²⁷⁴ Articolo 2501 *bis*, comma 1, del Codice Civile.

²⁷⁵ GIULIANO I. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, Insetto de *Il Sole 24 Ore*, Luglio 2016, 2016, p.96.

²⁷⁶ È possibile richiedere un finanziamento, attingere ad un'apertura di credito ovvero accendere un mutuo.

- il debito viene pagato con i futuri flussi di cassa generati *post* operazione di fusione.

L'operazione in esame può essere attuata anche con una variante che prende il nome di *Merger Leveraged buy out* i cui passi sono i seguenti²⁷⁷:

- viene utilizzata una società veicolo²⁷⁸, di nuova costituzione o già costituita, per l'acquisizione del controllo della società *target* mediante indebitamento;
- la società veicolo si fonde con la società *target*;
- il debito viene pagato con i futuri flussi di cassa generati *post* operazione di fusione.

Se si considera la fusione dal punto di vista fiscale questa, ai sensi dell'articolo 172, comma 1²⁷⁹ e comma 3²⁸⁰, del Dpr 917/1986, è un'operazione neutra ossia non soggetta a tassazione.

Non concorrono alla formazione del reddito neppure avanzi e disavanzi di fusione come sancito dall'articolo 172, comma 2²⁸¹, del Dpr 917/1986. Inoltre il disavanzo che emerge dall'operazione può essere utilizzato per rivalutare²⁸² i beni della società fusa o incorporata.

Tra i benefici fiscali derivanti dall'operazione di fusione vi è il diritto di usufruire delle

²⁷⁷ GIULIANO I. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.96.

²⁷⁸ La società veicolo prende il nome di *Special Purpose Vehicle – SPV* o *BidCo* o *NewCo*.

²⁷⁹ Il comma 1 dell'articolo 172 del Dpr 917/1986 recita «*La fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento*».

²⁸⁰ Il comma 3 dell'articolo 172 del Dpr 917/1986 recita «*Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa, fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7 e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87*».

²⁸¹ Il comma 2 dell'articolo 172 del Dpr 917/1986 recita «*Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcuna delle società fuse possedute da altre. I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo derivante dall'annullamento o dal concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società incorporata o fusa, non sono imponibili nei confronti dell'incorporante o della società risultante dalla fusione. Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti*».

²⁸² La rivalutazione ha effetti sul piano civilistico. Qualora si vogliano i medesimi effetti anche sul piano fiscale occorre affrancare ai sensi dell'articolo 172, comma 10 *bis*, del Dpr 917/1986 che richiama l'articolo 176, comma 2 *ter*, del Dpr 917/1986.

perdite fiscali pregresse ai sensi dell'articolo 172, comma 7²⁸³, del Dpr 917/1986.

Qualora tale beneficio sia una mera conseguenza dell'operazione di fusione esso è legittimo. Diverso è il caso in cui tale beneficio costituisca lo scopo²⁸⁴ dell'operazione di fusione: secondo la dottrina²⁸⁵ si rientrerebbe nel fenomeno dell'elusione fiscale²⁸⁶. È la stessa norma²⁸⁷ che prevede l'utilizzo delle perdite fiscali pregresse a condizionarne l'impiego prevedendo tre limiti:

- L'ammontare di ricavi, proventi, spese per prestazioni di lavoro subordinato e contributi, relativi all'ultimo esercizio, è superiore al quaranta per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori all'operazione di fusione;
- La perdita della società partecipante alla fusione è riportabile entro il limite del suo patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio;

²⁸³ Articolo 172, comma 7, del Dpr 917/1986: «Le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501 quater del Codice Civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425 del Codice Civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato e da altri enti pubblici. Se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione. In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione. Le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'articolo 96 del presente testo unico, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. Al fine di disapplicare le disposizioni del presente comma il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente».

²⁸⁴ Lo scopo è quello di alleggerire il carico fiscale dell'incorporante grazie al riporto delle perdite pregresse dell'incorporata. Nel caso di specie si parla di "commercio di bare fiscali".

²⁸⁵ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.84.

²⁸⁶ A parer mio la condotta è evasiva perché *contra legem*.

²⁸⁷ Ci si riferisce all'articolo 172, comma 7, del Dpr 917/1986.

- In caso di fusione con annullamento delle azioni della società conferente possedute dalla società beneficiaria, la perdita non è ammessa in diminuzione del reddito per un importo pari alla svalutazione delle azioni.

Sempre la stessa norma limita, nel medesimo modo, anche il riporto in avanti degli interessi indeducibili ex articolo 96, comma 5²⁸⁸, del Dpr 917/1986.

La fusione²⁸⁹ presenta caratteri elusivi quando non è posta in essere per rafforzare la struttura societaria bensì per conseguire indebitamente un vantaggio fiscale²⁹⁰.

Solo quando la fusione presenta “valide ragioni economiche” l’operazione non può essere contestata dall’Amministrazione finanziaria²⁹¹. Le “valide ragioni economiche” devono essere illustrate e giustificate nella relazione accompagnatoria degli amministratori al progetto di fusione di cui all’articolo 2501 *quinquies*, comma 1²⁹², del Codice Civile. A titolo esemplificativo e non esaustivo le “valide ragioni economiche” possono essere²⁹³:

- ottenimento della dimensione per competere sul mercato;
- ottimizzazione dei cicli produttivi e distributivi;
- ristrutturazione dell’assetto proprietario.

Di seguito verranno analizzate alcune casistiche ricorrenti in tema di elusione. L’operazione di *Merger Leveraged buy out* (di seguito anche *MLBO*) è lecita sul piano civilistico ai sensi dell’articolo 2501 *bis* del Codice Civile, rubricato “Fusione a seguito di

²⁸⁸ Articolo 96, comma 5, del Dpr 917/1986: «Gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati, che per effetto delle disposizioni dei commi 1 e 2 risultano indeducibili in un determinato periodo d'imposta, sono dedotti dal reddito dei successivi periodi d'imposta, per un ammontare pari all'eventuale differenza positiva tra:

a) la somma degli interessi attivi e dei proventi finanziari assimilati di competenza del periodo d'imposta e del 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica;

b) gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati di competenza del periodo d'imposta».

²⁸⁹ Per degli esempi di fusione si vedano il Parere n. 2 del 19 gennaio 2005 del Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive, per l’operazione elusiva di *merger leveraged buyout*, e il Parere n. 31 del 9 dicembre 2004 del Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive, per l’operazione non elusiva di fusione inversa.

²⁹⁰ Sul punto SORIANO G., *L’elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.87.

²⁹¹ Sul punto SORIANO G., *L’elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.89.

²⁹² Articolo 2501 *quinquies*, comma 1, del Codice Civile: «L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione deve predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione e in particolare il rapporto di cambio delle azioni o delle quote».

²⁹³ SORIANO G., *L’elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.89-90.

acquisizione con indebitamento” ma deve sottostare a specifici obblighi informativi e procedurali²⁹⁴:

- «*indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione*²⁹⁵»;
- allegare «*una relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti della società obiettivo o della società acquirente*²⁹⁶»;
- indicare «*le ragioni che giustificano l’operazione completa di un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere*²⁹⁷»;
- attestare «*la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione*²⁹⁸».

Lo scopo lecito dell’operazione è da trovarsi nella generazione di valore le cui modalità sono esposte nella relazione dell’organo amministrativo di cui all’articolo 2501 *quinquies* del Codice Civile. Tale scopo rispetta quanto previsto dall’articolo 10 *bis*, comma 3, della Legge 212/2000 che prevede una causa esimente della condotta abusiva²⁹⁹.

Ciò che l’Agenzia delle Entrate vuole ostacolare è l’erosione della base imponibile grazie alla deducibilità degli interessi passivi in capo prima alla *newco* e successivamente alla incorporante. L’Amministrazione finanziaria vede le *MLBO* come strumenti per beneficiare indebitamente della deducibilità degli interessi passivi. Al contribuente che voglia preventivamente tutelarsi da questa riqualificazione non serve altro che rispettare quanto previsto dall’articolo 2501 *bis*, comma 3, del Codice Civile. Sul tema della deducibilità degli interessi passivi si è espressa la stessa Agenzia delle Entrate³⁰⁰ secondo la quale le operazioni di *MLBO* hanno come ultimo *step* la fusione perché questa permette il pagamento del debito.

²⁹⁴ GIULIANO I. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.96.

²⁹⁵ Articolo 2501 *bis*, comma 2, del Codice Civile

²⁹⁶ Articolo 2501 *bis*, comma 5, del Codice Civile

²⁹⁷ Articolo 2501 *bis*, comma 3, del Codice Civile

²⁹⁸ Articolo 2501 *bis*, comma 4, del Codice Civile.

²⁹⁹ GIULIANO I. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.97.

³⁰⁰ Agenzia delle Entrate, Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E.

Ancora, l'operazione in parola risponde a finalità extrafiscali, previste dal Codice Civile, e pertanto non può essere considerata elusiva *tout court*³⁰¹. Di diversa opinione è la giurisprudenza³⁰² che riqualifica come abusiva la *MLBO*³⁰³.

Nelle imprese famigliari, durante la fase del passaggio generazionale, è necessario liquidare uno o più soci. Questa operazione comporta da un lato l'uscita di alcuni dei soci famigliari dall'altro l'incremento della quota di partecipazione dei restanti ovvero l'ingresso di nuovi soci. Si tratta di porre in essere una particolare operazione che prende il nome di *family cash out* la quale altro non è che una sottocategoria del *leveraged cash out*. Tale operazione consiste in una serie di atti che prevedono, previa rivalutazione fiscale, la cessione di quote dotate di riserve di utili della società (di seguito *target*). L'acquirente delle quote è una *newco* la cui compagine sociale è data da tutti i cedenti le quote della *target*, da alcuni di essi e/o da loro famigliari. La *target* distribuisce dividendi alla *newco* che utilizza questa liquidità per pagare il debito verso i soci relativo all'acquisto delle partecipazioni nella *target*³⁰⁴.

La prassi amministrativa³⁰⁵ ha preso in considerazione un'operazione in cui i soci persone fisiche della *target* rivalutano le partecipazioni ai fini fiscali e successivamente le vendono ad un'altra società, partecipata da uno dei quattro soci cedenti e dai suoi due figli, che viene poi incorporata dalla *target*. Il genitore cedente, sebbene sia socio di minoranza della società veicolo, detiene poteri nella *target* che non fanno pensare ad un effettivo disinvestimento dalla stessa. Nel principio in esame l'Agenzia affermava che qualora il genitore cedente detenga ancora poteri nella società *target* si è di fronte ad un'operazione posta in essere per ottenere un indebito vantaggio fiscale. Ne deriva che non vi è un disinvestimento reale della partecipazione e pertanto il contribuente ha aggirato la norma sulla rivalutazione fiscale delle partecipazioni. Ne consegue un vantaggio fiscale indebito relativamente all'opportunità di incassare gli utili della *target* senza che vi sia un reale disinvestimento delle partecipazioni vendute. Inoltre l'operazione risulta non avere alcuna sostanza economica perché gli unici vantaggi che

³⁰¹ GIULIANO I. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.98.

³⁰² Cass. Civ., 21 gennaio 2011, n. 1372 e Commissione Tributaria Regionale di Milano, 11 settembre 2014, n. 4539.

³⁰³ GIULIANO I. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.100-102.

³⁰⁴ MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, volume 9, fascicolo 1, 2021, p.2.

³⁰⁵ Agenzia delle Entrate, Principio di diritto del 23 luglio 2019, n. 20.

produce sono di natura fiscale. Pertanto si tratta di operazione elusiva perché di natura circolare. Per evitare di integrare la condotta abusiva il contribuente avrebbe potuto rifiutare i poteri gestori nella *target*³⁰⁶.

Sempre l'Amministrazione finanziaria³⁰⁷ esamina un'operazione di *family cash out* in cui gli acquirenti delle partecipazioni sono i figli soci paritetici in una *newco* mentre i genitori, essendo i cedenti, uscirebbero dalla *target* lasciando il potere di amministrare alla stessa prole. Secondo l'Ufficio il caso è in realtà un recesso atipico atto a far conseguire un vantaggio fiscale in capo ai cedenti. L'operazione che doveva porsi in essere era il recesso tipico che si realizza mediante rimborso del valore della partecipazione e determina un reddito da capitale in capo ai genitori. Ecco che, effettuando invece il recesso atipico, in capo ai cedenti non si genera alcun reddito imponibile e pertanto vi è un vantaggio fiscale da qualificarsi come indebito. Inoltre all'operazione manca la sostanza economica perché non vi sono valide ragioni extrafiscali a suo sostegno ma solo negozi giuridici superflui. Le conclusioni dell'Amministrazione finanziaria non possono che collidere con il Codice Civile che all'articolo 2469 del Codice Civile prevede il recesso mediante la cessione di partecipazioni³⁰⁸.

Di diverse vedute è la stessa Agenzia delle Entrate³⁰⁹ la quale non reputa elusiva l'operazione di cessione di partecipazioni, rivalutate in precedenza, possedute dai soci uscenti. Nella stessa risposta l'Agenzia delle Entrate sottolinea che è elusiva l'operazione di *family cash out* laddove i soci cedenti reinvestano, anche in parte e in minoranza, nella *newco* che acquista la partecipazione rivalutata perché l'operazione da porre in essere sarebbe quella del recesso tipico³¹⁰.

Successivamente l'Ufficio³¹¹ ha precisato che i soci cedenti sono liberi tra recesso tipico e recesso atipico ma ciò viene meno qualora il socio reinvesta nella *newco* anche se ottiene una partecipazione di minoranza³¹².

³⁰⁶ MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, cit., p.5.

³⁰⁷ Agenzia delle Entrate, Interpello del 23 agosto 2019, n. 341.

³⁰⁸ MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, cit., p.5-7.

³⁰⁹ Agenzia delle Entrate, Interpello del 5 agosto 2020, n. 242.

³¹⁰ MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, cit., p.7.

³¹¹ Agenzia delle Entrate, Interpello del 5 gennaio 2021, n. 4.

³¹² MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, cit., p.7.

Di diverse vedute è la dottrina³¹³ secondo la quale in caso di *change of control* reinvestimento relativo ad una partecipazione di minoranza non è elusivo se i diritti di *governance* non permettono al socio minoritario di avere un controllo di fatto. In conclusione in merito all'operazione di *family cash out*, il contribuente può scegliere tra recesso tipico e atipico a condizione che i soci cedenti non conservino posizioni sociali, anche minoritarie, nella *newco* o detengano i poteri gestori formali o *de facto*³¹⁴.

Di pari interesse è l'operazione di fusione in luogo della liquidazione.

Si pensi al caso in cui si voglia estinguere una società. Si hanno di fronte due strade: fusione o liquidazione. La prima neutra fiscalmente, la seconda realizzativa. Si potrebbe pensare che porre in essere una fusione possa configurare abuso perché l'operazione naturale per estinguere una società è la liquidazione. Non è così: le due operazioni sono sullo stesso piano e pertanto si tratta di lecito risparmio d'imposta di cui all'articolo 10 *bis*, comma 4, della Legge 212/2000³¹⁵.

La Relazione illustrativa³¹⁶ al D.Lgs. 128/2015, che introdusse l'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000, affermava che non vi è abuso del diritto qualora per estinguere una società si percorra la strada della fusione e non quella della liquidazione. Ciò rimane ancora valido anche se si nota che la fusione è fiscalmente neutrale mentre la liquidazione è realizzativa. Questo è dovuto al fatto che l'ordinamento tributario non si pronuncia sul preferire l'una all'altra operazione e pertanto esse sono messe sullo stesso piano³¹⁷. Si viene così ad escludere che la fusione possa essere considerata elusiva perché posta in essere in luogo della liquidazione. Rimane il fatto che la condotta è abusiva qualora si attui una fusione con una "bara fiscale", altrimenti destinata alla liquidazione, al mero scopo di beneficiare delle perdite fiscali pregresse. In alcuni casi si tratterebbe addirittura di evasione qualora la disposizione di cui all'articolo 172, comma 7, del Dpr 917/1986 non venga ottemperata perché, trattandosi di norma antiabusiva specifica, il suo mancato rispetto configura un comportamento *contra legem* e quindi penalmente rilevante³¹⁸.

³¹³ MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, cit., p.7.

³¹⁴ MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, cit., p.8.

³¹⁵ AA.VV., *Affitto d'azienda e fusione societaria – Analisi dei profili di abuso del diritto*, cit., p.6.

³¹⁶ Governo - XVII Legislatura, Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, 21 luglio 2015, 2015.

³¹⁷ MAGNANI L. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.117.

³¹⁸ MAGNANI L. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.119.

La *ratio* della norma antielusiva ex articolo 172, comma 7, del Dpr 917/1986 è di contrastare il “commercio della bare fiscali”³¹⁹.

Tale norma pone due limiti al riporto delle perdite fiscali pregresse *post* fusione (e scissione)³²⁰:

- qualitativo, relativo al superamento del “test di vitalità”³²¹;
- quantitativo, relativo al “limite del patrimonio netto”³²².

Il limite qualitativo verifica il depotenziamento *ad hoc* (o volontario) della società *ante* fusione³²³.

Il limite quantitativo evita di usufruire delle perdite pregresse qualora queste superino il patrimonio netto e pertanto limita il vantaggio fiscale da queste derivanti³²⁴.

È sempre in quest’ottica che vengono esclusi i versamenti e conferimenti degli ultimi ventiquattro mesi *ante* fusione. Si parla in questo caso di “potenziamenti volontari” atti ad aumentare l’importo delle perdite pregresse riportabili perché si incrementa il patrimonio netto³²⁵.

Ecco che quello che rileva al fine della norma in esame è³²⁶:

- la verifica di una società vitale, non depotenziata *ad hoc*;
- il “patrimonio netto effettivo” cioè quello non potenziato volontariamente.

Per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva ex articolo 172, comma 7, del Dpr 917/1986 è necessario dimostrare che la società non è una “bara fiscale” e che l’operazione (di fusione o scissione) non ha come scopo essenziale la compensazione delle perdite fiscali pregresse con gli utili imponibili³²⁷.

Di particolare interesse è il caso in cui vi sia fusione tra due società aventi la stessa

³¹⁹ ZANETTI E., *Disapplicazione integrale per i limiti al riporto delle perdite post fusione*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 3 gennaio 2019, 2019.

³²⁰ ZANETTI E., *Con patrimonio effettivo capiente disapplicazione al riporto perdite post fusione*, in *Eutekne.info*, 11 febbraio 2019, 2019.

³²¹ Ammontare di ricavi e proventi dell’attività caratteristica, nonché un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, superiore al quaranta per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.

³²² Le perdite vengono riportate per un importo massimo pari al patrimonio netto.

³²³ Agenzia delle Entrate, Principio di diritto del 15 ottobre 2018, n.6.

³²⁴ ZANETTI E., *Disapplicazione integrale per i limiti al riporto delle perdite post fusione*, cit.

³²⁵ ZANETTI E., *Disapplicazione integrale per i limiti al riporto delle perdite post fusione*, cit.

³²⁶ ZANETTI E., *Disapplicazione integrale per i limiti al riporto delle perdite post fusione*, cit.

³²⁷ ZANETTI E., *Disapplicazione integrale per i limiti al riporto delle perdite post fusione*, cit.

compagine sociale. Nella fattispecie non è stata rilevata la natura elusiva dell'operazione³²⁸.

Qualora la fusione comprenda almeno una società di comodo³²⁹ non vi sono profili elusivi trattandosi di lecito risparmio d'imposta: il legislatore ha previsto la disciplina delle società non operative per disincentivare la loro costituzione e pertanto l'operazione di fusione non è *contra legem* e non aggira la disposizione dell'articolo 30³³⁰ della legge 724/1994^{331 332}.

1.1.1 Cassazione civile, sez. trib., 16 gennaio 2019, n. 868 - A.A. & C. s.p.a

L'Amministrazione finanziaria contestava la natura elusiva dell'operazione di *Leveraged buy out* perché una società in salute non avrebbe avuto motivo di ricorrere all'indebitamento e dedurre i relativi interessi passivi³³³.

La norma violata con l'operazione era quella di cui all'articolo 2358³³⁴ del Codice Civile ma lo stesso testo normativo prevedeva una deroga alla disposizione nell'articolo 2501 *bis* rubricato "Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento", introdotto successivamente al periodo d'imposta in cui l'operazione era stata attuata³³⁵.

Se il giudice di primo grado diede ragione all'Ufficio, di diverso parere fu il secondo giudice per il quale non vi era elusione perché l'operazione aveva lo scopo di far uscire alcuni soci e far entrare degli altri con adeguate risorse finanziarie. A conferma di questo

³²⁸ AA.VV., *Affitto d'azienda e fusione societaria – Analisi dei profili di abuso del diritto*, cit., p.4. A riguardo si prenda a riferimento il Parere n. 24 del 12.11.2004 del Comitato Consultivo per le norme antielusive.

³²⁹ La disciplina della società "non operativa", o di comodo, è all'articolo 30 della Legge 724/1994 secondo il quale:

- La società deve dichiarare un reddito imponibile minimo ed una base imponibile minima IRAP;
- L'IRES è maggiorato del 10,5%;
- L'utilizzo del credito IVA è limitato.

³³⁰ Articolo 30 della Legge 724/1994.

³³¹ Legge 23 dicembre 1994, n.724.

³³² AA.VV., *Affitto d'azienda e fusione societaria – Analisi dei profili di abuso del diritto*, cit., p.5-6.

³³³ SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, in www.iltributario.it, 3 maggio 2019, 2019, p.2.

³³⁴ Articolo 2358, comma 1, del Codice Civile: «La società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, nè fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, se non alle condizioni previste dal presente articolo».

³³⁵ SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, cit., p.8.

vi era l'aumento del reddito imponibile *post* operazione³³⁶.

L'Agenzia delle Entrate propose ricorso per Cassazione asserendo che lo scopo dell'operazione era quello di iscrivere, per cinque periodi d'imposta, nel conto economico interessi passivi deducibili e l'ammortamento degli oneri finanziari capitalizzabili³³⁷.

