

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MACERATA**  
**FACOLTA' DI ECONOMIA**  
**DIPARTIMENTO DI ISTITUZIONI ECONOMICHE E FINANZIARIE**

***GIUSEPPE RIPA***

**L'ELUSIONE FISCALE:  
DALLE ORIGINI ALLA RIFORMA**



*La presente monografia è stata sviluppata all'interno di un progetto di ricerca coordinato dalla Prof.ssa Antonella Paolini e dal Prof. Mauro Marconi.*

*Ai componenti del gruppo di ricerca ed ai coordinati che con le loro osservazioni hanno ampliato la riflessione sul tema, vanno i miei ringraziamenti.*

---

**SOMMARIO**

PREMESSA.....	1
CAPITOLO I: LE CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELL'ELUSIONE FISCALE .....	3
1. Elusione: lineamenti generali .....	3
2. Elusione, evasione e risparmio d'imposta.....	7
3. Strumenti di contrasto all'elusione.....	16
3.1 L'interpretazione .....	16
3.2 Autonomia contrattuale e disconoscimento dei vantaggi fiscali .....	22
3.3 Elusione e Simulazione .....	26
3.4 Interposizione fittizia di persona .....	29
3.5 "Negozio" Indiretto .....	32
3.6 Contratto in frode alla legge.....	34
CAPITOLO II: LA DISCIPLINA ANTIELUSIVA IN ITALIA .....	41
1. Norme antielusive: tipologia e finalità .....	41
2. Breve cenno storico sulla norma antielusione in Italia.....	49
3. Art. 10 della Legge n. 408 del 1990 .....	52
4. Articolo 37 bis del D.P.R. 600/1973 .....	57
4.1 Art. 37 bis, Comma 1: comportamento ritenuto elusivo .....	58
4.2 Art. 37 bis, Comma 2: disconoscimento vantaggi fiscali .....	68
4.3 Art. 37 bis, Comma 3: le fattispecie potenzialmente elusive .....	70
4.4 Art. 37 bis, Commi 4-7: procedura di accertamento e riscossione.....	72
4.5 Art. 37 bis, Comma 8: disapplicazione delle norme antielusive .....	76
4.6 Il comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive .....	82

4.7 I pareri del comitato .....	90
4.8 Il ruling internazionale .....	94
CAPITOLO 3: ELUSIONE FISCALE E RIFORMA TRIBUTARIA .....	104
1 Introduzione .....	104
2 Le modifiche all'articolo 37 – bis .....	107
2.1 Consolidato Fiscale .....	112
2.2 Trasparenza .....	119
2.3 Pex .....	121
2.4 Conferimenti.....	128
3 Rilevanza penale dell'elusione .....	130
4 Disposizioni antielusive già presenti .....	140
4.1 Trasfer pricing .....	140
4.2 Indeducibilità dei costi .....	146
4.3 Trasferimento della sede all'estero.....	148
4.4 CFC .....	152
5 Nuovi istituti tipicamente antielusivi .....	163
5.1 Pro rata patrimoniale .....	163
5.2 Thin capitalization.....	165
ALLEGATO A: PARERI COMITATO CONSULTIVO .....	173
BIBLIOGRAFIA .....	196

### **PREMESSA**

Che l'elusione fiscale rappresenti uno dei più sfuggenti e impalpabili temi di discussione è testimoniato dai molteplici e spesso disomogenei orientamenti che la dottrina ha via via assunto; ciò soprattutto a causa delle difficoltà di inquadramento del fenomeno prima in assenza di un riferimento normativo specifico e ora di una sua piana interpretazione.

Se poi dal piano teorico ricco di argomentazioni e ipotesi spesso affascinanti, ma quasi mai operativamente valide, si scende nella quotidiana necessità di adozione di idonei strumenti di contrasto, le cose si complicano ulteriormente. Le mille sfaccettature dell'elusione, i suoi labili confini con fenomeni di più netta classificazione quali l'evasione o il (lecito) risparmio di imposta arricchiscono da sempre le discussioni sull'argomento, lasciando fiorire, di volta in volta, nuove problematiche, al passo con l'evoluzione della normativa tributaria e dei comportamenti dei contribuenti.

Proprio la difficoltà di inquadrare puntualmente il fenomeno ha spinto l'amministrazione finanziaria a reagire ai comportamenti (suppostamente) elusivi dei contribuenti con atteggiamenti a volte schizoidi, tesi alla ricerca di soluzioni interpretative tanto esasperatamente articolate quanto operativamente inefficaci.