Secondo la Corte di Cassazione l'operazione non era da ritenersi elusiva perché non finalizzata a beneficiare di un risparmio d'imposta indebito³³⁸:

- le valide ragioni economiche erano da trovarsi nel cambio della compagine sociale, come sostenuto dal giudice di seconde cure;
- la deducibilità degli interessi passivi e delle quote di ammortamento costituivano un lecito risparmio d'imposta.

L'Amministrazione finanziaria non riuscì a dimostrare che l'unico scopo dell'operazione era quello di ottenere un vantaggio fiscale ovvero che sussistesse un intento fraudolento il quale avrebbe potuto portare alla rilevanza penale della condotta³³⁹.

1.2 Scissione

Gli articoli dal 2506 al 2506 *quater* del Codice Civile disciplinano la scissione.

Ai sensi dell'articolo 2506, comma 1, del Codice Civile «*con la scissione una società³⁴⁰ assegna l'intero³⁴¹ suo patrimonio a più società, preesistenti³⁴² o di nuova costituzione³⁴³, o parte³⁴⁴ del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci*»³⁴⁵.

³³⁶ SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, cit., p.2.

³³⁷ SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, cit., p.3.

³³⁸ SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, cit., p.3.

³³⁹ SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, cit., p.9.

³⁴⁰ Prende il nome di scissa.

³⁴¹ Si parla di scissione totale.

³⁴² Prendono il nome di beneficiarie.

³⁴³ Prendono il nome di scissionarie.

³⁴⁴ Si parla di scissione parziale.

³⁴⁵ Articolo 2506, comma 1, del Codice Civile.

Solo nel caso di scissione totale la società scissa è destinata ad estinguersi³⁴⁶.

Nella scissione si differenziano quella proporzionale da quella non proporzionale. Nella scissione proporzionale i soci della scissa ottengono azioni o quote della beneficiaria/scissionaria in proporzione a quanto detenevano nella scissa³⁴⁷. Nella scissione non proporzionale³⁴⁸ i soci della scissa ottengono azioni o quote di una o dell'altra beneficiaria/scissionaria³⁴⁹.

Nella scissione parziale³⁵⁰ occorre definire cosa si intenda per "parte del suo patrimonio". Secondo la dottrina³⁵¹ la scissa può assegnare alla beneficiaria qualunque bene patrimoniale, tant'è che è possibile conferire anche un solo bene o diritto.

Anche la scissione dal punto di vista fiscale, ai sensi dell'articolo 173, comma 1³⁵² e comma 3³⁵³, del Dpr 917/1986, è un'operazione neutra ossia non soggetta a tassazione. Secondo la dottrina³⁵⁴ l'operazione di scissione è fiscalmente neutrale perché non implica il trasferimento dei beni della scissa ai suoi soci, ma permette la prosecuzione del rapporto sociale sotto un diverso soggetto giuridico.

Non concorrono alla formazione del reddito neppure avanzi e disavanzi di scissione come sancito dall'articolo 173, comma 2³⁵⁵, del Dpr 917/1986. Inoltre il disavanzo che

³⁴⁶ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.97.

³⁴⁷ Per un esempio di scissione totale proporzionale si veda la nota 267 di SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.98-99.

³⁴⁸ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.99 spiega che la scissione totale non proporzionale è spesso utilizzata per risolvere dissidi tra i soci della scissa.

³⁴⁹ Per un esempio di scissione totale non proporzionale si veda la nota 269 di SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.99-100.

³⁵⁰ La società scissa trasferisce parte del suo patrimonio ad una o più società preesistenti, anche chiamate beneficiarie, ovvero di nuova costituzione, anche chiamate scissionarie.

³⁵¹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.101.

³⁵² Articolo 173, comma 1, del Dpr 917/1986: «*La scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento*».

³⁵³ Articolo 173, comma 3, del Dpr 917/1986: «*Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società scissa, fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7, e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87*».

³⁵⁴ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.102.

³⁵⁵ Articolo 173, comma 2, del Dpr 917/1986: «*Nella determinazione del reddito delle società partecipanti alla scissione non si tiene conto dell'avanzo o del disavanzo conseguenti al rapporto di cambio delle azioni o quote ovvero all'annullamento di azioni o quote a norma dell'articolo 2506-ter del Codice Civile. In quest'ultima ipotesi i maggiori valori iscritti per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo riferibile all'annullamento o al concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società scissa, non sono imponibili nei confronti della beneficiaria. Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi,*

emerge dall'operazione può essere utilizzato per rivalutare³⁵⁶ il bene della società scissa.

Tra i benefici fiscali derivanti dall'operazione di scissione vi è il diritto di usufruire delle perdite fiscali pregresse ai sensi dell'articolo 173, comma 10³⁵⁷, del Dpr 917/1986 che prevede stesse condizioni e limiti della fusione. Sennonché, in fase di attribuzione del patrimonio della scissa può sorgere il dubbio su quanto destinare alle beneficiarie/scissionarie. Su questo aspetto il legislatore ha previsto una norma *ad hoc*: l'articolo 173, comma 4³⁵⁸, del Dpr 917/1986.

La scissione è di per sé lecita ma se posta in essere aggirando obblighi e divieti imposti dall'ordinamento al fine di ottenere un indebito risparmio d'imposta, oltre ad essere priva di valide ragioni economiche, allora è un'operazione elusiva³⁵⁹.

La scissione è spesso utilizzata per separare rami d'azienda senza optare per altri tipi di operazioni non neutrali fiscalmente³⁶⁰. Nel corso del tempo una pratica che si è diffusa grazie a questa caratteristica è lo *spin-off* immobiliare. Esso consiste nella separazione del ramo operativo da quello immobiliare facenti capo ad una stessa società. Anzitutto occorre rilevare quali possano essere le valide ragioni economiche per attuare un'operazione di questo tipo³⁶¹:

facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi, i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti».

³⁵⁶ La rivalutazione ha effetti sul piano civilistico. Qualora si vogliano i medesimi effetti anche sul piano fiscale occorre affrancare ai sensi dell'articolo 173, comma 15 *bis*, del Dpr 917/1986 che richiama l'articolo 176, comma 2 *ter*, del Dpr 917/1986.

³⁵⁷ Articolo 173, comma 10, del Dpr 917/1986: «*Alle perdite fiscali, agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'articolo 96 del presente testo unico, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, delle società che partecipano alla scissione si applicano le disposizioni del comma 7 dell'articolo 172, riferendosi alla società scissa le disposizioni riguardanti le società fuse o incorporate e alle beneficiarie quelle riguardanti la società risultante dalla fusione o incorporante ed avendo riguardo all'ammontare del patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione di cui all'articolo 2506-bis del Codice Civile, ovvero dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2506-ter del Codice Civile*».

³⁵⁸ Articolo 173, comma 4, del Dpr 917/1986: «*Dalla data in cui la scissione ha effetto, a norma del comma 11, le posizioni soggettive della società scissa, ivi compresa quella indicata nell'articolo 86, comma 4, e i relativi obblighi strumentali sono attribuiti alle beneficiarie e, in caso di scissione parziale, alla stessa società scissa, in proporzione delle rispettive quote del patrimonio netto contabile trasferite o rimaste, salvo che trattasi di posizioni soggettive connesse specificamente o per insiemi agli elementi del patrimonio scisso, nel qual caso seguono tali elementi presso i rispettivi titolari*».

³⁵⁹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.107-108.

³⁶⁰ Si pensi alla cessione del ramo d'azienda o alla vendita dei beni che compongono l'azienda. Entrambe possono generare plusvalenza o minusvalenza.

³⁶¹ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.109-110.

- alleggerimento della struttura societaria;
- risoluzione di un disaccordo tra soci³⁶².

L'operazione di *spin-off* immobiliare può essere attuata ricorrendo a due tipologie di scissione: scissione parziale proporzionale o scissione parziale non proporzionale³⁶³. Per la prima tipologia si riporta un esempio³⁶⁴: la società X S.p.a. trasferisce la sua azienda commerciale alla *newco* beneficiaria S.r.l.. In capo alla scissa rimane il ramo immobiliare. L'operazione ha mantenuto i valori fiscali dell'azienda e pertanto non ha comportato indebiti vantaggi fiscali, è sorretta da valide ragioni economiche e non aggira alcuna norma tributaria. Pertanto l'operazione non è da ritenersi elusiva. Diversamente l'operazione avrebbe potuto essere elusiva qualora fosse stata il primo *step* di una serie di negozi giuridici atti alla cessione delle quote societarie al mero scopo di «*spostare la tassazione dai beni di primo grado³⁶⁵ ai beni di secondo grado³⁶⁶, soggetti quest'ultimi ad un regime di tassazione³⁶⁷» minore.*

Per la seconda tipologia si riporta un esempio³⁶⁸: la società X&C s.n.c. ha una compagine sociale composta da A e B, entrambi con il trenta per cento, e dalle rispettive consorti C e D, entrambe con il venti per cento. Si pone in essere una scissione parziale non proporzionale assegnando i due fabbricati della scissa alle due scissionarie i cui soci sono:

- A, che detiene il sessanta per cento, e C, che detiene il quaranta per cento, nella prima *newco*;
- B e D, che mantengono le stesse percentuali di A e C, nella seconda *newco*.

L'operazione non è da ritenersi elusiva per gli stessi motivi del primo esempio. L'operazione avrebbe potuto essere elusiva per gli stessi scopi dell'esempio precedente. Consideriamo ora un caso di scissione totale non proporzionale³⁶⁹ in cui la società

³⁶² È possibile ottenere la risoluzione di un disaccordo tra soci solo attraverso una scissione parziale non proporzionale.

³⁶³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p. 110.

³⁶⁴ Comitato consultivo, Parere del 24 febbraio 2005, n. 5.

³⁶⁵ In questo caso i beni di primo grado sono gli immobili.

³⁶⁶ In questo caso i beni di secondo grado sono le quote di partecipazione.

³⁶⁷ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.112.

³⁶⁸ Comitato consultivo, Parere del 12 aprile 2006, n. 11.

³⁶⁹ Comitato consultivo, Parere del 22 dicembre 2003, n. 18.

immobiliare X s.r.l. si scinde in tre società immobiliari scissionarie ciascuna delle quali di proprietà di uno dei tre soci della scissa. Risulta chiaro l'unico scopo dell'operazione: il vantaggio fiscale dovuto alla neutralità fiscale dell'operazione. Per questo motivo l'operazione è elusiva.

L'operazione di *spin-off* immobiliare a seconda dei casi può essere considerata elusiva o meno da parte dell'Agenzia delle Entrate:

- si è di fronte ad elusione quando la scissione ha come obiettivo la cessione di partecipazione nella beneficiaria cui è stata attribuita l'azienda con esclusione della componente immobiliare rimasta in campo alla scissa³⁷⁰;
- non è elusiva la scissione parziale proporzionale con l'attribuzione del ramo immobiliare alla beneficiaria *newco* e la permanenza del ramo commerciale nella scissa nel caso in cui a tale operazione non segua la cessione delle partecipazioni. Le valide ragioni economiche sono da trovarsi nello scopo di separare il ramo commerciale da quello immobiliare³⁷¹.

Solitamente le scissioni vengono realizzate a seguito di dissidi tra soci o nei passaggi generazionali. Il passaggio dei beni aziendali dalla scissa alla beneficiaria o scissionaria avviene in continuità dei valori fiscali e pertanto non viene rilevata alcuna plusvalenza o minusvalenza. Questa neutralità fiscale è dovuta al fatto che la scissa non riceve alcun corrispettivo a differenza di quanto accade in caso di cessione d'azienda in capo alla cedente. Questa differenza è alla base di un uso distorto dell'istituto della scissione, fiscalmente neutrale, a discapito di quello della cessione d'azienda, fiscalmente realizzativa³⁷².

La scissione può essere posta in essere prima della cessione delle partecipazioni sociali quando si vuole dividere l'azienda o un suo ramo oggetto di cessione rispetto agli altri elementi dello stato patrimoniale³⁷³.

L'Amministrazione finanziaria individua una condotta elusiva laddove la scissione costituisca un mero passaggio intermedio rispetto alla cessione di partecipazioni nella

³⁷⁰ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 2 ottobre 2009, n. 256.

³⁷¹ Comitato consultivo, Parere del 9 maggio 2007, n. 23 e Parere del 3 marzo 2005, n. 5.

³⁷² PIROLA R., TIRONI C. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.109.

³⁷³ PIROLA R., TIRONI C. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.109.

scissa ovvero nella beneficiaria. La condotta elusiva risiede nel fatto che non vi sono valide ragioni economiche a sostegno che la scissione non avesse il mero scopo di creare delle scatole con cui favorire la circolazione di rami d'azienda operativi o immobiliari beneficiando, ed ecco qui il solo ed indebito vantaggio fiscale, del minor carico fiscale delle partecipazioni rispetto ad aziende, rami d'azienda ed immobili i quali generano plusvalenze e minusvalenze imponibili³⁷⁴.

Ecco che il contribuente si trova costretto a valutare a priori la sussistenza di eventuali profili elusivi/abusivi del diritto e, qualora avesse ancora dubbi a riguardo, a presentare interpello antiabuso ex articolo 11, comma 1, lettera c), della Legge 212/2000³⁷⁵.

Merita un ulteriore approfondimento la scissione non proporzionale che è spesso presa di mira dall'Agenzia delle Entrate. L'Amministrazione finanziaria vede la scissione non proporzionale come un'assegnazione ai singoli soci di determinate parti del patrimonio della scissa evitando operazioni che non sono fiscalmente neutrali come la liquidazione, l'assegnazione di beni ai soci, la permuta di partecipazioni dopo una scissione proporzionale. Questo non vuol dire che ogni operazione di scissione non proporzionale sia elusiva a prescindere: difatti se i dissidi tra i soci che inducono a porre in essere tale operazione costituiscono la valida ragione economica della scissione allora la condotta non è abusiva³⁷⁶. Si pensi anche alla serie di negozi giuridici che si dovrebbero porre in essere per evitare di effettuare una scissione non proporzionale: liquidazione, assegnazione dei beni ai soci, conferimento in *newco* dei beni oggetto della disaggregazione. Ancora una volta si rileva che scissione e liquidazione non hanno le stesse valide ragioni economiche per essere poste in essere e pertanto i motivi alla base dei quali si opta per una o per l'altra operazione sono diversi. In caso di dissidio tra soci che vogliono proseguire autonomamente l'attività, l'operazione più immediata da porre in essere è la scissione non proporzionale. Nel caso di dissidio tra soci che non vogliono proseguire l'attività d'impresa si configura la scelta del recesso, se si tratta di alcuni soci, ovvero della liquidazione, se la totalità della compagine sociale non sia più interessata ad operare tramite il soggetto giuridico.

³⁷⁴ PIROLA R., TIRONI C. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.110.

³⁷⁵ PIROLA R., TIRONI C. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p.111-112.

³⁷⁶ Sul punto si veda Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 22 settembre 2007, n. 56.

Nel corso degli anni l'Ufficio è tornato più volte ad esprimersi sulla scissione elusiva. Nel 2017 l'Agenzia delle Entrate³⁷⁷ ha ritenuto legittima l'operazione di scissione proporzionale con successiva cessione delle partecipazioni, previamente oggetto di rivalutazione. L'Amministrazione finanziaria riteneva che in caso sia lo stesso sistema fiscale ad offrire più percorsi giuridici, il contribuente possa scegliere quello fiscalmente meno oneroso, a prescindere dalla sussistenza o meno di valide ragioni economiche. Quindi se l'ordinamento tributario consente l'utilizzo di più forme giuridiche, il contribuente può legittimamente scegliere quella meno onerosa fiscalmente, senza necessità di addurre valide ragioni economiche a fondamento delle operazioni, proprio perché quest'ultime già trovano ragione e giustificazione nel sistema³⁷⁸. Inoltre l'Amministrazione finanziaria ha riconosciuto che l'azienda può circolare sia mediante cessione diretta sia mediante cessione indiretta avendo entrambe le opzioni pari dignità fiscale³⁷⁹.

Di recente l'Ufficio³⁸⁰ ha ritenuto elusiva la scissione facente parte di una serie di negozi giuridici atti alla creazione di una società alla quale veniva assegnata una partecipazione da cedere al mero scopo di mitigare la tassazione sulla plusvalenza derivante dalla cessione³⁸¹.

È indubbio che la scissione societaria può essere attuata per liquidare rami aziendali³⁸² in perdita pur rispettando la tutela dei creditori sociali *ex* articolo 2506 *quater*, comma 3³⁸³, del Codice Civile. Diversamente, dall'elusione della norma in parola deriva la

³⁷⁷ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 25 luglio 2017, n. 97.

³⁷⁸ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p.193.

³⁷⁹ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p.203-204.

³⁸⁰ Agenzia delle Entrate, Interpello del 2 febbraio 2021, n. 78.

³⁸¹ DEOTTO D., *Abuso del diritto, la prassi delle Entrate in cerca di stabilità*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, fascicolo 3, 10 marzo 2021, 2021, p.29.

³⁸² Articolo 2506, comma 3, del Codice Civile: «*La società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività*».

³⁸³ Articolo 2506 *quater*, comma 3, del Codice Civile: «*Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*».

rilevanza penale della condotta ai sensi dell'articolo 2629³⁸⁴ del Codice Civile³⁸⁵.

Ai fini dell'analisi dell'elusività dell'operazioni di scissione vi sono elementi che depongono a favore dell'operazione³⁸⁶ e altri³⁸⁷ che rivelano intenti potenzialmente elusivi³⁸⁸.

Altro aspetto elusivo della scissione potrebbe essere quello di porla in essere al mero scopo di assegnare i beni a società di "mero godimento" ex articolo 30 della Legge 724/1994. Da questa operazione fiscalmente neutrale verrebbe a crearsi un rinvio *sine die* della tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti³⁸⁹.

Occorre rilevare che un'azienda, o parte di essa, può circolare in due modi³⁹⁰:

- cessione "diretta", quando la società a cui appartiene l'azienda cede quest'ultima all'acquirente. Si configura una plusvalenza imponibile o una minusvalenza deducibile;
- cessione "indiretta", quando i soci della società a cui appartiene l'azienda cedono le loro partecipazioni a terzi realizzando una plusvalenza assoggettata:
 - alla *participation exemption*, se il socio è imprenditore ovvero società;
 - alle norme sul *capital gain* ex articolo 67 e 68 del Dpr 917/1986, se il socio è persona fisica non imprenditore.

³⁸⁴ Articolo 2629 del Codice Civile: «Gli amministratori che, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, effettuano riduzioni del capitale sociale o fusioni con altra società o scissioni, cagionando danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni».

³⁸⁵ MEOLI M., *Pericoli plurimi tra le pieghe della scissione*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 7 gennaio 2013, 2013.

³⁸⁶ Secondo ODETTO G., *Nelle scissioni totali, le cessioni delle quote sotto la lente del Fisco*, in *Eutekne.info*, 31 maggio 2010, 2010 la scissione non è elusiva se:

- Non c'è la volontà di cedere le quote a terzi;
- È presente un progetto imprenditoriale;
- Si registra l'operazione a valori contabili.

³⁸⁷ Secondo ODETTO G., *Nelle scissioni totali, le cessioni delle quote sotto la lente del Fisco*, cit. la scissione è elusiva se:

- Viene realizzata in luogo dell'assegnazione degli immobili;
- Viene costituita una società di comodo.

³⁸⁸ ODETTO G., *Nelle scissioni totali, le cessioni delle quote sotto la lente del Fisco*, cit.

³⁸⁹ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 26 luglio 2017, n. 98/E, p.6.

³⁹⁰ AA.VV., *Profili di abuso del diritto della scissione immobiliare*, in *Eutekne per la professione*, 30 maggio 2018, 2018, p.5-6.

Nella cessione “indiretta” i regimi fiscali risultano alternativi e pertanto l’eventuale vantaggio fiscale non può risultare indebito³⁹¹. Ne consegue che non è elusiva l’operazione di «*scissione proporzionale con attribuzione degli immobili alla beneficiaria, seguita dalla cessione delle partecipazioni nella società scissa in cui rimane il compendio aziendale*»³⁹² sempreché la società oggetto del trasferimento eserciti un’attività commerciale. Diversamente si configurerebbe elusione fiscale perché la società sarebbe di mero godimento.

1.2.1 Cassazione penale, Sez. III, 20 aprile 2016, n. 48293 – IUPITER srl

La sentenza rappresenta il primo caso di applicazione della disciplina penale tributaria dopo la riforma derivante dal D.Lgs. 128/2015 e D.Lgs. 148/2015³⁹³.

Alla IUPITER srl (di seguito società) veniva contestata l’operazione di scissione proporzionale e la successiva cessione delle quote. La scissa era stata divisa in due società, una delle quali aveva lo stesso amministratore. La società con lo stesso amministratore aveva ricevuto gli immobili dalla scissa ad eccezione di uno che era stato iscritto nell’attivo della seconda società beneficiaria/scissionaria. Questo immobile venne successivamente venduto ad un *pool* di società di *leasing* incassando un corrispettivo. Successivamente le quote di questa seconda società vennero cedute ad una società estera non operativa³⁹⁴.

Secondo i giudici di merito questa serie di operazioni aveva il mero scopo di ovviare al negozio giuridico tipico della cessione di immobile e del relativo assoggettamento ad imposizione fiscale della plusvalenza generatasi³⁹⁵.

In tal senso le valide ragioni erano solo di natura fiscale ed il vantaggio indebito era da trovarsi nel pagamento della sola imposta di registro in misura fissa, prevista per la scissione parziale proporzionale, rispetto all’IVA e all’IRES, previste rispettivamente per la cessione e la plusvalenza³⁹⁶.

Sotto il profilo penale, i giudici di merito, chiamati a pronunciarsi prima della riforma

³⁹¹ AA.VV., *Profili di abuso del diritto della scissione immobiliare*, cit., p.6.

³⁹² AA.VV., *Profili di abuso del diritto della scissione immobiliare*, cit., p.6.

³⁹³ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.62.

³⁹⁴ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.62.

³⁹⁵ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.62.

³⁹⁶ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.62.

del 2015, ritenevano che l'operazione nel suo complesso integrasse la fattispecie ex articolo 3 del D.Lgs. 74/2000 perché si trattava di operazione simulata in quanto l'obiettivo era il nascondimento del vero cedente dell'immobile³⁹⁷.