Queste tematiche hanno ultimamente assunto un rilievo particolare, in uno scenario fatto da una legislazione tributaria in evoluzione che, nell'introdurre massicciamente meccanismi premiali, tende ad accompagnare le disposizioni di favore con norme antielusive di chiusura mirate ad evitare strumentalizzazioni e distorsioni applicative. In assenza di principi generali, ecco che l'ordinamento tributario si infarcisce in maniera eterogenea e a volte estemporanea di disposizioni a carattere antielusivo che, nel prendere in

considerazione casistiche isolate e spesso in continua ed imprevedibile modificazione, finiscono con l'esaurire i propri effetti in breve tempo.

In tale camaleontica evoluzione una tappa importante sembra essere costituita dalla nuova disciplina fiscale delle società di capitali, avviata dal primo gennaio scorso con una mastodontica opera di riorganizzazione del testo unico.

Tale rivoluzione copernicana, nel semplificare e razionalizzare il prelievo sugli utili societari, attraverso il recepimento di tecniche ormai consolidate a livello comunitario ed internazionale ha, evidentemente, ridestato nell'amministrazione finanziaria preoccupazioni pressanti in ordine ai nuovi ed imprevedibili orizzonti elusivi a disposizione dei contribuenti. Così, accanto ad istituti opzionali volti ad ovviare ad evidenti storture del passato, si pensi al regime di trasparenza per le società di capitali o alla tassazione di gruppo di cui al consolidato nazionale ed internazionale, ecco che le nuove opportunità vengono spesso e volentieri minate alla radice da atteggiamenti forzatamente ed eccessivamente difensivistici che si concretizzano nell'introduzione di tutta una serie di precetti volti ad evitare possibili abusi.

Da qui l'idea che il nuovo testo unico, lungi dal risolvere la problematica legata all'elusione fiscale, annidi in sé tutta una nuova serie di norme antielusive che si affiancano e spesso si sovrappongono, a quella di base, la quale sembra ormai essere stata svuotata di significato pratico alla luce delle nuove e ben più insidiose minacce che inquinano tutti i principali nuovi istituti introdotti dall'ires.

## **CAPITOLO I: LE CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELL'ELUSIONE FISCALE**

### **1. Elusione: lineamenti generali**

L'elusione tributaria o fiscale, è un tema ampiamente trattato dalla dottrina in ragione del fatto che trattasi di una fattispecie di difficile classificazione, complessa e sfuggibile. Le difficoltà di un suo preciso inquadramento si riscontrano sia dal punto di vista teorico, sia nell'ottica dell'adozione di abili strumenti di contrasto. La sua "sfuggibilità" è sottolineata dalla circostanza che sono presenti definizioni univoche solamente in riferimento ai lineamenti generali del fenomeno, mancando, al contrario, la capacità di riassumerne le innumerevoli sfaccettature e manifestazioni all'interno di una definizione univoca, tale da darle una unitarietà ed una precisa collocazione all'interno del sistema. Ne consegue, che il concetto di elusione non abbia soluzione di continuità, manifestando problematiche sempre diverse, che si evolvono parallelamente al modificarsi del sistema normativo tributario e con esso, dei comportamenti adottati dai contribuenti. In sintesi, la fattispecie si può manifestare nelle forme più eterogenee, per cui la sua riconduzione ad unità di sistema è pressoché impossibile<sup>1</sup>.

Il fenomeno dell'elusione da un punto di vista di atteggiamento naturale dell'uomo in quanto operatore economico razionale, consiste nel raggiungere un vantaggio (in questo caso minor onere tributario) con il minimo sforzo

<sup>1</sup> In tal senso POLLARI, "Problemi dell'elusione fiscale: cause endogene ed esogene che possono favorirne la patologia", in "Il Fisco n. 34/1985".

NUZZOLO A., "Profili problematici in materia di elusione fiscale alla luce dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali", Fisco oggi, Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate.

possibile, nell'ottica di una sorta di analisi costi – benefici. Per questo, ponendo l'obbligo tributario come costo è spontaneo ipotizzare che il contribuente cerchi di porre in essere un comportamento che gli consenta il minor sacrificio possibile, cioè a dire la massimizzazione del risparmio d'imposta<sup>2</sup>.

Dal punto di vista giuridico, invece, l'elusione consiste nell'utilizzo da parte del contribuente di un mezzo lecito, per evitare l'insorgere del presupposto impositivo (e di conseguenza dell'obbligazione tributaria) sfruttando le imperfezioni insite nell'ordinamento giuridico.