Dopo la riforma del 2015 fu chiamata a pronunciarsi la Cassazione che non ritenne l'operazione simulata ma solo abusiva³⁹⁸ e quindi non penalmente rilevante.

1.3 Affitto d'azienda

L'affitto d'azienda ben si presta come strumento di pianificazione successoria: gli eredi che intendono gestire l'azienda saranno gli affittuari³⁹⁹ mentre gli altri⁴⁰⁰, non interessati, saranno i locatori⁴⁰¹.

Di frequente l'operazione è solo uno degli interventi che si pongono in essere nella fase del passaggio generazionale. Ad essa si accompagnano fusioni, scissioni, rivalutazioni di beni, vendita della nuda proprietà. Va da sé che il complesso percorso potrebbe celare un intento elusivo⁴⁰².

Inoltre nel contratto di affitto d'azienda può essere prevista la clausola di riscatto grazie alla quale l'affittuario può acquistare l'azienda alla scadenza del contratto concordando un corrispettivo o imputando i canoni corrisposti a titolo di pagamento per il trasferimento⁴⁰³.

Se l'Agenzia delle Entrate reputa che l'affitto d'azienda con riscatto sia sintomo di simulazione del negozio giuridico, di diverso parere è la giurisprudenza⁴⁰⁴ che ha ritenuto l'affitto la causa reale del contratto non rilevando elusione⁴⁰⁵.

Un'altra ipotesi potenzialmente elusiva è quella del trasferimento di singoli beni aziendali oggetto di contratto di affitto d'azienda⁴⁰⁶.

L'affittuario, avendo la piena disponibilità d'azione nella gestione dell'azienda ai sensi dell'articolo 2561 del Codice Civile, potrebbe vendere singoli beni aziendali. In questo

³⁹⁷ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.62.

³⁹⁸ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.63.

³⁹⁹ Beneficeranno così degli utili dell'attività.

⁴⁰⁰ Percepiranno i canoni di affitto.

⁴⁰¹ NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, in *L'affitto di azienda*, 2010, p.6.

⁴⁰² NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, cit., p.6.

⁴⁰³ NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, cit., p.6.

⁴⁰⁴ Commissione Tributaria Regionale di Milano, 16 maggio 2008, n.52.

⁴⁰⁵ NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, cit., p.6-7.

⁴⁰⁶ NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, cit., p.7.

modo assoggetterebbe ad IVA l'operazione aggirando l'imposta di registro in misura proporzionale⁴⁰⁷ relativa alla cessione d'azienda⁴⁰⁸.

Si tratta di elusione dell'imposta di registro, condotta riconosciuta tale dall'Amministrazione finanziaria e dalla giurisprudenza sulla base di quanto disposto dall'articolo 20⁴⁰⁹ del Dpr 131/1986^{410 411}.

Altro caso particolare è quello della società di servizi che affianca l'attività professionale⁴¹².

Nella maggior parte dei casi si è di fronte ad un contratto di affitto d'azienda⁴¹³ con opzione di acquisto (*i.e. rent to buy*) la cui causa deve essere valida, ai sensi dell'articolo 1343⁴¹⁴ del Codice Civile, per non ricadere nell'elusione fiscale e quindi permettere all'Amministrazione finanziaria di riqualificare il negozio giuridico in cessione d'azienda⁴¹⁵, fattispecie più onerosa⁴¹⁶.

È quindi necessario che sussista una valida ragione extrafiscale quale⁴¹⁷:

- per il cedente, poter risolvere il contratto di affitto qualora vi siano inadempimenti contrattuali;
- per il cessionario, poter svolgere un'attività pur essendo privi delle risorse economiche e finanziarie per creare la struttura a supporto.

⁴⁰⁷ In misura del tre per cento. Ai sensi degli articoli 2 e 3, comma 1, lett. b), del Dpr 131/1986 e dell'allegata Tariffa, Parte I, articoli 1 e 2 ed in virtù del principio di alternatività tra IVA e registro disciplinato dall'articolo 40 del Dpr 131/1986.

⁴⁰⁸ NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, cit., p.7.

⁴⁰⁹ Articolo 20 del Dpr 131/1986: «L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici, dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi».

⁴¹⁰ Decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n.131.

⁴¹¹ NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, cit., p.7.

⁴¹² BELTRACHINI A., *Attività professionale affiancata da una società di servizi: la valida causa del contratto di affitto d'azienda con opzione di acquisto*, in *Euroconference news*, 4 giugno 2020, 2020, p.1.

⁴¹³ I canoni di affitto d'azienda sono deducibili nel periodo d'imposta di competenza.

⁴¹⁴ Articolo 1343 del Codice Civile: «La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume».

⁴¹⁵ L'importo pagato per l'acquisto dell'azienda è ammortizzabile in diciotto anni a titolo di avviamento.

⁴¹⁶ BELTRACHINI A., *Attività professionale affiancata da una società di servizi: la valida causa del contratto di affitto d'azienda con opzione di acquisto*, cit., p.1.

⁴¹⁷ BELTRACHINI A., *Attività professionale affiancata da una società di servizi: la valida causa del contratto di affitto d'azienda con opzione di acquisto*, cit., p.2.

1.3.1 Cassazione civile, 25 giugno 2013, n. 15968 – Giannoni arredamenti srl

Il caso riguarda l'affitto d'azienda tra due società i cui soci hanno un vincolo familiare. Secondo la Commissione Tributaria regionale il mancato pagamento del canone d'affitto d'azienda non era da ritenersi come rinuncia degli effetti derivanti dal contratto⁴¹⁸.

Secondo l'Agenzia delle Entrate il giudice di seconde cure non considerava il fatto che la deducibilità dei canoni di affitto non corrisposti comportava un vantaggio fiscale che risultava indebito perché nello stesso contratto, stipulato tra le parti, era prevista la risoluzione qualora vi fosse ritardo di un solo mese. Inoltre tale condotta integrava la fattispecie di elusione⁴¹⁹.

Il giudice di legittimità accolse il ricorso dell'Ufficio⁴²⁰.

1.4 Cessione quote

La cessione quote è spesso utilizzata come ultimo *step* della serie di operazioni che integrano la condotta elusiva.

L'Agenzia delle Entrate⁴²¹ ha esaminato un'operazione nella quale rientravano alcune cessioni di partecipazioni previamente rivalutate. Il caso riguarda la cessione totalitaria delle quote di una Srl in favore di una *newco* la cui compagine sociale è costituita da quattro dei precedenti soci (cosiddetti superstiti) e da un nuovo socio. Successivamente la *newco* veniva incorporata dalla società ceduta. Secondo l'Ufficio non si riscontrava abuso in relazione ai soci che fuoriescono definitivamente dalla società (cosiddetti uscenti). L'elusività si ha relativamente ai soci superstiti che porrebbero le basi per un recesso atipico da cui deriverebbe un vantaggio fiscale. Secondo l'Amministrazione, il predetto obiettivo economico⁴²² poteva essere conseguito con il recesso tipico dei soci

⁴¹⁸ Punto 1 di Cass. civ., 25 giugno 2013, n. 15968.

⁴¹⁹ Punto 2 di Cass. civ., 25 giugno 2013, n. 15968.

⁴²⁰ Punto 3 di Cass. civ., 25 giugno 2013, n. 15968.

⁴²¹ Agenzia delle Entrate, Interpello del 5 agosto 2020, n. 242.

⁴²² A riguardo DEOTTO D., *Abuso del diritto, la prassi delle Entrate in cerca di stabilità*, cit., p.27 osserva che l'Agenzia delle Entrate non può fare valutazione economiche relativamente alle scelte del contribuente. L'Amministrazione finanziaria deve solo occuparsi della verifica del conseguimento di un vantaggio fiscale illegittimo attraverso le operazioni (legittime) poste in essere. Tutto questo considerando che il contribuente può usare più forme giuridiche per i suoi scopi economici. Inoltre l'Agenzia non può rilevare effetti economici ulteriori rispetto a quelli giuridici perché nessuna norma lo prevede, a meno che non si tratti di forme giuridiche dissimulate ma non è questo il caso. Nel caso di specie l'Agenzia delle Entrate non può riqualificare le operazioni come recesso perché l'uscita del socio

per la sola quota di partecipazione receduta e il contemporaneo ingresso del nuovo socio. Lo stesso Ufficio rilevava la presenza di un numero superfluo di negozi giuridici volti solo al conseguimento di un indebito vantaggio fiscale⁴²³.

Merita una considerazione a parte l'operazione di cessione quote in regime *PEX*.

Qualora si cedano le partecipazioni in una società che smantella il suo ramo produttivo non si può beneficiare del regime *PEX* perché non sussiste più il requisito della commercialità di cui all'articolo 87, comma 1, lettera d), del Dpr 917/1986⁴²⁴.

1.4.1 Cassazione penale, Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016 - L.F. S.r.l.

Il caso in esame riguarda una scissione parziale in cui la scissa conferiva alla scissionaria *newco* i beni produttivi e i dipendenti⁴²⁵.

Successivamente le quote della scissa venivano rivendute generando una plusvalenza imponibile solo per il cinque per cento in quanto sussistevano i requisiti per il regime *PEX* ex articolo 87 del Dpr 917/1986⁴²⁶.

Secondo l'Amministrazione finanziaria l'operazione era volta a beneficiare del regime *PEX* oltre ad evitare di cedere direttamente i beni della scissa con relativo assoggettamento ad imposizione fiscale⁴²⁷.

I giudici di merito diedero ragione all'Agenzia delle Entrate e qualificarono la condotta come integrante la fattispecie ex articolo 4 del D.Lgs. 74/2000 rubricato "dichiarazione infedele" perché era stata apportata una variazione in diminuzione del risultato economico in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi⁴²⁸.

Anche la Cassazione confermò l'inquadramento, pur prosciogliendo l'imputato per prescrizione del reato, perché si trattava di «*comportamenti simulatori preordinati alla immuatio veri*⁴²⁹ del contenuto della dichiarazione reddituale di cui all'articolo 4 D.Lgs.

dalla compagine non può realizzarsi per volontà dell'Amministrazione finanziaria bensì secondo la norma ex articolo 2437 del Codice Civile.

⁴²³ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 205-206.

⁴²⁴ AA.VV., *Operazioni straordinarie seguite dalla cessione della partecipazione totalitaria in regime PEX – Assenza di valide ragioni economiche – Disconoscimento degli effetti fiscali (C.T. PROV. VICENZA 6.4.2017 N. 282/3/17)*, in *Rassegna Giurisprudenza – Eutekne on line*, 31 luglio 2017, 2017.

⁴²⁵ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.64.

⁴²⁶ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.64.

⁴²⁷ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.64.

⁴²⁸ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.64.

⁴²⁹ Per "*immuatio veri*" si intende l'alterazione della verità.

10 marzo 2000, n. 74» i quali escludevano la natura elusiva della condotta che rileva solo in via residuale⁴³⁰.

Inoltre la norma violata era quella dell'articolo 87 del Dpr 917/1986 e pertanto la condotta era *contra legem* perché relativa ad una violazione di una norma specifica⁴³¹.

Invece per integrare la condotta abusiva, così come descritta dall'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000, vi deve essere il rispetto delle norme fiscali e quindi, di conseguenza, non vi deve essere condotta *contra legem*⁴³².

1.5 Conferimento

Il conferimento consiste in uno scambio di denaro, crediti, immobili, partecipazioni o aziende con una partecipazione nella società conferitaria.

Il conferimento è un'operazione realizzativa, cioè è tassata, come previsto dall'articolo 9, comma 5⁴³³, del Dpr 917/1986. La plusvalenza è data dalla differenza tra il valore della partecipazione ricevuta e il valore del bene conferito⁴³⁴.

Diverso è il caso di conferimento d'azienda, da parte di una società conferente, che è fiscalmente neutrale se vengono rispettate determinate condizioni sancite dall'articolo 176, comma 1⁴³⁵, del Dpr 917/1986. La dottrina⁴³⁶ ritiene l'operazione fiscalmente neutrale perché il conferimento è un'operazione riorganizzativa che non ha nulla a che fare con un'operazione di gestione, fiscalmente realizzativa, quale, ad esempio, la cessione. Pertanto l'eventuale plusvalenza in sede di conferimento d'azienda non è tassata a meno che il conferente ceda la partecipazione o la conferitaria ceda l'azienda

⁴³⁰ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.65.

⁴³¹ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.65.

⁴³² BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.65.

⁴³³ Articolo 9, comma 5, del Dpr 917/1986: «*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*».

⁴³⁴ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.117.

⁴³⁵ Articolo 176, comma 1, del Dpr 917/1986: «*I conferimenti di aziende effettuati tra soggetti residenti nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese commerciali, non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze. Tuttavia il soggetto conferente deve assumere, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita e il soggetto conferitario subentra nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti*».

⁴³⁶ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.118.

per un valore superiore al valore fiscale⁴³⁷.

Inoltre l'articolo 176, comma 3⁴³⁸, del Dpr 917/1986 conferma la non elusività dell'operazione di conferimento d'azienda e la successiva cessione, in regime *PEX*, della partecipazione ricevuta.

Tuttavia il conferimento d'azienda può essere elusivo se non vi sono elementi che facciano pensare alla natura riorganizzativa dell'operazione⁴³⁹ e pertanto quella che si conferisce non è un'azienda. In tal caso la dottrina⁴⁴⁰ reputa che la tassazione derivante dall'operazione sia relativa alle *«plusvalenze e minusvalenze latenti dei beni strumentali e patrimoniali, date dalla differenza algebrica tra valore di realizzo e valore fiscalmente riconosciuto, mentre i beni merce generano ricavi pari al loro valore normale»*. Inoltre la riqualificazione⁴⁴¹ dell'operazione di conferimento d'azienda con successiva cessione delle quote in cessione d'azienda, ad opera dell'Agenzia delle Entrate, comporterebbe il pagamento dell'imposta di registro in misura proporzionale⁴⁴² invece che in misura fissa⁴⁴³.

Il conferimento d'azienda seguito dalla cessione delle partecipazioni è stato più volte oggetto di discussione in ambito elusivo.

La giurisprudenza⁴⁴⁴ ha ritenuto che tale operazione non è finalizzata all'elusione

⁴³⁷ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.119-120.

⁴³⁸ Articolo 176, comma 3, del Dpr 917/1986: *«Non rileva ai fini dell'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, il conferimento dell'azienda secondo i regimi di continuità dei valori fiscali riconosciuti o di imposizione sostitutiva di cui al presente articolo e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per usufruire dell'esenzione di cui all'articolo 87, o di quella di cui agli articoli 58 e 68, comma 3»*.

⁴³⁹ Comitato consultivo, Parere del 8 giugno 1999, n. 6.

⁴⁴⁰ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.128.

⁴⁴¹ La riqualificazione poggerebbe le sue basi, a detta dell'Amministrazione finanziaria, sull'articolo 20 del Dpr 131/1986 (*i.e.* TUR). Se in un primo momento, con l'ordinanza n. 6835 del 19 marzo 2013 e n. 10080 del 9 maggio 2014 della Corte di Cassazione, la giurisprudenza dava ragione all'Agenzia delle entrate; col passare del tempo il parere divenne mutevole: si veda la sentenza n. 45 del 2009 della Corte tributaria provinciale di Treviso e la sentenza n. 388 del 2010 della Corte tributaria provinciale di Milano. A risolvere definitivamente la questione fu il legislatore che con l'articolo 1, comma 1084, della Legge 145/2018 sancì l'impossibilità di riqualificare l'atto di conferimento d'azienda e successiva cessione delle partecipazioni della conferitaria in cessione d'azienda *«sulla base di atti ad esso collegati oppure sulla base di elementi diversi da quelli desumibili esclusivamente dallo stesso atto»*.

⁴⁴² Pari al tre per cento.

⁴⁴³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.130-131.

⁴⁴⁴ Commissione Tributaria Provinciale di Milano, 29 maggio 2012, n. 168.

dell'imposta di registro⁴⁴⁵ perché, secondo la dottrina⁴⁴⁶, riqualificare un atto in base ai suoi effetti giuridici reali è diverso da farlo in base agli effetti economici presunti.

Di parere diverso parte della giurisprudenza⁴⁴⁷ che ha ritenuto di applicare l'articolo 20 del Dpr 131/1986 in funzione antielusiva. Così facendo ha potuto riqualificare gli atti di conferimento d'azienda e successiva cessione delle partecipazioni in un mero atto di cessione d'azienda: passando così da un'imposta di registro fissa ad una proporzionale. La norma in parola «*consentirebbe di superare l'autonomia contrattuale e la rilevanza degli effetti giuridici dei singoli negozi, andando a valorizzare gli effetti economici della fattispecie globale realizzata dalle parti*»⁴⁴⁸.

1.5.1 Cassazione penale, Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19100 - Bova

Nella vicenda il contribuente aveva ceduto a titolo oneroso i diritti di utilizzazione economica della propria immagine ad una società costituita dallo stesso e dalla sorella ed amministrata dalla moglie⁴⁴⁹.

Secondo la Corte⁴⁵⁰ nella nozione di imposta evasa, di cui all'articolo 1 del D.Lgs. 74/2000, è compresa quella non versata derivante dall'attuazione di un'operazione elusiva perché si beneficia di una riduzione della base imponibile⁴⁵¹.

Secondo il giudice di legittimità la condotta deve essere sanzionata penalmente per i seguenti motivi⁴⁵²:

- il conferimento di diritti di utilizzazione dell'immagine ad una *newco* integra la disciplina dell'abuso del diritto *ex* articolo 37 *bis*, comma 3, lettera b), del Dpr 600/1973 e quella dell'interposizione fittizia *ex* articolo 37 del Dpr 600/1973;

⁴⁴⁵ Per i conferimenti l'imposta di registro è fissa, mentre per le cessioni d'azienda l'imposta di registro è proporzionale.

⁴⁴⁶ ZANETTI E., *Conferimento d'azienda e cessione partecipazione, nessuna elusione*, in *Eutekne info*, 26 giugno 2012, 2012.

⁴⁴⁷ Corte di cassazione, 19 marzo 2013, n. 6835.

⁴⁴⁸ MAURO A., *Conferimento d'azienda con successiva cessione di quote a rischio elusione*, in *Eutekne info*, 20 marzo 2013, 2013.

⁴⁴⁹ FICARI V., *La rilevanza penale dell'elusione/abuso: quali regole da un caso concreto?*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fascicolo 4, 2013, p.81.

⁴⁵⁰ Richiamando la sentenza del 28 febbraio 2012 n. 7739, Caso Dolce & Gabbana.

⁴⁵¹ FICARI V., *La rilevanza penale dell'elusione/abuso: quali regole da un caso concreto?*, cit., p.81.

⁴⁵² FICARI V., *La rilevanza penale dell'elusione/abuso: quali regole da un caso concreto?*, cit., p.81.

- non vi è la prova di valide ragioni economiche relative all'attuazione dell'operazione in parola;
- la condotta integra il delitto *ex* articolo 4 del D.Lgs. 74/2000 rubricato "Dichiarazione infedele" perché vi è una riduzione della base imponibile dichiarata in Italia e quindi un'imposta inferiore a quella dovuta.

2. Operazioni transnazionali e relativa giurisprudenza

L'elusione fiscale può manifestarsi anche a livello comunitario ed internazionale perché ci sono più possibilità di portare a compimento la condotta senza che questa venga rilevata dalle autorità competenti.

L'individuazione dell'elusione internazionale è complessa perché coinvolge più controllori di diversi Paesi i quali devono interagire efficacemente ed efficientemente tra loro per constatare l'abuso del diritto.

Inoltre l'integrazione internazionale tra i mercati nazionali ha aumentato le strade percorribili e le opportunità da cogliere per le imprese che sempre più tengono conto dell'aspetto fiscale nelle loro strategie⁴⁵³.

Ne è un esempio il fenomeno della costituzione di società in Paesi a bassa tassazione⁴⁵⁴.

2.1 Esterovestizione

La dottrina⁴⁵⁵ definisce l'esterovestizione come la localizzazione fittizia all'estero di una società che svolge il proprio *business* in Italia, al solo scopo di essere assoggettata ad una minore tassazione.

Da questa definizione occorre specificare cosa si intende, nell'ordinamento italiano, per residenza fiscale di una società. Su tale quesito arrivano in aiuto:

- l'articolo 73, comma 3⁴⁵⁶, del Dpr 917/1986 che prevede un criterio temporale, segnatamente «*la maggior parte del periodo di imposta*»⁴⁵⁷, per ritenere una

⁴⁵³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.153.

⁴⁵⁴ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.154.

⁴⁵⁵ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.172-173.

⁴⁵⁶ Articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁴⁵⁷ Articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986.

società che ha «*sede legale*»⁴⁵⁸ o amministrativa o «*l'oggetto principale nel territorio dello Stato*»⁴⁵⁹ come ente giuridico residente in Italia;

- l'articolo 73, comma 4⁴⁶⁰ e comma 5⁴⁶¹, del Dpr 917/1986 che specifica cosa si debba intendere per «*l'oggetto principale*»: l'attività volta a raggiungere gli obiettivi previsti da legge, atto costitutivo e statuto. In mancanza di statuto e atto costitutivo ci si deve riferire all'attività esercitata concretamente.

Secondo la dottrina⁴⁶², dalla considerazione di queste norme di diritto interno risulta più facile capire che l'esterovestizione è correlata alla residenza fiscale.

Anche la giurisprudenza⁴⁶³ è dello stesso parere oramai consolidato⁴⁶⁴.

Dal punto di vista internazionale occorre prendere in considerazione quanto previsto dall'articolo 4 del Modello di Convenzione dell'OCSE usato dai Paesi aderenti come archetipo per prevenire la doppia imposizione⁴⁶⁵.

L'articolo 4⁴⁶⁶, paragrafo 1, del Modello di Convenzione OCSE definisce i criteri per assoggettare a tassazione una persona in uno Stato: domicilio, residenza, sede. Ancora, se non è possibile rilevare con certezza almeno uno dei tre presupposti allora si verificano regole simili. Vengono comunque tassate le persone, prive dei tre presupposti, che percepiscono reddito da fonti o patrimonio situati nello Stato⁴⁶⁷.