Si può anche far riferimento diretto alla manipolazione di fattispecie civilistiche, quali possono essere, l'utilizzo di schemi contrattuali anomali per ridurre l'onere tributario insito nell'operazione economica ed ottenere benefici fiscali non dovuti.

L'essenza di un comportamento elusivo è quella di strumentalizzare la forma di una regola distorcendone la sua finalità sostanziale. Per questo, l'elusione può anche essere definita come un comportamento (sia esso fatto o negozio) volto ad ottenere un risparmio d'imposta che esplicitamente la norma non

<sup>2</sup> In tal senso LUNELLI R. "L'elusione Tributaria", in "Il fisco" n. 38/2003 afferma che: "Adam Smith sosteneva che l'elusione non è tanto un '*artificio ai limiti della legalità*', quanto un atteggiamento naturale dell'uomo, inteso come soggetto economico propenso ad assumere i comportamenti che implicano il '*minor sacrificio*' (avuto riguardo al risultato che intende perseguire). Ogni persona è, infatti, portata ad orientare le proprie azioni in base al rapporto "costi – benefici"; e cerca di raggiungere gli obiettivi che si pone con il minor impegno (personale e patrimoniale) possibile. [...] sotto il profilo economico, la ricerca del minor onere (tributario) possibile, da parte del contribuente, costituirebbe un comportamento "naturale", come tale privo di connotazioni negative".

Si veda anche POLLARI, "Diritto penale e processuale penale e tributario", Milano 1995, pag. 85: "trova le proprie radici più profonde nell'intimo dell'*homo economicus*, nella sua innata tendenza a perseguire il massimo del vantaggio con il minimo sforzo".

vieta, ma che risulta incompatibile con i principi dell'ordinamento tributario, il cui fine esclusivo è impedire il sorgere della fattispecie legale imponibile<sup>3</sup>. A questo punto si ritiene lecito domandarsi quali possano essere i fattori che determinano l'insorgere del fenomeno elusivo. Si è ormai concordi nell'affermare che vi sono alcune cause esogene al sistema normativo – tributario che possano in qualche maniera spingere verso l'elusione. Queste sono di natura economica, politica o psicologica. Le cause di natura economica sono direttamente imputabili al peso del carico tributario in relazione dell'effettiva capacità contributiva del soggetto. Nello specifico un peso preminente lo riveste la pressione tributaria cioè a dire, la sommatoria di tutti i tributi dovuti e versati dal contribuente. A questo si aggiunge la possibilità che in un Paese come l'Italia, ad esempio, possa affiancare l'esistenza di una sterminata quantità di imposte. Il tentativo di sfuggire alla pressione tributaria tramite l'elusione è spesso strumento utilizzato dagli operatori economici in generale ed, in particolare, dalle imprese per poter restare in un mercato sempre più competitivo, con una "normale" remunerazione dell'investimento.

Altro elemento di rilievo risulta essere la politica finanziaria ed economica posta in essere dallo Stato. Questo, determinando il sistema di spesa del denaro pubblico influisce sulla distribuzione del carico fiscale, determinando la spinta all'elusione per i soggetti più pressati. Tale risvolto della politica economico – fiscale è conseguenza della scarsa fiducia del contribuente nello Stato, nell'impiego del denaro pubblico e causa giustificatrice, per porre in essere atti elusivi volti a "bilanciare" le inefficienze della Pubblica Amministrazione.

<sup>3</sup> Cfr. LUNELLI R., op. cit., pag. 7.

In tal senso anche LOVISOLO, "L'evasione e l'elusione tributaria", in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1984.

Altra causa che potremmo definire esogena al fenomeno elusivo è quella psicologica, stante nei modi differenti di reagire del soggetto nei confronti dell'obbligo di dover concorrere alla spesa pubblica. Il ricorso al fenomeno elusivo diviene naturale per i soggetti che considerano l'imposizione tributaria come privazione. Anche in questo caso, come nei due precedenti, l'attuazione di manovre elusive diviene strumento di difesa verso obbligazioni ritenute ingiuste ed inique.