Qualora, in base ai criteri del paragrafo 1, una persona giuridica risulti residente di entrambi gli Stati⁴⁶⁸ allora l'articolo 4⁴⁶⁹, paragrafo 3, del Modello di Convenzione OCSE prevede che questa debba essere assoggettata a tassazione nel Paese in cui ha la "sede di direzione effettiva" o "*place of effective management*"⁴⁷⁰ che viene definito dal

⁴⁵⁸ Articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁴⁵⁹ Articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁴⁶⁰ Articolo 73, comma 4, del Dpr 917/1986.

⁴⁶¹ Articolo 73, comma 5, del Dpr 917/1986.

⁴⁶² SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.174.

⁴⁶³ Secondo Cass. Civ., 9 giugno 1988, n. 3910 la sede di un ente giuridico è il luogo dove viene svolta l'attività primaria d'impresa. Inoltre la sede non può essere una "casella di posta".

⁴⁶⁴ Secondo Cass. Civ., Sez. V, 4 aprile 2012, n. 5382 a nulla rileva l'avvenuta cancellazione all'AIRE (*i.e.* Anagrafe Italiani residenti all'estero) se il contribuente mantiene in Italia la "sede principale" di affari, interessi economici e affettivi.

⁴⁶⁵ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.175.

⁴⁶⁶ Articolo 4, paragrafo 1, del Modello di Convenzione OCSE.

⁴⁶⁷ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.177.

⁴⁶⁸ Si parla del fenomeno di *dual residence*.

⁴⁶⁹ Articolo 4, paragrafo 3, del Modello di Convenzione OCSE.

⁴⁷⁰ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.176.

Commentario come «*luogo dove sono compiute le decisioni chiave in riferimento alla conduzione dell'attività societaria, sia sotto il profilo manageriale che sotto il profilo commerciale*»⁴⁷¹.

L'esterovestizione di una società viene verificata avendo riguardo la residenza fiscale. Questa viene individuata nel luogo in cui si svolge l'"ordinaria amministrazione" o "*place of effective management*". Anche se una società è stata costituita all'estero non è detto che vi sia fiscalmente residente: rileva la sede della direzione effettiva. Qualora gli amministratori non presentino la dichiarazione dei redditi nel Paese di residenza della società si configurerebbe, superati determinati limiti di imposta non dichiarata, il delitto di omessa dichiarazione che, per l'ordinamento italiano, è previsto dall'articolo 5⁴⁷² del D.Lgs. 74/2000⁴⁷³.

Ancora, la società sarebbe considerata una "costruzione non genuina"⁴⁷⁴ perché non è stata costituita per valide ragioni commerciali ma al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale non previsto dalla *ratio* della norma elusa⁴⁷⁵. Diversamente, la società è una "costruzione genuina" e la sua costituzione risponde alla libertà di stabilimento⁴⁷⁶.

2.1.1 Cassazione penale, Sez. II, 28 febbraio 2012, n. 7739 - D&G

Il caso riguarda la costituzione di una società di diritto lussemburghese denominata Gado s.a.r.l. la quale aveva acquistato i marchi "Dolce&Gabbana" e "D&G Dolce e Gabbana"⁴⁷⁷.

Quello che veniva contestato dall'Agenzia delle Entrate era⁴⁷⁸:

- l'operazione simulata di trasferimento dei marchi;
- il corrispettivo per la cessione dei marchi;
- l'esterovestizione della società Gado s.a.r.l..

⁴⁷¹ Articolo 4, paragrafo 24, del Commentario al Modello OCSE.

⁴⁷² Articolo 5 del D.Lgs 74/2000.

⁴⁷³ ARTUSI M.F., TRAINOTTI A., *Per l'esterovestizione va accertata l'attività ordinaria della società*, in *Eutekne info*, 12 febbraio 2018, 2018.

⁴⁷⁴ Fattispecie introdotta dalla direttiva 2016/1164/UE cioè la direttiva ATAD.

⁴⁷⁵ ARTUSI M.F., TRAINOTTI A., *Per l'esterovestizione va accertata l'attività ordinaria della società*, cit.

⁴⁷⁶ ARTUSI M.F., TRAINOTTI A., *Per l'esterovestizione va accertata l'attività ordinaria della società*, cit.

⁴⁷⁷ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.47.

⁴⁷⁸ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.47-48.

In questo paragrafo si tratterà esclusivamente dell'esterovestizione.

Secondo l'Amministrazione finanziaria l'esterovestizione avrebbe ostacolato l'assoggettamento ad imposizione fiscale dei componenti positivi di reddito derivanti dai marchi oggetto di cessione⁴⁷⁹.

Il GUP⁴⁸⁰ rilevò che l'oggetto sociale della Gado s.a.r.l., consistente nella gestione dei marchi, era effettivamente svolto in Lussemburgo e pertanto la società non poteva essere considerata esterovestita⁴⁸¹.

I giudici di legittimità ricondussero le tre contestazioni dell'Agenzia delle Entrate al fenomeno dell'esterovestizione. Gli stessi giudici ritennero l'esterovestizione un fenomeno elusivo. Tuttavia parte della dottrina si era già espressa in senso negativo rilevando che la fattispecie era relativa ad una condotta *contra legem*⁴⁸² perché si trattava di nascondere all'Amministrazione finanziaria la residenza fiscale⁴⁸³.

Secondo la Corte di Cassazione la condotta elusiva poteva avere rilievo penale qualora si riesca a ricondurla all'omessa dichiarazione e alla dichiarazione infedele. Questo sulla base della definizione di imposta evasa ex articolo 1, lettera f), del D.Lgs. 74/2000 che ricomprenderebbe l'imposta elusa⁴⁸⁴.

Inoltre la Corte aggiunse che la condotta elusiva è penalmente rilevante solo se viola una specifica norma antielusiva⁴⁸⁵ perché *contra legem*.

Il tribunale di primo grado condannava gli imputati per il delitto di omessa dichiarazione (ex articolo 5 del D.Lgs. 74/2000) perché la Gado s.a.r.l. era da considerarsi società fiscalmente residente in Italia. Essa era quindi tenuta alla presentazione della dichiarazione dei redditi perché il *place of effective management* era in Italia⁴⁸⁶.

La Corte d'Appello, confermando la decisione in primo grado, affermò che l'esterovestizione non è un fenomeno elusivo perché non si è in presenza di un'operazione lecita posta in essere per ottenere un vantaggio fiscale indebito ma

⁴⁷⁹ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.47-48.

⁴⁸⁰ Acronimo di Giudice dell'udienza preliminare.

⁴⁸¹ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.48.

⁴⁸² Nel caso di specie si trattava di andare contro quanto previsto dall'articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁴⁸³ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.50.

⁴⁸⁴ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.50.

⁴⁸⁵ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.50.

⁴⁸⁶ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.50.

assume rilevanza penale in quanto viola l'articolo 5 del D.Lgs. 74/2000 e l'articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986. Si era, quindi, di fronte ad evasione perché condotta *contra legem*⁴⁸⁷, non ad elusione.

Le condanne di primo e secondo grado vennero ribaltate dalla Corte di Cassazione che annullò senza rinvio⁴⁸⁸, eccezion fatta per l'A.D.⁴⁸⁹ della Gado s.a.r.l. per la quale si doveva verificare se la società costituisse una «*costruzione di puro artificio*» e se vi fosse evasione⁴⁹⁰.

I giudici del rinvio riconobbero che la Gado s.a.r.l. aveva effettivamente svolto l'attività in Lussemburgo⁴⁹¹.

In sintesi, e per quanto in esame, l'esterovestizione è condotta evasiva perché *contra legem*⁴⁹² e non può essere elusiva perché non è fattispecie residuale rispetto all'evasione ed alla simulazione⁴⁹³.

2.2 Transfer pricing

Accanto al fenomeno della pianificazione fiscale "aggressiva" vi è quello della competizione fiscale internazionale che è stato interpretato da alcuni Stati come incentivo ad attrarre investimenti e risparmi esteri⁴⁹⁴.

Si parla quindi di competizione fiscale internazionale "dannosa" che la dottrina⁴⁹⁵ definisce come la condotta attraverso la quale uno Stato si dota di un regime fiscale privilegiato al solo scopo di attirare le «basi imponibili mobili» residenti in altri Paesi. La dottrina ha due visioni in antitesi riguardo alla competizione fiscale internazionale⁴⁹⁶:

- la tradizione della *public choice*⁴⁹⁷ secondo la quale la competizione fiscale incide positivamente sul benessere collettivo perché frena un aumento della spesa pubblica finanziato mediante un aumento delle imposte⁴⁹⁸;

⁴⁸⁷ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.51.

⁴⁸⁸ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.51.

⁴⁸⁹ A.D. è l'acronimo di Amministratore delegato.

⁴⁹⁰ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.52.

⁴⁹¹ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.52.

⁴⁹² La norma violata è l'articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁴⁹³ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.52.

⁴⁹⁴ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.180.

⁴⁹⁵ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.180.

⁴⁹⁶ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.180-181.

⁴⁹⁷ I cui principali sostenitori sono BRENNAN G., BUCHANAN J., EDWARDS J., KEEN M..

⁴⁹⁸ Sul punto SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.180-181.

- l'approccio tradizionale⁴⁹⁹ che ritiene la competizione fiscale internazionale "dannosa" perché un livello basso di tassazione comporta minore erogazione di servizi e fornitura di beni pubblici.

Di queste due visioni gli Stati adottarono la seconda. Per contrastare la competizione fiscale internazionale i Paesi stipularono misure bilaterali atte a contrastare l'erosione del gettito erariale nazionale a causa di condotte evasive ed elusive⁵⁰⁰.

La disciplina del *transfer pricing* rappresenta una di queste misure bilaterali.

Tale disciplina è prevista dall'articolo 110⁵⁰¹, comma 7, del Dpr 917/1986 che tratta delle operazioni tra società non residenti nel territorio dello Stato e un'impresa residente che appartengono ad uno stesso gruppo transnazionale⁵⁰².

Le operazioni in parola costituiscono cessione di beni o prestazioni di servizi il cui *quantum* non corrisponde al valore di mercato⁵⁰³.

Tali operazioni devono essere rivalutate in base al valore normale⁵⁰⁴ dei beni scambiati o dei servizi prestati⁵⁰⁵.

La rivalutazione deve fare riferimento «ai listini o alle tariffe⁵⁰⁶» dell'impresa ovvero, in mancanza, «alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali⁵⁰⁷».

Quando si parla di «condizioni di libera concorrenza» il legislatore della norma in esame si riferisce all'*arm's length principle* secondo il quale il prezzo sarebbe pari a quello «concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche nel libero mercato⁵⁰⁸».

Secondo parte della giurisprudenza⁵⁰⁹ la disciplina del *transfer pricing* costituisce una clausola antielusiva⁵¹⁰.

⁴⁹⁹ I cui principali sostenitori sono MIESZKOWSKI P., WILSON J.D., ZODROW G.R..

⁵⁰⁰ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.182.

⁵⁰¹ Articolo 110, comma 7, del Dpr 917/1986.

⁵⁰² SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.183.

⁵⁰³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.184.

⁵⁰⁴ La definizione di "valore normale" è data nell'articolo 9, comma 3, del Dpr 917/1896.

⁵⁰⁵ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.184.

⁵⁰⁶ Articolo 9, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁵⁰⁷ Articolo 9, comma 3, del Dpr 917/1986.

⁵⁰⁸ Rapporto OCSE del 1979.

⁵⁰⁹ Cass. civ., Sez. trib., 13 ottobre 2006, n. 22023.

⁵¹⁰ Le disposizioni in parola impediscono il trasferimento di materia imponibile dove questa è assoggettata a minore imposizione fiscale (v. Cass. civ., 13 maggio 2015, n. 9709).

Di diversa opinione parte della giurisprudenza⁵¹¹ secondo cui il *transfer pricing* non costituisce una clausola antielusiva ma reprime solo il fenomeno economico dello spostamento di base imponibile dovuto alle operazioni tra società di uno stesso gruppo ma soggette a disposizioni tributarie diverse⁵¹².

Ancora, spetta all'Amministrazione finanziaria l'onere della prova dell'elusione⁵¹³. Diverso è il caso di ripartizione dell'onere della prova in sede di rettifica del valore normale: l'Amministrazione finanziaria deve provare i maggiori componenti positivi di reddito, il contribuente deve provare i componenti negativi di reddito⁵¹⁴.

Secondo la dottrina⁵¹⁵ nel *transfer pricing* non si configura il reato di infedele dichiarazione⁵¹⁶ quando l'Amministrazione finanziaria contesta «l'omessa contabilizzazione di elementi positivi di reddito ovvero la contabilizzazione di maggiori componenti negativi di reddito». Difatti si tratta di pagare maggiori imposte rispetto a «componenti reddituali che sono imponibili o deducibili in misura diversa dall'ammontare effettivo»: in questo senso non si integra la condotta di evasione bensì quella di elusione la quale, ai sensi del comma 13, dell'articolo 10 *bis*, della Legge 212/2000 è penalmente irrilevante.

A mio avviso, sul punto preme ricordare che qualora si consideri la disciplina del *transfer pricing* una clausola antielusiva e questa venga violata dal contribuente, la condotta che deve essere rilevata è *contra legem* e pertanto punibile penalmente.

2.2.1 Commissione tributaria regionale Lombardia, 4 settembre 2018, n. 3674

La vicenda⁵¹⁷ riguarda il recupero a tassazione di componenti positivi di reddito non dichiarati derivanti da transazioni infragruppo.

L'Agenzia delle Entrate ha verificato il rispetto delle norme sul *transfer pricing* applicando il metodo del margine netto della transazione (*i.e.* TNMM).

⁵¹¹ Cass. civ., 15 aprile 2016, n. 7493.

⁵¹² MARINOZZI C., *Illegittimo il rilievo sul transfer pricing senza prova del fine elusivo*, in *Eutekne info*, 6 giugno 2017, 2017.

⁵¹³ SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, cit., p.186.

⁵¹⁴ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, CEDAM, 2018, p.158.

⁵¹⁵ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.171-172.

⁵¹⁶ Previsto dall'articolo 4 del D.Lgs. 74/2000.

⁵¹⁷ C.T.R. Lombardia, 4 settembre 2018, n. 3674.

Secondo il giudice di primo grado tale metodo era inattendibile perché le società comparabili erano inappropriate.

Contro la sentenza di primo grado l'Agazia ha fatto ricorso in appello contestando la violazione ex articolo 4 del D.Lgs. 74/2000 rubricato "dichiarazione infedele".

Anche la società contribuente si era costituita per far valere:

- l'insussistenza del reato di dichiarazione infedele;
- la riqualificazione dell'attività della contribuente da "agente" a "distributore" che portava ad adottare un errato metodo di verifica relativamente al *transfer pricing*.

Sul primo punto la contribuente sostenne che con il D.Lgs. 158/2015 il delitto di dichiarazione infedele non sussistesse qualora la responsabilità penale dipende da valutazioni giuridico-tributarie opinabili e/o incerte come quella del metodo adottato per il *transfer pricing*.

Sul secondo punto la contribuente ribadì che si occupava della promozione dei prodotti e non della distribuzione, attività per la quale avrebbe avuto necessità di un magazzino che non aveva mai detenuto.

La Commissione tributaria regionale rigettò l'appello e confermò la sentenza impugnata.

2.3 Dividend washing

L'operazione consiste nell'acquisto di partecipazioni a ridosso della distribuzione dei dividendi e nella successiva restituzione dopo la distribuzione degli utili.

Il cedente realizza una plusvalenza imponibile solo per il cinque per cento nel caso in cui possieda i requisiti per la *PEX*⁵¹⁸.

Il cessionario, ai sensi dell'articolo 89, comma 2, del Dpr 917/1986, si vede tassare solo il cinque per cento dei dividendi percepiti e può dedursi la minusvalenza derivante dalla restituzione della partecipazione ad un prezzo inferiore rispetto a quello di acquisto.

A contrasto di tale pratica sono stati inseriti dal D.L. 203/2005⁵¹⁹ i commi 3 *bis*⁵²⁰, 3

⁵¹⁸ Articolo 87 del Dpr 917/1986.

⁵¹⁹ Decreto legge, 30 settembre 2005, n. 203.

⁵²⁰ Articolo 109, comma 3 *bis*, del Dpr 917/1986.

ter⁵²¹, 3 quater⁵²² all'articolo 109 del Dpr 917/1986⁵²³.

Secondo la giurisprudenza⁵²⁴ l'operazione di *dividend washing* è abusiva solo se gli atti posti in essere «sono avvenuti in modo anomalo rispetto al "core business" aziendale». Se gli atti sono compiuti da un intermediario finanziario allora l'operazione non è abusiva perché essa fa parte dell'attività quotidiana dell'ente. Diversamente, si tratta di elusione⁵²⁵.

2.3.1 Cassazione penale, Sez. III, 6 settembre 2013, n. 36859 – Mythos

La vicenda è riconducibile allo schema del *dividend washing*.

I giudici di merito hanno rilevato la commissione di una serie di delitti di cui all'articolo 2, 3, 4, 8 e 10 quater del D.Lgs. 74/2000.

I giudici di legittimità rilevarono che qualora gli utili ceduti fossero realmente esistiti⁵²⁶ la fattispecie sarebbe stata l'elusione da cui deriva l'irrilevanza penale della condotta. Secondo la Cassazione l'elusione è penalmente rilevante solo nel caso in cui il legislatore abbia previsto una sanzione penale per quella determinata fattispecie elusiva. Diversamente, l'unica sanzione è il disconoscimento dei vantaggi fiscali indebitamente conseguiti⁵²⁷.

2.4 Dividend stripping

L'operazione di *dividend stripping* consta di una serie di *step*⁵²⁸:

⁵²¹ Articolo 109, comma 3 *ter*, del Dpr 917/1986.

⁵²² Articolo 109, comma 3 *quater*, del Dpr 917/1986.

⁵²³ GUACCI ESPOSITO A. in AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, cit., p. 102.

⁵²⁴ Commissione tributaria provinciale Milano, 5 novembre 2014, n. 9582, 9583, 9584, 9593.

⁵²⁵ AA.VV., *Abuso del diritto – Operazioni di dividend washing – Operazioni speculative poste in essere da intermediari finanziari – Esclusione* (C.T. PROV. MILANO N. 9582/41/14, 9583/41/14, 9584/41/14, 9593/41/14), in *Notiziario – Eutekne on line*, 8 dicembre 2014, 2014.

⁵²⁶ In questo caso l'operazione di *dividend washing* sarebbe stata reale e non fittizia.

⁵²⁷ BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, cit., p.53.

⁵²⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, I edizione, IPSOA, 2014, p.213.

- in sede di distribuzione di dividendi della società A⁵²⁹ questa concede, temporaneamente⁵³⁰, in usufrutto le azioni *cum cedola* alla società B⁵³¹;
- il corrispettivo della transazione è pari al valore dell'azione e del dividendo;
- il dividendo viene distribuito alla società B;
- la società B rivende le azioni alla società A.

Nell'operazione in esame il diritto di usufrutto viene limitato in modo anomalo e distorto⁵³²:

- il diritto ha durata massima di tre anni mentre, ai sensi dell'articolo 979, comma 2⁵³³, del Codice Civile, tale diritto è al massimo di trent'anni per le persone giuridiche;
- il diritto di voto non viene trasferito dal contratto di cessione del diritto di usufrutto.

I vantaggi fiscali, riconosciuti anche dalla giurisprudenza⁵³⁴, derivanti dall'operazione sono i seguenti⁵³⁵:

- la società A⁵³⁶ ottiene un corrispettivo dalla concessione in usufrutto delle azioni costituito dal valore dell'azione e del dividendo;
- la società B⁵³⁷ ha diritto al credito d'imposta sui dividendi percepiti.

⁵²⁹ Società non residente e non avente stabile organizzazione in Italia. Pertanto non può usufruire del credito d'imposta sui dividendi percepiti.

⁵³⁰ La durata prevista va da un minimo di uno ad un massimo di tre anni.

⁵³¹ Società residente in Italia e assoggettata ad IRES.

⁵³² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.213-214.

⁵³³ Articolo 979, comma 2, del Codice Civile: «L'*usufrutto costituito a favore di una persona giuridica non può durare più di trent'anni*».

⁵³⁴ Cass. civ, Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398. A riguardo MORINI G., *Abuso del diritto ed elusione fiscale tra giurisprudenza comunitaria e giurisprudenza nazionale*, in *www.ilcaso.it*, 6 agosto 2018, 2018, p.16-17 rileva che secondo l'Amministrazione finanziaria i contratti denominati «usufrutto di azioni» stipulati tra una società di diritto italiano con una società di diritto estero sono riconducibili alla fattispecie del *dividend stripping* i cui vantaggi fiscali erano:

- Minore ritenuta a titolo di acconto invece dell'applicazione di quella (maggiore) a titolo d'imposta;
- Maturazione del credito d'imposta.

⁵³⁵ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.214.

⁵³⁶ In qualità di nuda proprietaria.

⁵³⁷ In qualità di usufruttuaria.

2.4.1 Corte di Cassazione, 16 maggio 2019, n. 13123 - Gruppo Editoriale L'Espresso

Il Gruppo Editoriale L'Espresso spa propose ricorso per cassazione nei confronti della sentenza della Commissione tributaria regionale del Lazio che confermò la legittimità degli avvisi di accertamento con i quali l'Ufficio contestava⁵³⁸:

- l'ineducibilità delle quote di ammortamento relative al diritto di usufrutto delle azioni di una società di diritto olandese;
- la indetraibilità delle ritenute d'acconto operate sui dividendi percepiti in forza del diritto di usufrutto⁵³⁹;

Secondo il giudice della nomofilachia erano inopponibili all'Amministrazione finanziaria i benefici fiscali derivanti dalla costituzione di un diritto di usufrutto su azioni o quote di una società italiana possedute da un soggetto non residente (cosiddetto *dividend stripping*), se l'operazione è abusiva⁵⁴⁰.

Nel caso di specie lo scopo era di consentire⁵⁴¹:

- al cedente di aggirare la ritenuta sui dividendi⁵⁴²;
- alla cessionaria di percepire i dividendi sui quali:
 - subire l'applicazione di una ritenuta minore⁵⁴³;
 - avvalersi del credito d'imposta⁵⁴⁴;
 - dedurre dal reddito d'impresa, in quote costanti, il diritto di usufrutto.