Le altre cause che possano spiegare il ricorso all'elusione sono connaturate al sistema normativo tributario. In primis si fa riferimento alla struttura del nostro sistema fiscale, che manca di una clausola generale atta ad arginare il fenomeno elusivo, a favore di una impostazione fenomenica che prevede una rigida casistica dei casi riconducibili all'elusione fiscale. Il limite di un sistema così strutturato è l'incapacità di far fronte all'evoluzione della struttura normativa, la nascita di continui negozi giuridici e una sempre più complessa realtà dei comportamenti dei contribuenti. La specialità della norma e la sua sempre maggiore frammentarietà, lascia ampi spazi di movimento per i soggetti che vogliano diminuire od eliminare il loro carico impositivo. Questo aspetto di dicotomia fra norma di carattere generale e speciale verrà trattato nello specifico al capitolo 2.

## 2. Elusione, evasione e risparmio d'imposta.

In riferimento all'assunto di cui al paragrafo precedente, la mancanza, nell'ordinamento giuridico italiano di una nozione specifica sull'elusione fiscale, lascia spazio a diversi problemi di carattere concettuale – definitorio correlato all'esigenza di distinguere la fattispecie elusiva dalla nozione di evasione fiscale e di legittimo risparmio d'imposta.

a) Per quanto attiene l'evasione fiscale occorre specificare che pur mancando una nozione legale, ciò non ostacola un suo specifico inquadramento.

L'evasione o anche tax insolvency “si sostanzia in un comportamento contra legem che, in palese violazione di norme, si realizza allorché il contribuente si renda inadempiente rispetto all'obbligazione tributaria pur in presenza del relativo presupposto”<sup>4</sup>. Il soggetto si sottrae all'obbligo impositivo previo occultamento o riduzione della ricchezza prodotta (o di base imponibile)<sup>5</sup>, risultando così evidente che la condotta volontariamente volta a commettere illeciti e violare norme. L'evasione consta in un comportamento fraudolento, atto a sottrarsi, totalmente o parzialmente, ad una pretesa tributaria già sorta (i

<sup>4</sup> Cfr. NUZZOLO A., op. cit. ed NUZZOLO A. – LA COMMARA U., “Elusione fiscale” in Rivista della Guardia di Finanza, n. 2/2002 pag. 777.

Cfr. LOVISOLO, *L'evasione e l'elusione tributaria*, cit.; BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, cit., pag. 27; ANTONINI, *Evasione ed elusione di imposte (Gli atti simulati e le imposte di registro e sulle successioni)*, in Gior. it., 1959, IV, 97; GONZALES GARCIA, *La cosiddetta “evasione fiscale legittima”*, in Riv. dir. fin. sc. fin, 1974; GROSSO, *L'evasione fiscale*, Torino, 1980; RAU, *Problemi fiscali di evasione, di sanzioni e di garanzie*, Milano, 1984; SANTAMARIA, *La frode fiscale*, Milano, 1987.

<sup>5</sup> Si veda LUNELLI R., op. cit.

presupposti dell'imposizione si sono già verificati) in base a specifiche disposizioni di legge<sup>6</sup>.

I comportamenti evasivi si realizzano sempre in atti contro la legge, sia nel caso del compimento di atti falsi come la mancata dichiarazione dei costi sostenuti o come occultamento di fatti reali quali la mancata registrazione di compensi, sia riguardo una inesatta applicazione delle norme fiscali, anche se in buona fede. In ogni modo si manifestino, i comportamenti evasivi causano due situazioni specifiche della fattispecie: la creazione di una apparenza da cui scaturiscono la riduzione e l'inesistenza del debito di imposta; l'impossibilità, per l'Amministrazione finanziaria di valutare l'attendibilità della base imponibile dichiarata, solamente su base documentale<sup>7</sup>. L'evasione tributaria risulta essere considerata come comportamento intrinsecamente anti-giuridico, non rilevando il conseguimento di un effettivo vantaggio economico da parte del contribuente, intendendosi come fattispecie violata l'interesse dell'Amministrazione alla corretta applicazione della legge tributaria.

Essendo, l'evasione, ormai si è detto più volte, un comportamento illecito, il legislatore deve combatterlo e a tale scopo ha previsto diversi strumenti volti al recupero del tributo evaso e un connesso sistema sanzionatorio sia di

<sup>6</sup> VANZ G., "L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica", in *Rassegna Tributaria* n. 5/2002, pag. 1609: "Come è stato ormai da tempo compiutamente dimostrato dalla migliore dottrina, l'elusione si differenzia nettamente dall'evasione. Mentre l'evasione necessariamente comporta l'inadempimento di obblighi o di obbligazioni *già sorti* (e quindi, la commissione di un illecito), per contro l'elusione si realizza semplicemente tenendo comportamenti che evitino il verificarsi dei presupposti impositivi o che pongano in essere presupposti fiscalmente meno onerosi, o, al limite, più vantaggiosi".

Si vedano inoltre BLUMENSTEIN E. "Sistema di diritto delle imposte, 1944, traduzione di FORTE, Milano, Giuffrè, 1954 . HENSEL A. "Diritto tributario" traduzione di D. Jarach, Milano, Giuffrè, 1956.

<sup>7</sup> In tal senso CIPOLLINA, *op. cit.*, pag. 135.

carattere amministrativo che penale, anche se tale collegamento, di regola automatico, può venir meno su previsione normativa<sup>8</sup>.

A conclusione si deve ricordare la differenza esistente fra la fattispecie dell'evasione e la frode fiscale. Entrambe hanno come scopo principale di non adempiere a quanto dovuto allo Stato, ma mentre l'evasione si caratterizza con l'inadempimento del debito d'imposta, la frode fiscale si perfeziona con l'esecuzione di atti strumentali all'evasione, rilevanti in sede penale<sup>9</sup>.

**b)** In netta contrapposizione con il concetto di evasione vi è quello del legittimo risparmio d'imposta o tax saving<sup>10</sup>. Il concetto fondamentale da cui si parte è l'assoluta mancanza, nel nostro ordinamento, di una norma che impedisca ai contribuenti di scegliere liberamente fra diverse possibilità proposte dal sistema con lo scopo di minimizzare l'onere fiscale<sup>11</sup>. Il tratto

<sup>8</sup> In tal senso si veda decreto legislativo 18.12.1997 n. 472 sul riordino delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributaria, la cui portata innovativa consiste nella personalizzazione delle sanzioni, prevede che l'autore della violazione non è punibile quando la violazione è determinante da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono (art. 6).

<sup>9</sup> Sull'argomento LOVISOLO, *L'evasione e l'elusione tributaria*, cit: "mentre l'evasione può essere intesa sia come fenomeno economico, sia come fenomeno giuridico, il termine "frode" corrisponde ad un concetto esclusivamente giuridico, sicché se può configurarsi un comportamento latu sensu di evasione non sanzionato dalla legge, non può ammettersi un'ipotesi di frode fiscale al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge". CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 42.

<sup>10</sup> Cfr. LUNELLI R. op. cit. pag. 10: "Chi si limita nell'ambito delle leggi vigenti, a ricercare la soluzione meno onerosa fra quelle che gli sono offerte dall'ordinamento, non fa altro che esercitare un proprio diritto e – sovente – assolvere a un proprio dovere (come l'amministratore di società, che ha l'obbligo di contenere – nell'ambito della legge – tutti i "costi" aziendali, fra i quali anche quelli tributari); chi, viceversa, "strumentalizza" determinati istituti giuridici per conseguire risparmi d'imposta "indebiti" (in rapporto alle "operazioni" realizzate) "abusa del diritto" e va pertanto, dissuaso (prima) e riportato (poi) nell'ambito dei principi dell'ordinamento".

<sup>11</sup> Si veda GALEOTTI FLORI, "L'elusione tributaria", in *Il Fisco* n. 14/1989.

caratteristico della fattispecie è la ricerca del risparmio d'imposta, anche come fine stesso dell'operazione posta in essere e la contemporanea assenza di qualsivoglia manipolazione o strumentalizzazione della norma. Tale fattispecie si presenta ogni volta che il soggetto passivo d'imposta rinunci a porre in essere un determinato comportamento che determinerebbe l'insorgere di un'obbligazione tributaria. Una condotta di tal genere non può essere censurabile poiché non vi è alcun presupposto d'imposta e di conseguenza alcuna obbligazione al pagamento. Risulta, quindi, fisiologico che un soggetto, nel raggiungere il medesimo scopo, fra più alternative opti per quella avente un trattamento fiscale migliore nell'alveo di quella fattispecie che si può definire "economia di scelta". In questa ottica per cui il sistema stesso offre al contribuente diverse alternative di pari dignità, non è condannabile colui il quale cerchi di pianificare l'ammontare del reddito nei singoli periodi d'imposta<sup>12</sup>. Anzi è la stessa struttura del sistema fiscale che offre un ampio panorama di scelte, che indirizza il soggetto passivo alla realizzazione di programmi di politica fiscale od economica sempre più ampie<sup>13</sup>.