Il ricorso venne rigettato dalla Cassazione che confermò l'inquadramento della condotta come elusiva.

⁵³⁸ Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13123.

⁵³⁹ Il contratto era stato riqualficato in cessione del dividendo perché l'operazione di cessione del diritto di usufrutto a fronte della cessione del dividendo aveva natura simulatoria.

⁵⁴⁰ Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13123.

⁵⁴¹ Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13123.

⁵⁴² Convertendo il reddito di partecipazione in reddito da negoziazione. La ritenuta sui dividendi è prevista dall'articolo 27, comma 3, del Dpr 600/1973.

⁵⁴³ La ritenuta minore, prevista dall'articolo 27, comma 1, del Dpr 600/1973, è recuperabile in sede di dichiarazione annuale.

⁵⁴⁴ Il credito d'imposta era previsto dall'articolo 14 del Dpr 917/1986 rubricato "Credito di imposta per gli utili distribuiti da società ed enti" nella sua versione *ante* riforma del 2004.

2.5 Trust

L'obiettivo del *trust* è quello di separare⁵⁴⁵ e proteggere⁵⁴⁶ il patrimonio, o parte di esso, del disponente il quale pone dei vincoli per la gestione all'amministratore a tutela dei beneficiari⁵⁴⁷.

I redditi del *trust* sono assoggettati ad IRES⁵⁴⁸ indipendentemente dalla natura⁵⁴⁹ e dalla residenza^{550 551}.

A questa regola fa eccezione il caso in cui i beneficiari⁵⁵² del *trust* siano individuati: il comma 2⁵⁵³ dispone che ad essi venga imputato⁵⁵⁴, in proporzione e per competenza, il reddito conseguito dal *trust*⁵⁵⁵. Si tratta quindi di imputare il reddito per trasparenza come accade nel caso dei soci di società di persone o dei soci di società di capitali trasparenti^{556 557}.

La previsione del comma 2 è applicata solo quando il *trust* è istituito per rispondere ad interessi meritevoli di tutela⁵⁵⁸: si parla di *trust* trasparente. Diversamente, si parla di *trust* opaco il cui reddito viene tassato in capo all'ente distinguendo tra residente e non residente ai fini della formazione della base imponibile⁵⁵⁹.

Per meglio chiarire la differenza tra *trust* opaco e *trust* trasparente occorre necessariamente individuare i soggetti coinvolti^{560 561}:

⁵⁴⁵ I beni del *trust* sono una massa distinta del patrimonio del disponente. Inoltre essi non appartengono al *trustee*.

⁵⁴⁶ Nel senso che i beni del *trust* non possono essere aggrediti dai creditori del disponente e/o del *trustee*.

⁵⁴⁷ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, in *Il fisco*, fascicolo 7, 2020, p. 641.

⁵⁴⁸ Ai sensi dell'articolo 73, comma 1, del Dpr 917/1986.

⁵⁴⁹ Commerciale o non commerciale.

⁵⁵⁰ Residenti o non residenti.

⁵⁵¹ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 641.

⁵⁵² I beneficiari devono essere individuati e devono essere titolari del diritto di pretendere dal *trustee* l'assegnazione di quella parte di reddito che viene loro imputata per trasparenza.

⁵⁵³ Articolo 73, comma 2, del Dpr 917/1986.

⁵⁵⁴ Come reddito di capitale secondo quanto statuito dall'articolo 44, comma 1, lett. g-*sexies*), del Dpr 917/1986.

⁵⁵⁵ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 641.

⁵⁵⁶ Ai sensi degli articoli 115 e 116 del Dpr 917/1986.

⁵⁵⁷ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 642.

⁵⁵⁸ Cioè quando non viene usato come mezzo di elusione tributaria.

⁵⁵⁹ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 642.

⁵⁶⁰ Anche detti centri di imputazione.

⁵⁶¹ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 642.

- Il disponente⁵⁶² è colui il quale immette i beni⁵⁶³ nel *trust* e pone dei vincoli⁵⁶⁴ per la gestione di questi;
- Il *trustee* amministra i beni secondo quanto previsto dall'atto costitutivo del *trust*;
- Il beneficiario è colui il quale si interfaccia con il *trustee* dal quale si attende che adempia i suoi doveri di amministrazione del patrimonio.

Qualora i tre centri di imputazione coincidano il *trust* è nullo⁵⁶⁵.

Nell'ambito della lotta all'elusione⁵⁶⁶ è necessario individuare correttamente il titolare effettivo del *trust* le cui caratteristiche sono definite dal D.Lgs. 231/2007⁵⁶⁷. Tale individuazione è fondamentale⁵⁶⁸ per identificare condotte elusive ed evasive poste in essere, mediante la costituzione di un *trust*, per ridurre la propria capacità contributiva⁵⁶⁹.

Le caratteristiche del *trust* lo fanno potenziale strumento per porre in essere operazioni a scopi elusivi o distorti⁵⁷⁰ perché ha un alto livello di *privacy*⁵⁷¹ e autonomia gestoria⁵⁷². Ciò viene confermato anche dal fatto che si possa inserire una clausola chiamata *flee-clause* secondo la quale le attività possono essere trasferite in un altro Paese e la legge regolatrice del *trust* può essere riferita ad altro ordinamento nazionale⁵⁷³.

In alcuni casi il *trust* può integrare la fattispecie dell'interposizione fittizia. Inoltre, se il *trust* viene gestito dal disponente, non verificandosi lo spossessamento dei beni, questo deve dichiarare come suoi i redditi dell'ente⁵⁷⁴.

⁵⁶² Il disponente è anche chiamato *settlor*.

⁵⁶³ I beni del *trust* possono essere beni immobili, mobili registrati, mobili non registrati e crediti.

⁵⁶⁴ I vincoli sono scritti nell'atto costitutivo.

⁵⁶⁵ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 642.

⁵⁶⁶ Ma anche relativamente a riciclaggio ed evasione.

⁵⁶⁷ Decreto legislativo 21 novembre 2007, n.231.

⁵⁶⁸ Tant'è che i *trust* e i titolari effettivi devono compilare il quadro RW della dichiarazione dei redditi qualora vi siano investimenti e/o attività detenuti all'estero.

⁵⁶⁹ CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, cit., p. 644.

⁵⁷⁰ Si pensi al nascondimento di attività all'Amministrazione finanziaria, ai creditori, ai parenti ovvero all'occultamento dell'identità dell'effettivo beneficiario.

⁵⁷¹ Si pensi che in alcuni Paesi non vi è l'obbligo di identificare beneficiario e disponente.

⁵⁷² SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, in *Il Fisco*, fascicolo 1, numero 18, 2010, p.2817.

⁵⁷³ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2818.

⁵⁷⁴ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2820.

Al *trust* di diritto estero⁵⁷⁵ si applica anche la disposizione dell'articolo 73, comma 3, del Dpr 917/1986 la quale attrae i redditi dell'ente ad imposizione in Italia qualora il diritto del Paese estero preveda⁵⁷⁶:

- aliquote minori di quelle italiane;
- differimento del versamento delle imposte⁵⁷⁷.

Inoltre si considera di diritto italiano il *trust* il cui disponente e/o beneficiario abbia la residenza fiscale in Italia⁵⁷⁸. A riguardo si specifica quanto segue:

- La residenza del disponente rileva nel periodo d'imposta in cui ha disposto i beni a favore del *trust*⁵⁷⁹;
- La residenza del beneficiario rileva in qualsiasi momento e impone al *trust* l'assoggettamento ad imposizione fiscale nel Paese⁵⁸⁰.

Infine al *trust* si applicano anche le disposizioni relative all'esterovestizione cui si rimanda all'apposito paragrafo dedicato⁵⁸¹.

In conclusione, il *trust* è facilmente utilizzabile per porre in essere una condotta elusiva ovvero evasiva. Qualora l'istituto venga utilizzato al fine di pagare minori imposte si ha riguardo al mero vantaggio fiscale, in ottica elusiva, ed alla simulazione di un contratto (quello che istituisce il *trust*) che integra la condotta evasiva segnatamente all'articolo 3 del D.Lgs. 74/2000 che disciplina il reato di "Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici"⁵⁸².

2.5.1 Corte di Cassazione, 7 novembre 2014, n. 46137 - M.F. Trust

Il caso riguarda il sequestro conservativo di sei fabbricati conferiti alla M.F. *Trust* da un contribuente indagato per alcuni reati⁵⁸³ in relazione al fallimento della società di

⁵⁷⁵ Si intende un *trust* istituito secondo il diritto di un Paese estero.

⁵⁷⁶ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2822.

⁵⁷⁷ Si parla a proposito di *tax deferral*.

⁵⁷⁸ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2823.

⁵⁷⁹ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2823.

⁵⁸⁰ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2823.

⁵⁸¹ SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, cit., p.2823.

⁵⁸² ARTUSI M.F., *Leasing e trust tra simulazione e abuso del diritto*, in *Eutekne info*, 25 settembre 2015, 2015.

⁵⁸³ Concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale in relazione ad operazioni dolose, concorso in bancarotta fraudolenta documentale, concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione.

capitali, di cui era amministratore, dichiarata fallita il 10 febbraio 2012.

Secondo il GIP⁵⁸⁴ il *trust* era da ritenersi nullo perché considerato uno *sham trust*⁵⁸⁵. Di conseguenza il *trust* non produceva la segregazione del patrimonio.

Secondo il ricorrente non sussistevano le basi per un'azione revocatoria penale⁵⁸⁶ e nemmeno per una revocatoria ordinaria⁵⁸⁷ ovvero fallimentare⁵⁸⁸.

Lo stesso ricorrente affermava che il sequestro conservativo non poteva attuarsi perché mancava una pronuncia sull'inefficacia dell'atto di conferimento del bene nel *trust*. Pertanto il sequestro era illegittimo perché eseguito su beni impignorabili secondo l'articolo 11 della Convenzione⁵⁸⁹ dell'Aja del 1 luglio 1985 in materia di *trust*⁵⁹⁰.

Il giudice di legittimità non accolse il ricorso.

Dalle indagini risultò l'intento elusivo della costituzione del *trust* il cui scopo era quello di creare uno schermo tra patrimonio personale e patrimonio dell'ente. Così facendo si ledevano i diritti dei creditori commerciali ed erariali⁵⁹¹.

Le stesse indagini rilevarono che:

- l'atto costitutivo del *trust*, depositato presso l'Agenzia delle Entrate di Parma, prevedeva che il ricorrente e la madre assumessero la qualifica di disponenti e di *trustee* (*i.e.* amministratori);
- all'atto della costituzione la società di capitali fallita era già in condizione di dissesto;
- i beneficiari del *trust* erano i famigliari del ricorrente e di sua madre, oltre ai discendenti in linea retta;
- in data 21 dicembre 2012⁵⁹² il *trust* era stato trasferito in Romania.

Secondo la Corte il *trust* è nullo (trattasi di *sham trust*) se è solo apparente la perdita della titolarità dei beni del disponente. In tal caso il *trust* viene privato dell'effetto

⁵⁸⁴ Acronimo di Giudice per le indagini preliminari.

⁵⁸⁵ Si parla di *sham trust* quando il disponente mantiene il controllo (di diritto e/o di fatto) dell'ente.

⁵⁸⁶ Prevista dagli articoli 192, 193 e 194 del Codice penale (*i.e.* R.D. 19 ottobre 1930, n.1398).

⁵⁸⁷ Prevista dall'articolo 2901 e ss. del Codice Civile.

⁵⁸⁸ Prevista dall'articolo 64 e ss. della Legge fallimentare (*i.e.* R.D. 16 marzo 1942, n.267).

⁵⁸⁹ Ratificata dall'ordinamento italiano con la Legge 16 ottobre 1989, n.364.

⁵⁹⁰ L'articolo in parola prevede che all'atto della costituzione del *trust* i beni conferiti nel patrimonio sono segregati.

⁵⁹¹ Cass. civ, 7 novembre 2014, n. 46137.

⁵⁹² Circa dieci mesi dopo la dichiarazione di fallimento.

segregativo che lo caratterizza. Inoltre lo stesso ricorrente, in qualità di *trustee* (*i.e.* amministratore) amministrava i beni dell'ente di cui manteneva la disponibilità. Per di più ne era (addirittura) beneficiario assieme ad altri parenti⁵⁹³.

Pertanto la Corte concluse che il sequestro conservativo degli immobili era pienamente legittimo.

⁵⁹³ Cass. civ., 7 novembre 2014, n. 46137.

CAPITOLO 3

STRUMENTI PER PREVENIRE L'ELUSIONE FISCALE

1. Introduzione

Il contribuente che pone in essere un'operazione vuole, e deve, essere sicuro che questa sia lecita, per l'ordinamento nazionale e/o internazionale, ed efficace per gli scopi che si prefigge di raggiungere.

È quindi necessario che il contribuente utilizzi degli strumenti per prevenire l'elusione fiscale ovvero per tutelarsi da condotte che potrebbero essere penalmente rilevanti. Secondo la dottrina⁵⁹⁴ un'ottima procedura di controllo prevede l'istituzione di un ufficio fiscale, il parere di un terzo soggetto esterno ed una *second opinion*.

Di seguito verranno considerati alcuni strumenti da utilizzare *ante* e *post* condotta elusiva.

Gli strumenti *ante* condotta elusiva sono i seguenti:

- interpello;
- *ruling* di *standard* internazionale;
- accordi preventivi per le imprese con attività internazionale (*i.e.* APA⁵⁹⁵).

Questi strumenti sono considerati *ante* condotta elusiva perché permettono al contribuente di sapere prima dell'operazione come questa viene inquadrata dall'Ufficio competente.

Lo strumento *post* condotta elusiva è il modello 231 nella sua ultima versione, cioè quella dopo l'aggiornamento previsto dal Decreto Legislativo 75/2020⁵⁹⁶.

Il modello 231 viene, in questa sede, considerato uno strumento *post* condotta elusiva perché la sua efficacia entra in gioco dopo che il fatto è sotto il giudizio del giudice.

2. L'interpello

Il diritto di interpello consente al contribuente di richiedere all'Agenzia delle Entrate un

⁵⁹⁴ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, in *Amministrazione & Finanza*, volume 35, fascicolo 5, 2020, p.6.

⁵⁹⁵ Advance Pricing Agreements.

⁵⁹⁶ Decreto legislativo 14 luglio 2020, n.75.

parere relativamente alla conformità alle norme tributarie di determinate operazioni da porre in essere⁵⁹⁷.

La stessa Amministrazione finanziaria⁵⁹⁸ ha evidenziato il carattere preventivo del diritto di interpello il quale può essere esercitato solo nel caso in cui il contribuente non ha realizzato la condotta oggetto di chiarimenti all'Ufficio⁵⁹⁹.

Il diritto d'interpello ha la sua genesi nell'articolo 21⁶⁰⁰ della Legge 413/1991⁶⁰¹, attuata nel 1997⁶⁰².

Con l'articolo in parola il legislatore prevede l'interpello antielusivo che consentiva al contribuente di richiedere all'Ufficio un parere preventivo sull'interpretazione e applicazione di alcune disposizioni di natura antielusiva⁶⁰³ a casi specifici⁶⁰⁴.

L'articolo 21 della Legge 413/1991 venne abrogato dall'articolo 7, comma 6, del D.Lgs. 156/2015⁶⁰⁵, a decorrere dal 1° gennaio 2016.

L'istituto dell'interpello venne riformato dal D.Lgs. 156/2015 che prevede, all'articolo 11 della legge 212/2000, quattro figure di interrogazione preventiva^{606 607}:

- interpello ordinario⁶⁰⁸;
- interpello probatorio⁶⁰⁹;

⁵⁹⁷ COSER R., *Principi dell'interpello*, in *Sistema Frizzera*, 20 maggio 2021, 2021, p.1.

⁵⁹⁸ Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 28 settembre 2001, n. 140/E.

⁵⁹⁹ COSER R., *Principi dell'interpello*, cit., p.1.

⁶⁰⁰ Articolo 21 della Legge 413/1991.

⁶⁰¹ Legge del 30 dicembre 1991, n. 413.

⁶⁰² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3023.

⁶⁰³ Elencate al comma 2 della norma in esame.

⁶⁰⁴ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3023.

⁶⁰⁵ Decreto legislativo del 24 settembre 2015, n. 156.

⁶⁰⁶ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p.163.

⁶⁰⁷ Le modalità operative dell'interpello sono esposte nel Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 4 gennaio 2016 successivamente modificato dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 1 marzo 2018. Lo stesso Ufficio ha anche pubblicato dei chiarimenti a riguardo con la Circolare Ministeriale del 1 aprile 2016, n. 9/E.

⁶⁰⁸ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit, p.221 spiega che ci sono due tipologie di interpello ordinario:

- ordinario puro, relativo all'applicazione delle norme tributarie la cui interpretazione è incerta;
- ordinario qualificatorio, relativo alla qualificazione di fattispecie previste dalle norme tributarie.

Si precisa che l'interpello "ordinario puro", anche detto "ordinario interpretativo", e l'interpello "ordinario qualificatorio" sono previsti dall'articolo 11, comma 1, lettera a), della Legge 212/2000.

⁶⁰⁹ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p.163 specifica che si propone l'interpello probatorio quando si vuole chiedere all'Ufficio se le condizioni di accesso ad un determinato regime fiscale sussistono in capo all'istante.

- interpello antiabuso⁶¹⁰;
- interpello disapplicativo⁶¹¹.

Con questa riforma l'interpello ordinario venne escluso, dall'articolo 11, comma 1⁶¹², lettera a), della Legge 212/2000, nei casi in cui sono previsti gli APA e l'interpello sui nuovi investimenti⁶¹³.

L'istanza di interpello antiabuso è finalizzata ad ottenere un parere sull'applicazione della disciplina dell'abuso del diritto ad una fattispecie specifica. L'istanza può riguardare qualsiasi settore impositivo⁶¹⁴ purché correttamente indicato⁶¹⁵.

L'istanza di interpello disapplicativo viene presentata per ottenere un esonero dal rispetto di una norma antielusiva atta a limitare deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta. Inoltre è onere del contribuente dimostrare che nel suo caso non vi possono essere gli effetti elusivi che la norma mira ad ostacolare⁶¹⁶.

L'istanza di interpello, predisposta in carta libera, deve essere indirizzata alla Direzione competente e presentata mediante consegna a mano, plico raccomandato con avviso di ricevimento, PEC, o PEL^{617 618}.

L'istanza di interpello deve contenere⁶¹⁹:

- dati identificativi del contribuente istante o del suo rappresentante;
- tipologia di interpello;
- descrizione della fattispecie;
- norme di legge oggetto di istanza;

Si precisa che l'interpello "probatorio" è previsto dall'articolo 11, comma 1, lettera b), della Legge 212/2000.

⁶¹⁰ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.221 spiega che viene proposto l'interpello antiabuso quando si vuole chiedere all'Ufficio se una determinata operazione, posta in essere dall'istante, sia riconducibile alla fattispecie elusiva.

Si precisa che l'interpello "antiabuso" è previsto dall'articolo 11, comma 1, lettera c), della Legge 212/2000.

⁶¹¹ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.221 spiega che l'interpello disapplicativo è relativo a norme, a contrasto delle condotte elusive, che limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta.

Si precisa che l'interpello "disapplicativo" è previsto dall'articolo 11, comma 2, della Legge 212/2000.

⁶¹² Articolo 11, comma 1, lettera a) , della Legge 212/2000.

⁶¹³ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.222.

⁶¹⁴ È possibile che riguardi anche più di un settore impositivo nella stessa istanza di interpello antiabuso.

⁶¹⁵ Agenzia delle Entrate, *Interpello anti-abuso*, www.agenziaentrate.gov.it.

⁶¹⁶ Agenzia delle Entrate, *Interpello disapplicativo*, www.agenziaentrate.gov.it.

⁶¹⁷ PEL è l'acronimo di "posta elettronica libera".

⁶¹⁸ Agenzia delle Entrate, *Come e dove presentare l'istanza di interpello*, www.agenziaentrate.gov.it.

⁶¹⁹ Agenzia delle Entrate, *Come e dove presentare l'istanza di interpello*, www.agenziaentrate.gov.it.

- recapiti dell'istante;
- soluzione secondo il contribuente;
- sottoscrizione dell'istante o del suo rappresentante o procuratore.

Entrambe le istanze in esame sono inammissibili quando⁶²⁰:

- sono prive dei dati identificativi del contribuente e della descrizione del caso oggetto di parere;
- non sono presentate prima della scadenza dei termini di presentazione della dichiarazione;
- non sono presenti condizioni di incertezza oggettive;
- riguardano questioni su cui il contribuente ha già ottenuto un parere⁶²¹;
- riguardano questioni su cui è in corso un'attività di controllo conosciuta dal contribuente.

Di particolare interesse è l'"interpello sui nuovi investimenti" per le imprese che si apprestano ad investire fortemente in Italia, introdotto dall'articolo 2⁶²² del D.Lgs. 147/2015⁶²³.

I destinatari della disciplina sono le imprese che vogliono attuare un progetto di investimento in Italia per un ammontare non inferiore a trenta milioni di euro il quale impatti significativamente e in maniera duratura sull'aumento dell'occupazione⁶²⁴. L'istituto in parola può racchiudere in sé domande la cui presentazione richiede altra tipologia⁶²⁵ di interpello prevista dal legislatore. In tal modo il contribuente può avere risposte relativamente a tutti gli aspetti⁶²⁶ dell'investimento che si appresta a fare⁶²⁷. Il contribuente deve interfacciarsi con l'"Ufficio Interpelli Nuovi Investimenti presso la Direzione Centrale Normativa dell'Agenzia delle Entrate". Tale Ufficio deve rispondere entro centoventi giorni dalla presentazione dell'istanza.

La risposta vincola l'Agenzia delle Entrate nei confronti del contribuente sempreché le

⁶²⁰ Agenzia delle Entrate, *Interpello disapplicativo*, www.agenziaentrate.gov.it.

⁶²¹ Il parere deve avere gli stessi elementi di fatto e di diritto.

⁶²² Articolo 2 del D.Lgs. 147/2015.

⁶²³ Decreto legislativo del 14 settembre 2015, n. 147.

⁶²⁴ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.219.

⁶²⁵ Le tipologie di interpello previste dall'ordinamento italiano sono: interpello ordinario, interpello probatorio, interpello antiabuso e interpello disapplicativo.

⁶²⁶ Anche relativamente all'abuso del diritto o all'elusione fiscale ed alla disapplicazione di norme antielusive.

⁶²⁷ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.219-220.

circostanze di fatto e di diritto del caso specifico non variano⁶²⁸.

La stessa Amministrazione finanziaria⁶²⁹ ha precisato che le questioni previste dagli APA non possono essere oggetto di interpello ex articolo 2 del D.Lgs. 147/2015⁶³⁰.

In conclusione, lo strumento dell'interpello, in più di una delle sue tipologie, risulta essere utile al fine di prevenire condotte elusive.

3. Il *ruling* di *standard* internazionale e gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale

Il *ruling* di *standard* internazionale venne introdotto dall'articolo 8 del D.L. 269/2003⁶³¹ e disciplinato dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004 (di seguito, Provvedimento)⁶³².

Il *ruling* di *standard* internazionale si rifaceva al modello⁶³³ degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale che, a livello internazionale, prende il nome di *Advance Pricing Agreements* (i.e. APA).

Secondo la dottrina⁶³⁴ il *ruling* di *standard* internazionale era uno strumento di pianificazione fiscale per le imprese con attività internazionale⁶³⁵ definite dal Provvedimento come⁶³⁶:

- Impresa residente nel territorio dello Stato che, alternativamente o congiuntamente:
 - Si trovi in una o più condizioni di cui all'articolo 110, comma 7, del Dpr 917/1986⁶³⁷;
 - Partecipi al patrimonio o capitale di soggetti non residenti ovvero sia partecipata da soggetti non residenti;

⁶²⁸ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.220.

⁶²⁹ Agenzia delle Entrate, Circolare del 1 giugno 2016, n. 25/E.

⁶³⁰ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.221.

⁶³¹ Decreto legge del 30 settembre 2003, n. 269.

⁶³² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3053.

⁶³³ L'utilizzo di tale modello è raccomandato dall'OCSE.

⁶³⁴ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3054.

⁶³⁵ Per attività internazionale ci si riferisce a rapporti tra società collegate ex articolo 2359, comma 2, del Codice Civile.

⁶³⁶ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3055.

⁶³⁷ Sul punto VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3099 precisa che «*le operazioni ricomprese nell'ambito del transfer pricing possono concernere anche accordi di ripartizione di costi (cost sharing agreements) nonché operazioni di business restructuring*».

- Abbia corrisposto a soggetti non residenti dividendi, interessi o *royalties* ovvero li abbia percepiti.
- Impresa non residente che ha una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

L'ambito di applicazione del *ruling di standard* internazionale era relativo agli interessi, ai dividendi, alle *royalties*, ai prezzi di trasferimento ed alle stabili organizzazioni⁶³⁸. Con il D.L. 145/2013⁶³⁹ l'istituto del *ruling di standard* internazionale venne modificato prevedendo che l'accordo durasse cinque periodi d'imposta invece di tre come disciplinato nella sua precedente versione.

La procedura di *ruling di standard* internazionale prevedeva l'invio di un'istanza da parte del contribuente all'Ufficio⁶⁴⁰.

L'istanza per essere ammissibile doveva indicare la denominazione, la sede legale, il domicilio fiscale e la partita iva del contribuente oltre all'oggetto del *ruling*. Essa doveva inoltre essere accompagnata da documenti che dimostravano il possesso dei requisiti richiesti per accedere alla procedura⁶⁴¹.

Una volta che l'istanza veniva ammessa, l'Amministrazione finanziaria doveva formulare entro trenta giorni⁶⁴² l'invito a comparire dell'istante⁶⁴³.

Era all'atto della comparizione del contribuente che aveva inizio il contraddittorio con l'Ufficio⁶⁴⁴ che doveva terminare entro centottanta giorni dal ricevimento dell'istanza⁶⁴⁵.

L'accordo di *ruling di standard* internazionale veniva perfezionato con la sottoscrizione congiunta del responsabile dell'Ufficio e dell'istante. In tale accordo venivano previsti i criteri e i metodi di calcolo del valore normale delle operazioni ex articolo 110, comma 7, del Dpr 917/1986⁶⁴⁶.

L'accordo perdeva di efficacia qualora fossero mutate le circostanze di fatto o di diritto

⁶³⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3056.

⁶³⁹ Decreto legge del 23 dicembre 2013, n. 145.

⁶⁴⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3060.

⁶⁴¹ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3060.

⁶⁴² Si tratta di termine è perentorio.

⁶⁴³ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3064.

⁶⁴⁴ Per ogni attività del contraddittorio veniva redatto un verbale del quale veniva data copia all'istante.

⁶⁴⁵ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3064.

⁶⁴⁶ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3065.

relative al metodo previsto dal *ruling di standard* internazionale⁶⁴⁷.

L'accordo poteva essere rinnovato almeno novanta giorni prima della scadenza⁶⁴⁸.

L'Amministrazione finanziaria, relativamente al *ruling di standard* internazionale, rilevava che, data l'unilateralità dello strumento, il rischio di doppia imposizione non era eliminato in *toto*⁶⁴⁹.

Il *ruling di standard* internazionale venne abolito dall'articolo 1 del D.Lgs. 147/2015. In sostituzione del *ruling di standard* internazionale vennero previsti gli "accordi preventivi per le imprese con attività internazionale" (*i.e.* APA) di cui all'articolo 31 *ter* del Dpr 600/1973.

Grazie agli APA si individuano criteri e modalità per definire e determinare i prezzi di trasferimento⁶⁵⁰.

Come si può desumere dal nome della disciplina, la procedura è riservata alle imprese con attività internazionale, elencate in un apposito Provvedimento⁶⁵¹ del Direttore dell'Agenzia delle Entrate⁶⁵², che:

- si trovino «rispetto a società non residenti in una o più delle condizioni indicate nel comma 7 dell'articolo 110 del TUIR»;
- abbiano il proprio «patrimonio, fondo o capitale [...] partecipato da soggetti non residenti ovvero» che questi partecipino «al patrimonio, fondo o capitale di soggetti non residenti»;
- abbiano «corrisposto a, o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi, royalties o altri componenti reddituali»;
- esercitino la loro «attività attraverso una stabile organizzazione in un altro Stato».

Il comma 1⁶⁵³ dell'articolo 31 *ter* del Dpr 600/1973 prevede le materie relativamente alle quali è possibile applicare la disciplina degli APA⁶⁵⁴ quali, ad esempio, valore normale per le operazioni di transfer pricing, valore in uscita o in ingresso quando viene trasferita

⁶⁴⁷ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3065.

⁶⁴⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3066.

⁶⁴⁹ Agenzia delle Entrate, Bollettino del *ruling di standard* internazionale, seconda edizione, 19 marzo 2013, 2013.

⁶⁵⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3097.

⁶⁵¹ Agenzia delle Entrate, Provvedimento del Direttore del 21 marzo 2016, 2016.

⁶⁵² TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.216.

⁶⁵³ Articolo 31 *ter*, comma 1, del Dpr 600/1973.

⁶⁵⁴ TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, cit., p.217.

la residenza.

Gli APA, ai sensi del comma 2, dell'articolo 31 *ter*, del Dpr 600/1973, hanno durata quinquennale a meno che non cambino le condizioni su cui gli accordi sono stati stipulati.

In questo quinquennio l'Ufficio esercita i poteri⁶⁵⁵ per situazioni diverse rispetto a quelle concordate con gli APA.

L'APA può essere unilaterale, bilaterale o multilaterale⁶⁵⁶.

L'APA unilaterale è stipulato tra il contribuente ed una sola Amministrazione finanziaria. Tale tipologia non può in alcun modo risolvere questioni relative alla doppia imposizione perché l'autorità fiscale non contraente potrebbe disconoscere l'accordo⁶⁵⁷.

L'APA bilaterale o multilaterale è stipulato tra due o più società e tra due o più autorità fiscali dei Paesi in cui le società contraenti risiedono⁶⁵⁸.

L'APA, come strumento di pianificazione fiscale internazionale e di gestione del rischio fiscale⁶⁵⁹, raggiunge la sua massima efficacia quando vengono coinvolte tutte le società e tutte le autorità fiscali dei Paesi in cui si svolge l'attività del gruppo⁶⁶⁰.

L'Amministrazione finanziaria rilevava che l'APA bilaterale o multilaterale impediva l'assoggettamento a doppia (o multipla) imposizione perché tale accordo era vagliato da tutte le autorità competenti dei Paesi interessati⁶⁶¹.

La procedura per l'APA richiede che il contribuente motivi la metodologia proposta indicando degli assunti di base (*i.e. critical assumptions*)⁶⁶²:

- «*redditività degli investimenti;*
- *analisi delle funzioni economiche svolte nel settore di interesse con i relativi indici di redditività*»;
- transazioni o imprese comparabili.

⁶⁵⁵ La norma si riferisce ai poteri istruttori di cui agli articoli 32 e ss. del Dpr 600/1973.

⁶⁵⁶ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 2233.

⁶⁵⁷ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 2233-2234.

⁶⁵⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 2234.

⁶⁵⁹ A riguardo VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3102.

⁶⁶⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3098.

⁶⁶¹ Agenzia delle Entrate, Bollettino del *ruling* di *standard* internazionale, seconda edizione, 19 marzo 2013, 2013.

⁶⁶² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 2234.

Inoltre al contribuente è richiesta la documentazione che comprovi la fondatezza della proposta⁶⁶³.

L'articolo 1, comma 1101, della legge di bilancio 2021⁶⁶⁴ ha introdotto delle novità in materia di APA unilaterali, bilaterali e multilaterali⁶⁶⁵:

- gli accordi preventivi conclusi con l'Ufficio possono avere effetti retroattivi⁶⁶⁶ relativamente ai periodi d'imposta i cui termini per l'accertamento non sono scaduti;
- per gli APA bilaterali o multilaterali è dovuta una "commissione", parametrata al fatturato consolidato del gruppo, da parte del contribuente per accedere alla procedura.

Per quanto detto emerge chiaramente l'utilità degli APA quali strumenti *ante* condotta elusiva, soprattutto, quando questa è posta in essere in materia di *transfer pricing*.

4. Il Modello 231

Secondo la dottrina⁶⁶⁷ il modello 231 è pensato per aziende che siano saltuariamente responsabili di illeciti.

Il Decreto Legislativo 231/2001⁶⁶⁸ prevede la cooperazione tra impresa e ordinamento giuridico perché include un «*sistema di incentivi*» che consente la disapplicazione delle sanzioni pecuniarie qualora venisse adottato un modello 231⁶⁶⁹. L'entità del danno che si reca all'erario derivante dal compimento di reati tributari è maggiore nel caso in cui il reo sia una società⁶⁷⁰.

Fino al 2018 i reati tributari erano esclusi dall'elenco «*dei reati soggetti alla responsabilità amministrativa degli enti*⁶⁷¹».

⁶⁶³ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3098.

⁶⁶⁴ Legge 30 dicembre 2020, n. 178.

⁶⁶⁵ FRANCONI F., *Accordi preventivi internazionali retroattivi ma a pagamento*, in *Il fisco*, fascicolo 3, 18 gennaio 2021, 2021, p. 267.

⁶⁶⁶ L'effetto retroattivo prende il nome di *roll-back*.

⁶⁶⁷ DELL'OSSO A.M., PELLECCIA I., *Reati tributari e responsabilità degli enti ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001: alcuni profili problematici*, in *www.dirittobancario.it*, maggio 2020, 2020, p. 4.

⁶⁶⁸ Decreto legislativo del 8 giugno 2001, n. 231.

⁶⁶⁹ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p. 1.

⁶⁷⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3229.

⁶⁷¹ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3229.

La dottrina⁶⁷² giustificava tale esclusione rilevando che nell'ordinamento italiano era già presente un sistema di sanzioni tributarie⁶⁷³ non penali applicabili alle persone fisiche e giuridiche.

Per di più la stessa dottrina sosteneva che le sanzioni tributarie per le società erano già sufficienti. Non era necessario prevedere sanzioni di natura amministrativa perché altrimenti si venivano a triplicare le sanzioni⁶⁷⁴, rendendo estremamente gravoso⁶⁷⁵ l'onere in capo alla società.

Inoltre l'articolo 10 della Legge 516/1982⁶⁷⁶ prevedeva che alla persona fisica, il cui comportamento ha provocato il reato fiscale, venivano comminate la sanzione tributaria non penale e la sanzione penale: si trattava del principio del "cumulo"^{677 678}.

Nel 1997, con l'inserimento dei decreti legislativi n. 471, 472 e 473 nell'ordinamento italiano fu «*introdotto il principio della "personalità" della responsabilità del contribuente per le sanzioni amministrative*⁶⁷⁹».

Nel 2003, l'articolo 7 della Legge 326/2003⁶⁸⁰ prevede che «*le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica*»⁶⁸¹.

Per di più l'articolo 19⁶⁸² del D.Lgs. 74/2000, rubricato "principio di specialità",

⁶⁷² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3229.

⁶⁷³ Si pensi alle sanzioni previste dai Decreti legislativi n. 471, 472 e 473 del 18 dicembre 1997.

⁶⁷⁴ Sul punto VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3231 rileva che la triplicazione di sanzioni consiste in:

- «*sanzioni penali a carico della persona fisica (ad es. amministratore della società) per il reato tributario;*
- *sanzioni tributarie non penali a carico della società per l'illecito tributario;*
- *sanzioni amministrative ex D.Lgs. n. 231/2001 a carico della società per il reato tributario commesso dall'amministratore.*

⁶⁷⁵ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3229-3230.

⁶⁷⁶ Legge del 7 agosto 1982, n. 516.

⁶⁷⁷ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3230.

⁶⁷⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3230 rileva che la disposizione in parola è in deroga al principio generale di "specialità" previsto dall'articolo 9 della Legge 689/1991 secondo il quale «*quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale*». Come si dirà in seguito, la disposizione speciale è quella che prevede la sanzione penale.

⁶⁷⁹ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3230.

⁶⁸⁰ Legge del 24 novembre 2003, n. 326.

⁶⁸¹ Articolo 7 della Legge 326/2003.

⁶⁸² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3231 precisa che la norma in esame si applica solo al contribuente-persona fisica. Inoltre il principio, non applicandosi al contribuente-persona giuridica, comporta lo "sdoppiamento" delle sanzioni così riassunte:

- sanzione penale alla persona fisica;

disponeva che «quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale⁶⁸³»,⁶⁸⁴.

Oltre tutto vigeva (e vige) un “doppio binario” «tra contenzioso fiscale (a carico della società) e processo penale (a carico del soggetto privato)⁶⁸⁵», sancito dall’articolo 20⁶⁸⁶ del D.Lgs. 74/2000 e dall’articolo 654⁶⁸⁷ del Codice di procedura penale, che può addirittura portare ad esiti diversi⁶⁸⁸.

Nemmeno l’articolo 8, comma 1, lettera a)⁶⁸⁹, del D.Lgs. 231/2001 influisce sulla possibilità di giungere ad esiti diversi per lo stesso fatto giudicato in sede tributaria e penale⁶⁹⁰.

Il D.Lgs. 231/2001 prevede la responsabilità amministrativa dell’ente con personalità giuridica relativamente ad alcuni reati previsti dallo stesso corpo normativo⁶⁹¹.

Tali reati devono essere commessi, nell’interesse o a vantaggio dell’ente, da soggetti apicali⁶⁹² o sottoposti⁶⁹³ che non hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi⁶⁹⁴.

L’ente è sanzionabile qualora venga dimostrata la “colpa di organizzazione” cioè «un

-
- sanzione amministrativa alla persona giuridica.

⁶⁸³ Si ritiene “norma speciale” la norma penale rispetto a quella amministrativa perché ha il dolo specifico e la soglia quali elementi specializzati.

⁶⁸⁴ Articolo 19 del D.Lgs. 74/2000.

⁶⁸⁵ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3232.

⁶⁸⁶ Articolo 20 del D.Lgs. 74/2000: «Il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione».

⁶⁸⁷ Articolo 654 del Dpr 477/1988: «Nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Diversamente, la sentenza penale non vincola il giudizio tributario.

⁶⁸⁸ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3231.

⁶⁸⁹ Articolo 8, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 231/2001: «La responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile».

⁶⁹⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3232.

⁶⁹¹ Guardia di Finanza, Circolare del 1 settembre 2020, n. 216816, p.11.

⁶⁹² Per soggetti apicali si intendono persone fisiche che hanno funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione.

⁶⁹³ Per soggetti sottoposti si intendono persone fisiche sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali.

⁶⁹⁴ Guardia di Finanza, Circolare del 1 settembre 2020, n. 216816, p.11.

deficit dell'organizzazione o dell'attività dell'ente rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme»⁶⁹⁵.

Per non essere sanzionato l'ente deve provare quanto previsto dall'articolo 6 comma 1⁶⁹⁶, se il reato è stato commesso da un soggetto apicale, e dall'articolo 7 comma 2⁶⁹⁷, se il reato è stato commesso da un soggetto subordinato, del D.Lgs. 231/2001⁶⁹⁸.

Diversamente, all'ente vengono applicate le sanzioni pecuniarie previste dall'articolo 25 *quiquiesdecies* del D.Lgs. 231/2001.

4.1 Prevenzione per i reati del Decreto Legislativo 74/2000

L'articolo 39, comma 2, del D.L. 124/2019⁶⁹⁹, cosiddetto "decreto fiscale", prevede l'introduzione dell'articolo 25 *quiquiesdecies*⁷⁰⁰ nel D.Lgs. 231/2001. La norma trattava dei reati di cui agli articoli 2, 3, 8, 10, 11 del D.Lgs. 74/2000.

⁶⁹⁵ Guardia di Finanza, Circolare del 1 settembre 2020, n. 216816, p.11.

⁶⁹⁶ Articolo 6, comma 1, del D.Lgs. 231/2001: «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

⁶⁹⁷ Articolo 7, comma 2, del D.Lgs. 231/2001: «[...] è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

⁶⁹⁸ Guardia di Finanza, Circolare del 1 settembre 2020, n. 216816, p.11-12.

⁶⁹⁹ Decreto legge del 26 ottobre 2019, n. 124.

⁷⁰⁰ Articolo 25 *quiquiesdecies* del D.Lgs. 231/2001:

«1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

- a) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'articolo 2, comma 1, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- b) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, previsto dall'articolo 2, comma 2-bis, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- c) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, previsto dall'articolo 3, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- d) per il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, previsto dall'articolo 8, comma 1, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- e) per il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, previsto dall'articolo 8, comma 2-bis, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- f) per il delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili, previsto dall'articolo 10, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- g) per il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, previsto dall'articolo 11, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote».

La dottrina⁷⁰¹ rilevava che il legislatore non aveva inserito il reato di dichiarazione infedele tra i delitti che comportavano la responsabilità amministrativa-penale dell'ente.

La motivazione era da trovarsi nel fatto che tale reato comprende un'ampia serie di condotte di diversa natura, anche difficilmente riconducibili alla sfera penale⁷⁰². Ancora si tratta di reddito non tassato ma comunque dichiarato. Inoltre sono comprese questioni fiscali e di diritto^{703 704}.

La stessa dottrina⁷⁰⁵ rilevava che il "rischio fiscale"⁷⁰⁶ poteva derivare da «*incertezze sul corretto inquadramento fiscale di specifiche operazioni aziendali*⁷⁰⁷»⁷⁰⁸ quali «*operazioni di acquisto o cessioni di rami di azienda, partecipazioni, ristrutturazioni societarie o riorganizzazioni interne*»⁷⁰⁹.

Per di più la dottrina⁷¹⁰ rilevava che i rischi fiscali⁷¹¹ danno vita a fattispecie elusive o penali quando da essi deriva una dichiarazione infedele⁷¹².

Ad un anno di distanza dall'introduzione di alcuni reati tributari nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti (*i.e.* D.Lgs. 231/2001) ne vennero inseriti altri

⁷⁰¹ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.4.

⁷⁰² PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.4.

⁷⁰³ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.4.

⁷⁰⁴ È da notare come la dottrina in esame stia alludendo all'elusione fiscale.

⁷⁰⁵ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.5.

⁷⁰⁶ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.16-24 individua i rischi fiscali, i reati che integrano, le funzioni e i processi coinvolti, i presidi di controllo e prevenzione.

⁷⁰⁷ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.5.

⁷⁰⁸ È da notare come la dottrina in esame stia alludendo all'abuso del diritto e all' elusione fiscale.

⁷⁰⁹ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.5.

⁷¹⁰ PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.6.

⁷¹¹ Per un approfondimento sulla gestione del rischio fiscale si veda DELOITTE, *Reati tributari e modello 231*, settembre 2020, 2020 e KPMG, *L'introduzione dei reati tributari nel D.Lgs 231, 2020*. In entrambi si propongono per la gestione del rischio fiscale: il Modello 231, il *Tax Control Framework* e la *Cooperative Compliance*. Per un maggior approfondimento del *Tax Control Framework* si veda anche LA BARBERA L., *Un pannello di controllo per le situazioni critiche e la raccolta degli allegati*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2021, 2021, p.23 e CAPPELLINI P., LUGANO R., *Prassi aziendali monitorate per ridurre i rischi fiscali*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2021, 2021, p.23.

⁷¹² PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.lgs 231/2001*, cit., p.6.

con il D.Lgs. 75/2020 che recepisce la cosiddetta “direttiva PIF⁷¹³”.

Sempre con il D.Lgs. 75/2020 venne modificato l’articolo 25 *quinqüesdecies*⁷¹⁴ del D.Lgs. 231/2001:

- Il comma 1 *bis*⁷¹⁵ venne inserito dall’articolo 5, comma 1, lett. c), n. 1), D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75. Tale comma trattava degli articoli 4, 5 e 10 *quater* del D.Lgs. 74/2000;
- Il comma 2⁷¹⁶ venne modificato dall’articolo 5, comma 1, lett. c), n. 2), D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75;
- Il comma 3⁷¹⁷ venne modificato dall’articolo 5, comma 1, lett. c), n. 3), D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75;

È alla luce del comma 1 *bis* della norma in parola che l’infedele dichiarazione entra nel modello 231, pur prevedendo specifici requisiti/limiti⁷¹⁸.