In questa ottica è ovvio che occorre tener separati il concetto di legittimo risparmio d'imposta dall'elusione fiscale, che possiamo definire come risparmio patologico. A tale scopo gli elementi identificatori del legittimo risparmio d'imposta rispetto la fattispecie elusiva sono essenzialmente:

<sup>12</sup> Cfr. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968: "Gli esempi di politica economico-tributaria o di tecnica tributaria, nei quali il risparmio di imposta, anche sotto forma di sospensione di imposta, costituisce indeclinabile riferimento di razionali scelte di gestione o di investimento, nonché incentivo o disincentivo, oppure contropartita di altre obbligazioni o rinunce, sono tali e tanti, e talmente eterogenei da sottrarsi ad una configurazione unitaria e da implicare considerazioni che ci portano lontano".

<sup>13</sup> Sull'argomento del risparmio d'imposta Cfr. COSCIANI, *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1953 e PARRAVICINI, *Scienza delle finanze*, Milano, 1975. Cfr. anche GOTHOT, *The purpose test and abuse of right*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1985.

1. Il collocamento all'interno del sistema della normativa applicata dal contribuente con la pari dignità di altre norme che permettono di ottenere risultati equivalenti;
2. verificare se i vantaggi fiscali ottenuti, benché formalmente legittimi, all'interno del sistema siano comunque valutati negativamente (disapprovati).

Per quanto concerne l'elemento di cui al punto 1, il risparmio d'imposta "fisiologico" si riscontra nell'utilizzazione di una norma pariordinata in confronto agli altri strumenti giuridici impiegabili. Per contro, l'elusione (risparmio patologico) deriva il più delle volte da disposizioni lacunose. In merito al punto 2 si fa riferimento ad una eccezione al principio generale di cui al punto 1, per cui anche se la disciplina applicata, meno onerosa dal punto di vista fiscale, risulta avere pari dignità rispetto ad altre fattispecie dell'ordinamento, ma il risultato ottenuto dal contribuente è disapprovato dal sistema, il risparmio d'imposta si classifica come patologico. Gli indicatori di tale stato possono essere taluni divieti per fattispecie affini, poste in essere dal soggetto passivo d'imposta, altre volte sono più sfumati<sup>14</sup>.

Detto questo, risulta evidente l'aleatorietà del confine fra la fattispecie lecita del risparmio d'imposta e l'elusione fiscale, risultando sempre più numerose le fattispecie la cui classificazione non è certa.

c) Per quanto appena esposto ai punti a) e b), la fattispecie dell'elusione (o tax avoidance) – si pone in una posizione intermedia fra il fenomeno evasivo ed il legittimo risparmio d'imposta. Essa consiste, si è detto, in tutti quei

---

<sup>14</sup> Per un approfondimento in materia si veda LUPI R., "Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa", in *Rassegna Tributaria* 5/1997.

comportamenti del soggetto passivo d'imposta volti a sfruttare le carenze dell'ordinamento, allo scopo di evitare l'insorgere del presupposto d'imposta e quindi dell'obbligazione tributaria<sup>15</sup> mediante l'uso accorto di istituti giuridici, con il risultato di far ricadere la capacità contributiva in una struttura giuridica differente da quella "reale", allo scopo di ridurre o addirittura annullare il carico fiscale.

L'elusore è il soggetto che regola i propri affari per mezzo di fattispecie civilistiche con fine principale (se non esclusivo) di ridurre l'onere fiscale senza incappare in violazioni di legge. Ne consegue che fattispecie de qua, non essendo giuridicamente vietata in astratto, non può essere perseguibile né sul piano amministrativo né su quello penale. I comportamenti elusivi sul piano prettamente concreto sono dovuti dalla concomitanza di due fattori, il primo di ordine civilistico e l'altro fiscale. Nel primo caso, si fa diretto riferimento al principio *dell'autonomia contrattuale* delle parti che consente ampia libertà nel determinare quali strumenti siano più opportuni al perseguimento dei loro interessi. Nell'ambito del diritto tributario, rileva ai fini impositivi, *l'aspetto formale degli atti posti in essere dal contribuente*, indipendentemente dal risultato economico sottostante. Gli aspetti di ordine formale vengono colpiti con la presunzione che ad essi corrispondano determinati caratteri economico – sostanziali. Nel nostro ordinamento, invero, manca una norma generale (come vedremo meglio proseguo della trattazione)

<sup>15</sup> In tal senso si veda CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna 1996, secondo il quale "L'elusione costituisce una categoria logica di origine dottrinale, che racchiude il complesso delle tecniche e dei comportamenti posti in essere dal soggetto passivo al fine di aggirare e render vane norme tributarie impositive".

Dello stesso tenore CIPOLLINA, "La legge civile e la legge fiscale, (Il Problema dell'elusione fiscale)", Padova, 1992.

che permetta il recupero a tassazione della realtà degli effetti sostanziali quando non vi corrispondono effetti di ordine formale<sup>16</sup>.

Secondo alcuni, i comportamenti elusivi, consentendo un indebito risparmio d'imposta, costituirebbero una palese violazione al principio della capacità contributiva, contenuto nell'art. 53 della Costituzione. L'elusione, in sostanza, va giuridicamente contrastata poiché lesiva di un interesse sociale tutelato<sup>17</sup>.

È pur vero, che il richiamo tout court all'art. 53 della Costituzione crea comunque incertezza ed alcuni dubbi interpretativi. Questo perché non si determina esplicitamente quale sia la capacità contributiva del soggetto ed in più, nella sua applicazione, occorre tener sempre conto del principio della riserva di legge contenuto nell'art. 23 della Costituzione: "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge". Il richiamo al principio della capacità contributiva può esser posto in essere solo in presenza di una norma imperativa, nel caso contrario, l'autonomia privata si esprime liberamente senza che sussistano i presupposti dell'art. 1344 c.c.,

<sup>16</sup> Cfr. VANZ G., op. cit. : " [...] ciò è reso possibile, sul piano pratico, dal concorso di due fattori: uno di ordine civilistico, l'altro di ordine fiscale. Il primo fattore poggia sulla considerazione, che, in diritto civile, il principio base che regola i rapporti tra privati è quello della cosiddetta autonomia contrattuale (o negoziale) delle parti (art. 1322 del codice civile), che si esprime, fondamentalmente, nella libertà che le parti hanno di atteggiare la propria volontà nei termini che ritengono più opportuni per perseguire il risultato voluto, senz'altro limite che quello imposto dal complesso delle norme dettate in via generale per i contratti, siano essi previsti o no dal codice civile (art. 1323 del codice civile); norme peraltro applicabili (in quanto compatibili e salvo diversa disposizione di legge) anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 del codice civile). Il secondo fattore sta nel fatto che, nel vigente sistema tributario, ad assumere rilevanza ai fini impositivi, sono, di norma, proprio gli aspetti giuridico. Formali degli atti e dei comportamenti posti in essere dai privati".

<sup>17</sup> In tal senso LUNELLI R., "L'elusione tributaria", in *Il Fisco* n. 38/2003.

Cfr. CIPOLLINA, "La legge civile e la legge fiscale, (Il Problema dell'elusione fiscale)", Padova, 1992. – GALLO, "elusione, risparmio di imposte e frode alla legge".

cioè a dire che nell'ipotesi di contrasto fra art. 53 cost. e negozio privatistico, non si può invocare la nullità contrattuale, ma occorre necessariamente proporre eccezione di legittimità costituzionale per carenza della norma impositiva.

L'elusione è extra legem poiché volta ad aggirare l'obbligo tributario prima del suo manifestarsi. Non può, di conseguenza, essere collegata all'infrazione di una norma, acquistando rilevanza giuridica solo nel caso in cui i comportamenti posti in essere costituiscano oggetto di previsione normativa. Elemento caratterizzante risulta, allora, la divergenza fra la sostanza economica dell'operazione e la sua espressione giuridica<sup>18</sup>.

I fenomeni elusivi possono essere molto diversi fra loro, discendendo direttamente dall'ingegno del soggetto passivo d'imposta nell'aggirare la normativa. Ciononostante, vi sono degli elementi che li caratterizzano quali: la presenza di *un elemento soggettivo, un elemento oggettivo ed il risultato ottenuto*<sup>19</sup>. In relazione all'elemento soggettivo esso si concretizza nella presenza di un interesse reale al risparmio d'imposta tale da spingere il contribuente ad attuare il comportamento elusivo. La ricerca dell'intento speculativo è volta ad evitare che l'elusione possa essere ravvisata ogni qual volta venga utilizzato un negozio giuridico per così dire atipico, insolito o solamente innovativo. Dall'altra parte, non si può evitare di rammentare la presenza di un'oggettiva difficoltà nel riuscire a dimostrare la presenza dell'intento di eludere, né tantomeno, si può negare la presenza di incertezza circa la presenza o meno del principio di specie nell'ordinamento italiano.

L'elemento oggettivo è caratterizzato dall'anormalità dell'operazione utilizzata e la possibilità che la stessa sia sostituibile con una manovra

<sup>18</sup> In tal senso NUZZOLO A. – LA COMMARA U., op. cit. pag. 780.