In precedenza si è visto che quando le condotte elusive sono ricondotte o riconducibili alla sfera penale vengono considerate integranti della fattispecie di cui all’articolo 4⁷¹⁹

⁷¹³ Direttiva UE 2017/1371. La Direttiva è relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale.

⁷¹⁴ Relativamente ai reati tributari commessi a decorrere dal 30 luglio 2020.

⁷¹⁵ Articolo 25 *quinqüesdecies*, comma 1 *bis*, del D.Lgs 231/2001: «*In relazione alla commissione dei delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, se commessi nell’ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l’imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro, si applicano all’ente le seguenti sanzioni pecuniarie:*

- a) per il delitto di dichiarazione infedele previsto dall’articolo 4, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote;*
- b) per il delitto di omessa dichiarazione previsto dall’articolo 5, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;*
- c) per il delitto di indebita compensazione previsto dall’articolo 10 quater, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote».*

⁷¹⁶ Articolo 25 *quinqüesdecies*, comma 2, del D.Lgs 231/2001: «*Se, in seguito alla commissione dei delitti indicati ai commi 1 e 1-bis, l’ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo».*

⁷¹⁷ Articolo 25 *quinqüesdecies*, comma 3, del D.Lgs 231/2001: «*Nei casi previsti dai commi 1, 1-bis e 2, si applicano le sanzioni interdittive di cui all’articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e)».*

⁷¹⁸ I limiti sono i seguenti:

- il reato deve essere commesso «*nell’ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri*»;
- l’operazione posta in essere ha «*il fine di evadere l’imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*».

Si specifica che il limite di «*dieci milioni di euro*» è relativo all’effetto cumulato dell’evasione dell’IVA generatasi in capo ai singoli soggetti partecipanti al sistema fraudolento transfrontaliero.

⁷¹⁹ L’elemento soggettivo della norma è il dolo specifico cioè l’intento di perseguire le finalità di evasione delle imposte oggetto di dichiarazione. VARRASO G., PERINI A., BARAZZETTA P., LIO M., LAVAZZA L., RIZZARDI M., *La compliance ex D.Lgs. n. 231/2001 e i reati tributari*, in www.aadv231.it, 17 dicembre 2020, 2020, p. 42-43 precisa che per la rilevanza della norma ai fini del D.Lgs. 231/2001 deve essere

del D.Lgs. 74/2000.

L'articolo 25 *quinquiesdecies*, comma 1 *bis*, del D.Lgs. 231/2001 prevede sanzioni pecuniarie per l'ente anche nel caso di infedele dichiarazione⁷²⁰, pur in presenza di dichiarazione integrativa⁷²¹.

A mio avviso, qualora una condotta elusiva, posta in essere da un soggetto apicale o subordinato, abbia rilevanza penale è possibile che l'ente prevenga le sanzioni ad esso imputabili mediante l'implementazione di un modello 231 idoneo a tutelarla dalle sanzioni pecuniarie.

In questa ottica il modello 231 è uno strumento di prevenzione, e tutela dell'ente, *post* condotta elusiva penalmente rilevante.

5. L'elusione fiscale dal punto di vista del Decreto Legislativo 74/2000

In sede di decisioni strategiche di ottimizzazione dell'onere fiscale⁷²², ma non solo, la *governance* aziendale deve tenere conto dei profili penali che la condotta può integrare⁷²³.

A maggior ragione se la società è di dimensioni considerevoli e pertanto più esposta alle fattispecie ex D.Lgs. 74/2000, tra cui l'infedele dichiarazione prevista dall'articolo 4⁷²⁴ del decreto in parola⁷²⁵.

Nel corso degli anni giurisprudenza e dottrina si sono interrogate sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale.

La giurisprudenza, ritornando più volte sul tema, ha espresso pareri contrastanti tra loro.

A favore della rilevanza penale dell'elusione fiscale la giurisprudenza⁷²⁶ sostiene che

riscontrato il fine di evadere l'IVA «*nel contesto del più ampio sistema transfrontaliero in cui la condotta è inserita*».

⁷²⁰ Seppure con i limiti già elencati in precedenza.

⁷²¹ A riguardo VARRASO G., PERINI A., BARAZZETTA P., LIO M., LAVAZZA L., RIZZARDI M., *La compliance ex D.Lgs. n. 231/2001 e i reati tributari*, cit., p. 45 e Cass. pen., Sez. III, 3 luglio 2013, n. 40618.

⁷²² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3277.

⁷²³ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3119.

⁷²⁴ VARRASO G., PERINI A., BARAZZETTA P., LIO M., LAVAZZA L., RIZZARDI M., *La compliance ex D.Lgs. n. 231/2001 e i reati tributari*, cit., p. 42 specifica che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie è l'interesse dell'Erario a percepire i tributi. Inoltre il delitto in parola è un reato proprio perché può essere commesso solo da chi è obbligato a presentare la dichiarazione dei redditi e IVA.

⁷²⁵ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p.3119.

⁷²⁶ Cass. pen., 3 maggio 2013, n. 19100.

«nulla osta [...] alla rilevanza penale dell'abuso del diritto, proprio in ragione del rispetto di capacità contributiva (art. 53 co. 1 Cost.) e del principio dell'imposizione (art. 53 co. 2 Cost.)». Inoltre «nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme, [...] mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione antielusiva⁷²⁷». Ancora «i reati tributari di dichiarazione infedele o di omessa dichiarazione possono essere integrati anche da comportamenti elusivi posti in essere dal contribuente per trarre vantaggi dall'utilizzo in modo distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale in mancanza di ragioni economicamente apprezzabili che possano giustificare l'operazione⁷²⁸». Per di più può sussistere il «delitto di dichiarazione infedele [...] anche in presenza di una condotta elusiva [...] quando tale condotta [...] comporti una dichiarazione infedele per la mancata esposizione degli elementi attivi nel loro effettivo ammontare⁷²⁹». Infine «i reati ipotizzabili con riferimento a condotte elusive sono quelli ex artt. 4, dichiarazione infedele e 5, omessa dichiarazione. L'art. 1, lett f), D.Lgs. 74/2000 fornisce una definizione molto ampia dell'imposta evasa [...] idonea a ricomprendere l'imposta elusa. L'art. 16, stesso decreto, induce a ritenere che la elusione, fuori dal procedimento di interpello, possa avere rilevanza penale [...] non vi sarebbe necessità di una esimente speciale per la tutela dell'affidamento se la elusione fosse irrilevante dal punto di vista penale. 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 [...] se le fattispecie criminose sono incentrate sul momento della dichiarazione fiscale e si concretizzano nell'infedeltà dichiarativa, il comportamento elusivo non può essere considerato tout court penalmente irrilevante⁷³⁰».

A sfavore della rilevanza penale dell'elusione fiscale la giurisprudenza⁷³¹ sostiene che le operazioni che configurano la condotta in esame sono penalmente irrilevanti perché non integrano alcuna fattispecie ex articolo 2, 3, e 4 del D.Lgs. 74/2000 le quali sono

⁷²⁷ Cass. pen., 9 settembre 2013, n. 36894.

⁷²⁸ Cass. pen., 31 luglio 2013, n. 33184.

⁷²⁹ Cass. pen., 7 luglio 2011, n. 26723.

⁷³⁰ Cass. pen., 28 febbraio 2012, n. 7739.

⁷³¹ Trib. Trento, GUP Benini, 29 settembre 2011, n. 571.

contraddistinte dallo scopo di evasione e dal dolo specifico. Pertanto in linea di massima «*la violazione delle norme antielusive non comporta conseguenze di ordine penale*⁷³²».

Esiste anche una terza via nella giurisprudenza⁷³³ secondo la quale «*rileva ai fini penali una condotta elusiva di imposizione fiscale esclusivamente se si aggancia ad una norma specifica [...] che precisamente individui [...] la condotta criminosa che, sul piano amministrativo tributario, coincide anche con una condotta elusiva. [...] L'abuso di un diritto come fonte di illecito penale [...] occorre che trovi specifico sostegno in una norma penale oppure in una norma antielusiva tributaria*».

La dottrina⁷³⁴ rileva che dalla lettura della norma che prevede la disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale vi sono espressioni⁷³⁵ che possono essere riferite al dolo specifico.

Di diverso parere parte della dottrina⁷³⁶ secondo la quale «*la caratterizzazione in negativo della fattispecie derivante dall'assenza delle valide ragioni economiche [...] non è sufficiente ad assicurare la necessaria determinatezza alla fattispecie in raffronto al canone penalistico, anche perché le conseguenze sanzionatorie direttamente richiamate dalla norma consistono nell'inopponibilità al fisco dei combinati effetti giuridici delle operazioni poste in essere dal contribuente*». Ancora «*il risultato elusivo si determina attraverso condotte non tassativamente descritte e vietate dal Legislatore, il che è radicalmente incompatibile con la struttura essenziale dell'illecito penale*». Sotto questo aspetto non viene individuata alcuna configurazione che possa far pensare alla sanzione penale per le condotte elusive sebbene queste siano poste in frode alla legge senza alterare la realtà⁷³⁷.

A riguardo la giurisprudenza⁷³⁸ rilevava che dalla lettura dell'articolo 16⁷³⁹ del D.Lgs.

⁷³² Cass. pen., 7 luglio 2006, n. 23730.

⁷³³ Cass. pen., 3 aprile 2014, n. 15186.

⁷³⁴ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3280.

⁷³⁵ Si pensi alle «*operazioni prive di sostanza economica che [...] realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*».

⁷³⁶ Sul punto VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3280.

⁷³⁷ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3281.

⁷³⁸ Cass. pen., 9 settembre 2013, n. 36894.

⁷³⁹ Articolo 16 del 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 esposte nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio-assenso*». L'articolo venne poi abrogato dall'articolo 14, comma 1, lett. a), D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

74/2000 emergeva la rilevanza penale della condotta elusiva qualora questa fosse stata posta in essere senza attingere al procedimento di interpello⁷⁴⁰.

Successivamente l'intervento⁷⁴¹ del legislatore prevede l'irrilevanza penale delle operazioni abusive inserendo il comma 13, nell'articolo 10 *bis*, della Legge 212/2000. Alla luce di quanto finora detto necessita verificare se la condotta elusiva, per la giurisprudenza attuale, è riconducibile alle fattispecie penal-tributarie di cui al Decreto Legislativo 74/2000⁷⁴².

In un primo momento la giurisprudenza⁷⁴³ ha ritenuto che un'operazione abusiva/elusiva non è penalmente rilevante ai sensi del comma 13, dell'articolo 10 *bis*, della Legge 212/2000. Ancora, si considera abusiva un'operazione solo se questa è riconducibile al reato di cui al D.Lgs. 74/2000, interpretando in questo senso il disposto dal comma 12, dell'articolo 10 *bis*, della Legge 212/2000.

Successivamente la giurisprudenza⁷⁴⁴ ha affermato che le condotte elusive possono essere penalmente rilevanti qualora integrino gli articoli 3⁷⁴⁵ e 4⁷⁴⁶ del D.Lgs. 74/2000 e risultano applicabili le definizioni di "operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente"⁷⁴⁷ e di "mezzi fraudolenti"⁷⁴⁸.

A riguardo la dottrina⁷⁴⁹ rileva che gli atti, i fatti ed i negozi posti in essere dalla condotta in parola sono leciti. Ciò comporta l'impossibilità di ricondurre la condotta a sanzioni penali.

D'altro canto, la stessa dottrina, rileva che «*la condotta realizzata [...] è definita dalla norma "indebita", e connotata, pertanto, da un disvalore in astratto compatibile con la*

⁷⁴⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3281.

⁷⁴¹ Articolo 1, comma 1, del D.Lgs. 128/2015. Il comma 5 dello stesso articolo prevede l'efficacia della disposizione a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore del decreto. Inoltre l'applicazione della disposizione vigeva anche per le operazioni poste in essere in data anteriore alla loro efficacia per le quali, alla stessa data, non era stato notificato il relativo atto impositivo.

⁷⁴² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3281.

⁷⁴³ Cass. pen., 7 ottobre 2015, n. 40272.

⁷⁴⁴ Cass. pen., 8 aprile 2019, n. 24152.

⁷⁴⁵ L'articolo in parola è rubricato "Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici".

⁷⁴⁶ L'articolo in parola è rubricato "Dichiarazione infedele".

⁷⁴⁷ Per "operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente", a mente dell'articolo 1, lettera g-*bis*), del D.Lgs. 74/2000, si intendono «*le operazioni apparenti [...] poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti*».

⁷⁴⁸ Per "mezzi fraudolenti", a mente dell'articolo 1, lettera g-*ter*), del D.Lgs. 74/2000, si intendono «*condotte artificiali attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà*».

⁷⁴⁹ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3136.

rilevanza penale⁷⁵⁰».

A maggior sostegno della rilevanza penale dell'elusione vi è la considerazione che l'utilizzo di schemi complessi atti ad evitare l'assoggettamento ad imposizione fiscale è indice della volontà di ottenere il risultato che la disposizione vuole ostacolare⁷⁵¹.

Nello specifico della norma in esame la dottrina⁷⁵² rileva che il legislatore si riferisce ad una dichiarazione infedele dal punto di vista tributario⁷⁵³.

È su questa base che si poggia la rilevanza penale dell'elusione perché il contribuente ha indicato in dichiarazione elementi passivi reali ma indeducibili fiscalmente⁷⁵⁴ andando così *contra legem*.

Tale orientamento dottrinale porta a ricomprendere l'imposta elusa nella definizione dell'imposta evasa⁷⁵⁵.

Con queste premesse, appare pacifica la rilevanza penale dell'elusione fiscale.

La giurisprudenza⁷⁵⁶ ha ricondotto l'elusione di imposte alla dichiarazione infedele ex articolo 4 del D.Lgs. 74/2000 perché vengono indicati «*“elementi attivi” inferiori al loro “effettivo” ammontare o “elementi passivi fittizi”*»⁷⁵⁷.

La giurisprudenza⁷⁵⁸ ritiene che la deduzione di componenti negativi di reddito rappresentati fittiziamente comporta una dichiarazione ideologicamente falsa il cui fine è l'“evasione” delle imposte intesa come minore versamento di queste rispetto a quelle dovute, alla stregua di una condotta “elusiva”⁷⁵⁹.

⁷⁵⁰ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3136.

⁷⁵¹ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3136.

⁷⁵² VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3282.

⁷⁵³ Sul punto VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3282 specifica che la dichiarazione infedele dal punto di vista tributario è quella in cui siano stati portati in deduzione del reddito costi indeducibili fiscalmente e/o non siano stati dichiarati componenti positivi tassabili.

⁷⁵⁴ VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, cit., p. 3282.

⁷⁵⁵ A riguardo si veda quanto detto in precedenza sul tema.

⁷⁵⁶ Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 7739.

⁷⁵⁷ PICOTTI L., *Riflessi penali delle recenti riforme sull'abuso del diritto in campo tributario*, in *Rivista di giurisprudenza ed economia d'azienda*, fascicolo 1, 2017, p.81. A riguardo VARRASO G., PERINI A., BARAZZETTA P., LIO M., LAVAZZA L., RIZZARDI M., *La compliance ex D.Lgs. n. 231/2001 e i reati tributari*, cit., p. 45 rilevano che il reato di infedele dichiarazione tiene conto solo degli "elementi attivi/passivi inesistenti", non di quelli "fittizi".

⁷⁵⁸ Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 7739.

⁷⁵⁹ PICOTTI L., *Riflessi penali delle recenti riforme sull'abuso del diritto in campo tributario*, cit., p.81.

Successivamente, *post* riforma ad opera del D.Lgs. 158/2015, la giurisprudenza⁷⁶⁰ ha specificato che il delitto di dichiarazione infedele è integrato quando vengono⁷⁶¹:

- indicati componenti positivi di reddito inferiori a quelli reali;
- indebitamente dedotti costi inesistenti;
- sottofatturati beni e servizi senza che ciò integri una condotta fraudolenta.

Secondo parte della dottrina⁷⁶² «*il comportamento “abusivo” prescinde da qualsiasi riferimento alla “fraudolenza” o “fittizietà” dell’operazione posta in essere, ragion per cui sembrerebbe potenzialmente inquadrabile all’interno della fattispecie prevista dall’articolo 4 del D.Lgs. n.74/2000, a condizione, però, che si superino le soglie previste dalla norma e che si dimostri il “dolo intenzionale” del contribuente; non sarebbe punibile – per insussistenza del requisito psicologico – invece, la condotta posta in essere dal contribuente che prospettasse solo come “eventuale” la conseguenza di un’evasione fiscale*».

Di diversa veduta parte della dottrina⁷⁶³ secondo la quale «*il legislatore ha escluso l’applicazione delle sanzioni penali nella fattispecie delle dichiarazioni infedeli derivanti da fattispecie di natura valutativa relative alla classificazione fiscale e all’imputazione temporale dei componenti positivi e negativi del reddito relativi a violazioni connesse all’interpretazione della norma*»⁷⁶⁴.

In conclusione, se per il legislatore è pacifica l’irrelevanza penale dell’elusione fiscale⁷⁶⁵ non è unitario il pensiero dottrinale in merito che si sta ancora interrogando sul tema. Ciò che conta, per il contribuente, è, in ultima analisi, l’orientamento della giurisprudenza.

Se in un primo momento la risposta dei giudici sul tema era altalenante, ultimamente si sta propendendo per la rilevanza penale dell’elusione fiscale a determinate condizioni⁷⁶⁶.

⁷⁶⁰ Cass. pen., 20 giugno 2017, n. 30686.

⁷⁶¹ VARRASO G., PERINI A., BARAZZETTA P., LIO M., LAVAZZA L., RIZZARDI M., *La compliance ex D.Lgs. n. 231/2001 e i reati tributari*, cit., p. 46.

⁷⁶² SANTORO L., *Rilevanza penale dell’elusione fiscale*, in *Dirigenza Bancaria*, volume 36, fascicolo 154, 2012, p.47.

⁷⁶³ PROCOPIO M., *L’abuso del diritto (o elusione d’imposta): una riforma da ripensare*, cit., p.1474.

⁷⁶⁴ Nel caso di specie si parla di “evasione interpretativa”.

⁷⁶⁵ Così sancita dall’articolo 10 *bis*, comma 13, della Legge 212/2000.

⁷⁶⁶ Si veda quanto detto in Cass. pen., 8 aprile 2019, n. 24152.

CONCLUSIONI

A partire dagli anni Ottanta del Novecento la giurisprudenza ha approfondito il tema dell'elusione fiscale, anticipando il legislatore, intervenuto nel 1990, 1997 e 2015.

Lo stesso è accaduto anche a livello europeo: la giurisprudenza comunitaria ha anticipato le direttive ATAD in materia di elusione fiscale internazionale.

Le operazioni elusive causano una riduzione delle entrate dello Stato in spregio ai principi di solidarietà e uguaglianza del sistema tributario italiano.

Lo Stato combatte la condotta elusiva irrogando sanzioni tributarie e, se previste dall'ordinamento, penali.

L'elusione fiscale si configura quando si pongono in essere operazioni prive di sostanza economica che abbiano il mero scopo di conseguire un indebito vantaggio fiscale. Tale condotta deve essere dimostrata dall'Agenzia delle Entrate, detentrici di un potere discrezionale, in violazione dei principi costituzionali di riserva di legge⁷⁶⁷, di diritto alla difesa⁷⁶⁸ e di capacità contributiva⁷⁶⁹.

Secondo la dottrina⁷⁷⁰ *«l'abuso del diritto inizia dove finisce il legittimo risparmio d'imposta e si realizza quando la condotta non integra la fattispecie evasiva»*.

I confini tra queste tre diverse fattispecie⁷⁷¹ sono talmente labili che spesso una stessa condotta può integrarne più di una; sebbene il legislatore abbia voluto disciplinarle diversamente.

Dalla lettura della disposizione di cui all'articolo 1, comma 1, lett. f), del D.Lgs. 74/2000 non si può fare a meno di notare che il legislatore ha collocato sullo stesso piano l'imposta evasa e l'imposta elusa perché la prima viene considerata dalla norma *«la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione dei*

⁷⁶⁷ Riserva di legge ex articolo 23 della Costituzione. A sostegno del potere discrezionale vi è anche la considerazione che i presupposti dell'elusione (vantaggio fiscale indebito, ragioni extrafiscali non marginali, libertà di scelta delle operazioni economiche) siano vaghi a tal punto che l'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria possa configurarsi come norma e quindi violare il principio di riserva di legge.

⁷⁶⁸ Diritto alla difesa ex articolo 24 della Costituzione.

⁷⁶⁹ Capacità contributiva ex articolo 53 della Costituzione.

⁷⁷⁰ CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, cit., p. 83.

⁷⁷¹ Legittimo risparmio d'imposta, elusione ed evasione.

redditi» mentre la seconda comporta proprio tale differenza⁷⁷².

Tale lettura stride con quanto espressamente previsto dal comma 13, dell'articolo 10 *bis*, della Legge 212/2000: l'irrilevanza penale dell'elusione fiscale.

Inoltre occorre differenziare tra una condotta elusiva ex articolo 10 *bis* della Legge 212/2000 e una condotta elusiva che violi una norma specificatamente antielusiva. Nel primo caso si tratta di elusione⁷⁷³, nel secondo caso si parla di evasione.

Ancora, la condotta elusiva è penalmente rilevante qualora violi specifiche^{774 775} norme antielusive⁷⁷⁶ ovvero se viola gli obblighi dichiarativi relativi alle imposte dirette o indirette⁷⁷⁷.

Ciò premesso non si può affermare che venga rispettato il principio della certezza del diritto sulla cui base il contribuente pone in essere operazioni lecite.

In sintesi, l'elusione è penalmente rilevante qualora le operazioni integranti la fattispecie in parola configurino (anche) illecito penale.

In questa ottica è più facile verificare quando determinate operazioni possano essere penalmente rilevanti in quanto l'*iter* per realizzarle configura una condotta che integra una fattispecie ex D.Lgs. 74/2000, piuttosto che domandarsi se l'elusione *tout court* comporti sanzioni penali.

A prima vista, l'elusione e la fattispecie ex articolo 4 D.Lgs. 74/2000 sembrano essere agli antipodi. La prima è relativa ad una condotta lecita sebbene lo scopo sia l'indebito vantaggio fiscale. La seconda si caratterizza per una condotta *contra legem* con lo scopo di rappresentare altro rispetto alle reali componenti reddituali del contribuente.

Nel corso degli anni giurisprudenza e dottrina si sono interrogate sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale.

La dottrina non ha (ancora) un pensiero unitario relativamente alla rilevanza penale dell'elusione fiscale.

⁷⁷² A riguardo si vedano Cass. pen., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19100.

⁷⁷³ In questo caso ci si interroga sulla rilevanza penale della condotta.

⁷⁷⁴ In questo caso è pacifica la rilevanza penale della condotta *contra legem*.

⁷⁷⁵ Quindi non la clausola generale di cui all'articolo 10 *bis* della Legge 212/2000.

⁷⁷⁶ Casi di condotta elusiva penalmente rilevanti sono da trovarsi nella violazione dell'articolo 172 comma 7 TUIR, in tema di riporto delle perdite in caso fusione, dell'articolo 173 comma 10 TUIR, in tema di riporto delle perdite in caso di scissione, dell'articolo 84 comma 3 TUIR, in tema di riporto delle perdite in caso di operazioni al di fuori di quelle straordinarie, dell'articolo 167 TUIR, per le società estere controllate (CFC). Tale condotta elusiva non configura elusione bensì evasione perché si tratta di comportamento *contra legem*.

⁷⁷⁷ GENTILE M., *La rilevanza "penale" dei comportamenti elusivi*, cit., p.26.

La giurisprudenza in un primo periodo ha espresso pareri contrastanti tra loro. Ultimamente sta propendendo per la rilevanza penale dell'elusione fiscale a determinate condizioni.

Il contribuente che voglia tutelarsi dalle conseguenze fiscali e, ove previsto, penali dell'elusione deve adoperare "strumenti preventivi" quali l'interpello, gli APA e il modello 231.

L'interpello e gli APA sono "strumenti preventivi" in senso stretto: prevengono la condotta elusiva prima che questa venga posta in essere.

Il modello 231, pur essendo, implementato in ottica preventiva, tutela l'ente dopo che la condotta elusiva sia stata posta in essere e ne siano rilevati, dal giudice, caratteristiche che portano a sanzioni amministrative-penali.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Abuso del diritto – Operazioni di dividend washing – Operazioni speculative poste in essere da intermediari finanziari – Esclusione* (C.T. PROV. MILANO N. 9582/41/14, 9583/41/14, 9584/41/14, 9593/41/14), in *Notiziario – Eutekne on line*, 8 dicembre 2014, 2014.

AA.VV., *Affitto d'azienda e fusione societaria – Analisi dei profili di abuso del diritto*, in *Eutekne per la professione*, 18 maggio 2018, 2018.

AA.VV., *Operazioni straordinarie seguite dalla cessione della partecipazione totalitaria in regime PEX – Assenza di valide ragioni economiche – Disconoscimento degli effetti fiscali* (C.T. PROV. VICENZA 6.4.2017 N. 282/3/17), in *Rassegna Giurisprudenza – Eutekne on line*, 31 luglio 2017, 2017.

AA.VV., *Profili di abuso del diritto della scissione immobiliare*, in *Eutekne per la professione*, 30 maggio 2018, 2018.

AA.VV., *Abuso del diritto, Analisi delle novità normative e casi pratici*, Inserto de *Il Sole 24 Ore*, Luglio 2016, 2016.

ALFANO O., *C'è abuso del diritto solo se i vantaggi fiscali sono indebiti*, in *Norme & Tributi Plus*, 17 dicembre 2020, 2020.

ALLENA M., *Abuso del diritto e profili procedurali nel nuovo art. 10-bis dello statuto del contribuente*, in *Rivista di scienze giuridiche*, fascicolo 1, 2017.

ANTICO G., CONIGLIANO M., *La Guardia di Finanza nel contrasto alle frodi IVA i percorsi operativi alla luce delle novità normative*, in *Il fisco*, fascicolo 12, 2018.

ANTONINI M., PIANTAVIGNA P., *Cessioni di partecipazioni, il valore normale come clausola antielusiva*, in *Norme & tributi mese*, numero 1, 5 gennaio 2021, 2021.

ANTONINI M., PIANTAVIGNA P., *Simulazione negoziale e abuso del diritto, la Cassazione traccia il solco*, in *Norme & tributi mese*, numero 9, 8 settembre 2020, 2020.

ANTONINI M., ZOPPIS G., *Legittimo il conferimento con successiva donazione di partecipazioni*, in *Il fisco*, fascicolo 2, 2021.

ARTUSI M.F., *Abuso del diritto sussidiario rispetto alla dichiarazione infedele*, in *Eutekne.info*, 31 maggio 2019, 2019.

ARTUSI M.F., *Le pratiche elusive escludono il reato di omessa dichiarazione*, in *Eutekne.info*, 13 ottobre 2018, 2018.

ARTUSI M.F., *Leasing e trust tra simulazione e abuso del diritto*, in *Eutekne info*, 25 settembre 2015, 2015.

ARTUSI M.F., TRAINOTTI A., *Per l'esterovestizione va accertata l'attività ordinaria della società*, in *Eutekne info*, 12 febbraio 2018, 2018.

BEGHIN M., *La pianificazione fiscale infragruppo scivola sul travestimento del contratto*, in *Rivista di Giurisprudenza tributaria*, volume 28, fascicolo 1, 2021.

BELL A., FALSITTA G., VALSECCHI A., *La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari*, in *Diritto Penale e Uomo*, fascicolo 7-8, 2019.

BELTRACHINI A., *Attività professionale affiancata da una società di servizi: la valida causa del contratto di affitto d'azienda con opzione di acquisto*, in *Euroconference news*, 4 giugno 2020, 2020.

BENIGNI C., *Direttiva Anti-Elusione le novità*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, numero 36, 26 settembre 2016, 2016.

BENIGNI L., BOGETTI F., ROTA G., *Fisco e sentenze/Le massime di cassazione: interpello disapplicativo, ristrutturazione, antieconomicità e soglia di punibilità*, in *Norme & Tributi Plus Fisco*, fascicolo 7, 2019.

BIANCHI R., *Rilevanza penale solo con l'evasione tributaria*, in *Euroconference*, 28 dicembre 2016, 2016.

BOCCALATTE G., SEMERARO P., *Per negare l'applicazione della direttiva Madre-Figlia occorre dimostrare il vantaggio abusivo conseguente alla distribuzione dei dividendi*, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, fascicolo 2, 2019.

BORIA P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, in *Studi Tributari Europei*, volume 9, 2019.

CAPPELLINI P., LUGANO R., *Prassi aziendali monitorate per ridurre i rischi fiscali*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2021, 2021.

CAPOLUPO S., *231 estesa ai reati fiscali: problema risolto?*, in *Ipsa quotidiano*, 17 dicembre 2019, 2019.

CAPOLUPO S., *Maggiori poteri (?) per l'individuazione del titolare effettivo nei trust*, in *Il fisco*, fascicolo 7, 2020.

CAPOLUPO S., *Nuovi poteri alla Guardia di Finanza*, in *Il fisco*, fascicolo 2, 2019.

CARINCI A., DEOTTO D., FABBRI F.P., RANOCCHI G.P., PEGORIN L., LOVECCHIO L., CRAMAROSSA M., BASILAVECCHIA M., *Manuale accertamento e riscossione*, 1° edizione, GRUPPO 24 ORE, 2021.

CARINCI A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso del diritto*, in *Il fisco*, fascicolo 43, 2018.

CECHELLA C., *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, CEDAM, 2020.

CERIONI L., *Possibilità di pianificazione societaria e fiscale all'interno dell'unione europea*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, volume 11, fascicolo 1.

CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, CEDAM, 1992.

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, 35° edizione, Gruppo 24 ore, 2020.

COSER R., *Principi dell'interpello*, in *Sistema Frizzera*, 20 maggio 2021, 2021.

DE LUCA R., *Prevenzione della crisi e compliance 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa*, in *Giurisprudenza Penale*, fascicolo 1-bis, 2021.

DE ZORDO M., *Scissione asimmetrica e abuso del diritto*, in *La Settimana fiscale*, fascicolo 19, 13 maggio 2020.

DEL FEDERICO C., *Le patologie civilistiche del contratto fiscalmente abusato*, in *Contratto e Impresa*, volume 36, fascicolo 4, 1 ottobre 2020, 2020.

DELL'OSSO A.M., PELLECCIA I., *Reati tributari e responsabilità degli enti ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001: alcuni profili problematici*, in www.dirittobancario.it, maggio 2020, 2020.

DELLA PINA M., *Accordi preventivi: restyling retroattivo con maggiori costi per le imprese*, in www.ipsoa.it, 27 novembre 2020, 2020.

DELOITTE, *Reati tributari e modello 231*, settembre 2020, 2020.

DEOTTO D., *Abuso del diritto: i fraintendimenti su effetti economici e giuridici*, in *Norme & Tributi Mese*, numero 1, 8 gennaio 2020, 2020.

DEOTTO D., *Abuso del diritto: non c'è spazio per l'evasione*, in *Norme & Tributi Plus*, 4 ottobre 2020, 2020.

DEOTTO D., *Abuso del diritto, la prassi delle Entrate in cerca di stabilità*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, fascicolo 3, 10 marzo 2021, 2021.

DEOTTO D., *Abuso del diritto, passi avanti ma resta il caso interposizione*, in *Norme & Tributi Plus*, 11 gennaio 2021, 2021.

DEOTTO D., FABBRI F., *Evasione in caso di violazione di norme specificamente antielusive*, in *Guida ai controlli fiscali*, numero 3, 4 marzo 2020, 2020.

DEOTTO D., FABBRI F.P., *Abuso del diritto tra legittimo risparmio d'imposta ed evasione*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, numero 3, 4 marzo 2020, 2020.

DEOTTO D., FABBRI F.P., *Cessione di quote rivalutate: non c'è abuso neppure se il corrispettivo è pari ai dividendi*, in *Norme & Tributi Plus*, 11 novembre 2020, 2020.

DEOTTO D., FABBRI F.P., *Elusivo il conferimento con avviamento negativo seguito dall'utilizzo di un accantonamento in neutralità*, in *Norme & Tributi Plus*, 10 febbraio 2021, 2021.

DEOTTO D., FABBRI F.P., *Una clausola antielusiva "semi-generale" per fattispecie tassative*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, numero 3, 2020.

DEOTTO D., FABBRI F.P., *Una disposizione generale per le operazioni abusive*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, numero 3, 4 marzo 2020, 2020.

DEOTTO D., *Processi aggregativi, i rischi di abusività della condotta*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, numero 3, 10 marzo 2021, 2021.

DI SIENA M., *La criminalizzazione dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto. Un caso irrisolto della giurisprudenza penale tributaria*, in *Rivista trimestrale diritto tributario*, fascicolo 2, 2015.

DODERO A., *Abuso del diritto in attesa di scelte sistematiche*, in *Corriere tributario*, volume 42, fascicolo 2, 2019.

DOMENIGHINI A., *Azioni proprie ed elusione fiscale*, in *Il commercialista veneto*, numero 245, 2018.

DORIGO S., *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giurisprudenza Penale, Rivista mensile*, fascicolo 7-8, 2017.

DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, VII edizione, IPSOA, 2016.

FABBRI F.P., *Cessione di aree edificabili, interposizione fittizia contesta ancora come elusione*, in *Norme & Tributi Plus*, 8 dicembre 2020, 2020.

FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, VII edizione, CEDAM, 2019.

FERRONI B., *Gli strumenti ibridi nel BEPS e nella direttiva UE antielusione*, in *Il fisco*, fascicolo 35, 2018.

FICARI V., *La rilevanza penale dell'elusione/abuso: quali regole da un caso concreto?*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fascicolo 4, 2013.

FORMICA P., GUARNACCIA C., *Acquisto di azioni proprie precedute da rivalutazioni: non c'è abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, fascicolo 2, 2021.

FRANCONI F., *Accordi preventivi internazionali retroattivi ma a pagamento*, in *Il fisco*, fascicolo 3, 18 gennaio 2021, 2021.

GENTILE M., *La rilevanza "penale" dei comportamenti elusivi*, in *Rassegna di giurisprudenza di diritto tributario italiano*, 2012.

GIACOMETTI T., *La Cassazione torna sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Diritto penale Contemporaneo*, fascicolo 4, 2013.

GIACOMETTI T., *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, volume 56, fascicolo 1, 2013.

IAIA R., *La interest limitation rule della direttiva antielusione (ATAD)*, in *Diritto e pratica tributaria*, fascicolo 6, 2018.

KPMG, *L'introduzione dei reati tributari nel D.Lgs 231*, 2020.

LA BARBERA L., *Un pannello di controllo per le situazioni critiche e la raccolta degli allegati*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2021, 2021.

LATINI S., *Direttiva ATAD2: i "primi" effetti sulle grandi aziende*, in *Ipsa quotidiano*, 5 febbraio 2020, 2020.

LAUGELLI R., *Interposizione "reale": ma lo schermo societario può non bastare*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, fascicolo 25, 2020.

LOVISOLO A., *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Rivista pratica tributaria*, 1984, 5.

MANCIN M., *Le operazioni straordinarie d'impresa*, GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE, 2020.

MANCIN M., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, GIAPPICHELLI EDITORE, 2016.

MARCHEGIANI A., NATALUCCI G., *Le società con attività internazionale*, in *Edicola Fisco*, fascicolo 42, 2019.

MARCHESELLI A., RONCO S.M., *La formulazione dell'abuso del diritto contenuta nella Direttiva europea*, in *Corriere Tributario*, fascicolo 7, 2017.

MARINO G., *Il tax whistleblowing: dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva*, in *Diritto e Pratica tributaria*, fascicolo 4, 2020.

MARINOZZI C., *Illegittimo il rilievo sul transfer pricing senza prova del fine elusivo*, in *Eutekne info*, 6 giugno 2017, 2017.

MATTERA R., *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e impresa*, volume 36, fascicolo 1, 2020.

MAURO A., *Conferimento d'azienda con successiva cessione di quote a rischio elusione*, in *Eutekne info*, 20 marzo 2013, 2013.

MEOLI M., *Pericoli plurimi tra le pieghe della scissione*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 7 gennaio 2013, 2013.

MIELE L., *Abuso del diritto: quale certezza nei rapporti fra Fisco e contribuente?*, in *Corriere Tributario*, volume 43, fascicolo 2, 2020.

MIELE L., *Leverage cash out operazione elusiva*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, volume 9, fascicolo 1, 2021.

MORINI G., *Abuso del diritto ed elusione fiscale tra giurisprudenza comunitaria e giurisprudenza nazionale*, in *www.ilcaso.it*, 6 agosto 2018, 2018.

NASTRI M.P., *Effetti in tema di accertamento*, in *L'affitto di azienda*, 2010.

ODETTO G., *Nelle scissioni totali, le cessioni delle quote sotto la lente del Fisco*, in *Eutekne.info*, 31 maggio 2010, 2010.

PALESTINI S., *Un modello di controllo per la gestione dei presidi relativi a reati tributari ex D.Lgs. 231/2001*, in *Amministrazione & Finanza*, volume 35, fascicolo 5, 2020.

PICOTTI L., *Riflessi penali delle recenti riforme sull'abuso del diritto in campo tributario*, in *Rivista di giurisprudenza ed economia d'azienda*, fascicolo 1, 2017.

PISTONE P., *Beneficiario effettivo e clausole generali antielusione*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, fascicolo 4, 2020.

PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e pratica tributaria*, volume 90, fascicolo 4, 2019.

PURPURA A., *Contrasto alle condotte abusive nelle economie digitali in chiave italiana ed europea*, in *Corriere tributario*, fascicolo 4, aprile 2020, 2020.

RIZZARDI R., *Evasione, elusione o legittimo risparmio d'imposta? I dubbi della direttiva DAC6*, in *Ipsa quotidiano*, 9 ottobre 2020, 2020.

ROMANO C., MASSA G., CONTI D., *Legge di Bilancio: novità su accordi preventivi per imprese multinazionali*, <https://pwc.to/3fSYJlb>, 13 gennaio 2021, 2021.

SANTORIELLO C., *Abuso del diritto con rilievo penale solo se la condotta elusiva è fraudolenta*, in *Il quotidiano del commercialista*, 19 dicembre 2016, 2016.

SANTORIELLO C., *Sull'abuso del diritto, la Cassazione non torna indietro: se c'è simulazione e frode l'elusione è reato*, in *Il fisco*, fascicolo 27, 2019.

SANTORO L., *Rilevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Dirigenza Bancaria*, volume 36, fascicolo 154, 2012.

SCAZZERI G., *Aspetti elusivi del trust e normativa di contrasto*, in *Il Fisco*, fascicolo 1, numero 18, 2010.

SORIANO G., *L'elusione fiscale nelle operazioni societarie straordinarie*, EDIZIONE ACCADEMICHE ITALIANE, 2020.

SPINA F., *Non è elusiva la riorganizzazione aziendale che ha come conseguenza un carico fiscale inferiore*, in *www.iltributario.it*, 3 maggio 2019, 2019.

STEVANATO D., *La norma antielusiva è conforme alla Direttiva ATAD?*, in *Corriere Tributario*, volume 42, fascicolo 7, 2019.

TESAURO F., *Manuale del Processo tributario*, Quarta edizione, GIAPPICHELLI EDITORE, 2017.

TOPPAN A., TOSI L., *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, CEDAM, 2017.

TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Sesta edizione, CEDAM, 2018.

TROYER L., *La rilevanza penale dell'elusione tra Suprema Corte e Legislatore dopo la sentenza D&G*, in *Le Società*, fascicolo 6, 2012.

UCKMAR A., *Interpretazione funzionale delle norme tributarie*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1949.

VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, I edizione, IPSOA, 2014.

VARCHETTA F., *Natura dell'iscrizione al registro VIES requisito formale o sostanziale?*, in *L'IVA*, 2021.

VARRASO G., PERINI A., BARAZZETTA P., LIO M., LAVAZZA L., RIZZARDI M., *La compliance ex D.Lgs. n. 231/2001 e i reati tributari*, in www.aadv231.it, 17 dicembre 2020, 2020.

VIOTTO A., *La tassazione del reddito delle società di capitali*, Seconda edizione, GIAPPICHELLI EDITORE, 2018.

ZANETTI E., *Con patrimonio effettivo capiente disapplicazione al riporto perdite post fusione*, in *Eutekne.info*, 11 febbraio 2019, 2019.

ZANETTI E., *Conferimento d'azienda e cessione partecipazione, nessuna elusione*, in *Eutekne info*, 26 giugno 2012, 2012.

ZANETTI E., *Disapplicazione integrale per i limiti al riporto delle perdite post fusione*, in *Il Quotidiano del Commercialista*, 3 gennaio 2019, 2019.

ZANETTI E., *Elusivo l'acquisto di azioni proprie prima rivalutate da soci persone fisiche*, in *Eutekne.info*, 9 febbraio 2021, 2021.

ZAPPI A., *Il "nuovo" art. 20 del TUIR e l'abuso del diritto nelle imposte (finalmente) di "atto"*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, fascicolo 3, 2018.

ZIZZO G., *I profili processuali dell'abuso del diritto*, in *Rassegna Tributaria*, volume 63, fascicolo 1, 2020.

GIURISPRUDENZA

Cass. civ., 18 dicembre 1985, n. 6445.

Cass. civ., 9 giugno 1988, n. 3910.

Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, Causa C-110/99.

Cass. civ., Sez. V, 3 settembre 2001, n. 11351.

Cass. civ, Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398.

Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, Causa C-255/02.

Cass. pen., 7 luglio 2006, n. 23730.

Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, Causa C-196/04.

Cass. civ., Sez. trib., 13 ottobre 2006, n. 22023.

Commissione Tributaria Regionale di Milano, 16 maggio 2008, n. 52.

Cass. civ., 23 dicembre 2008, n. 30055.

Cass. civ., 23 dicembre 2008, n. 30056.

Cass. civ., 23 dicembre 2008, n. 30057.

Cass. civ., sez. trib., 21 gennaio 2009, n. 1465.

Cass. civ., 30 novembre 2009, n. 25127.

Cass. civ., 21 gennaio 2011, n. 1372.

Cass pen., 7 luglio 2011, n. 26723.

Trib. Trento, GUP Benini, 29 settembre 2011, n. 571.

Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 7739.

Cass. pen., 28 febbraio 2012, n. 7739.

Cass. civ., Sez. V, 4 aprile 2012, n. 5382.

Commissione Tributaria Provinciale di Milano, 29 maggio 2012, n. 168.

Corte di cassazione, 19 marzo 2013, n. 6835.

Cass. pen., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19100.

Cass. civ., 25 giugno 2013, n. 15968.

Cass. pen., 31 luglio 2013, n. 33184.

Cass. pen., Sez. III, 6 settembre 2013, n. 36859.

Cass. pen., 9 settembre 2013, n. 36894.

Cass. pen., 3 aprile 2014, n. 15186.

Corte di cassazione, 9 maggio 2014, n. 10080.

Commissione Tributaria Regionale di Milano, 11 settembre 2014, n. 4539.

Commissione tributaria provinciale Milano, 5 novembre 2014, n. 9582.

Commissione tributaria provinciale Milano, 5 novembre 2014, n. 9583.

Commissione tributaria provinciale Milano, 5 novembre 2014, n. 9584.

Corte di Cassazione, 7 novembre 2014, n. 46137.

Corte di Giustizia, 12 febbraio 2015, Causa C-662/13.

Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449.

Cass. civ., 13 maggio 2015, n. 9709.

Cass. pen., 7 ottobre 2015, n. 40272.

Cass. civ., 15 aprile 2016, n. 7493.

Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 48293.

Cass. pen., Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016.

Cass. pen., 20 giugno 2017, n. 30686.

Corte di Giustizia, 7 settembre 2017, Causa C-6/16.

Commissione tributaria regionale Lombardia, 4 settembre 2018, n. 3674.

Cass. civ., sez. trib., 16 gennaio 2019, n. 868.

Cass. pen., 8 aprile 2019, n. 24152.

Corte di Cassazione, 16 maggio 2019, n. 13123.