<sup>19</sup> In tal senso si veda BLUMENSTEIN, Sistema di diritto delle Imposte, Milano 1954.

qualificata come elusiva<sup>20</sup>. Il concetto di anormalità del negozio giuridico, non può certamente riferirsi ad un procedimento raro od atipico, ma deve essere caratterizzato dalla presenza di una causa differente rispetto a quella per cui è stato costituito. In altre parole, l'operazione inconsueta non viene censurata di per sé, ma quando deriva dalla volontà del soggetto di aggirare la legge sfruttandone le lacunosità ricollegandosi, per questo, alla presenza dell'elemento soggettivo che lo ricomprende.

Ultimo degli elementi che caratterizzano il fenomeno elusivo è il risultato raggiunto, cioè l'effettivo ottenimento di un risparmio d'imposta non ottenibile altrimenti.

L'elusione fiscale deve intendersi come fenomeno lecito, fino a che una norma non lo renda illecito. Nel caso di specie, il comportamento illegittimo messo in atto dal soggetto non è rinvenibile come conseguenza della sua intrinseca elusività ma piuttosto come violazione della norma antielusiva. La disposizione ha quindi un carattere concreto e non solo procedimentale perché assoggetta a tassazione ciò che altrimenti non lo sarebbe<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pag 167-169 e CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, cit., pag. 25, per il quale "l'anormalità si sostanzia in un allontanamento dalla procedura utilizzata da ciò che si reputa ordinario".

<sup>21</sup> In questi termini RUSSO P. "Brevi note in tema di disposizioni antielusive", in *Rass. Trib.* n. 1/1999, pag. 69-70 - GALLO F. "Rilevanza penale dell'elusione", in *Rass. Trib.* 2001 - LUPI R. "Manuale giuridico professionale di diritto tributario", Milano, Ipsoa.

### **3. Strumenti di contrasto all'elusione**

Si è detto delle notevoli difficoltà nel definire compiutamente il concetto di elusione fiscale. Queste si moltiplicano nell'atto di determinare quali possano essere i mezzi più idonei a contrastare i fenomeni elusivi. Di seguito vengono riportati, senza presunzione di esaustività, alcuni strumenti che nel tempo mutuati da altri settori, sono stati utilizzati nel tentativo di frenare il fenomeno elusivo. Gli stessi possono essere classificati come intersettoriali, nel caso dell'interpretazione della norma e del superamento delle forme negoziali, o come strumenti provenienti da altri settori quali la simulazione, l'interposizione fittizia di persona, il negozio indiretto e quello in frode alla legge. Dopo aver effettuato una breve presentazione delle fattispecie menzionate, si andranno ad analizzare gli strumenti propri dell'ambito tributario.

#### **3.1 *L'interpretazione***

In dottrina per molto tempo si è ricorso alla tecnica interpretativa come metodologia a contrasto del fenomeno elusivo. Ad oggi la tesi prevalente è che la norma tributaria non si sottragga ai canoni ermeneutici stabiliti per l'interpretazione di tutte le altre norme, non rilevando nella specie, il carattere di specialità della legge e del sistema tributario<sup>22</sup>. La sua interpretazione segue il dettato dell'art. 12, comma 1, c.c. per il quale “nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e della intenzione del legislatore”. In primis, quindi si procede ad una interpretazione letterale sulla base del significato delle parole nel luogo e nel tempo in cui la norma è stata

---

<sup>22</sup> In tal senso AMATUCCI, “L'interpretazione della norma di diritto finanziario”, Napoli, 1956.

prodotta, affiancata, in un secondo momento dall'interpretazione logico-sistematica atta a ricollocare la norma nell'ordinamento positivo<sup>23</sup>. Negli anni si sono anche sviluppati degli orientamenti che sostenevano l'identificazione di regole specifiche per l'interpretazione delle norme tributarie, in questo modo "l'interpretazione cessava di essere il risultato di specifici strumenti tecnico - giuridici dell'enunciato legale"<sup>24</sup>, con il risultato che in condizioni di incertezza sul significato da attribuire alla norma, si privilegiasse acriticamente secondo tali impostazioni il contribuente, secondo altre, il fisco. Per la loro difficile sostenibilità operativa, queste teorie sono state presto abbandonate.

Alle tesi appena enunciate se ne aggiungono altre che nel corso degli anni hanno avuto maggior o minor fortune, per ognuna di esse si sono aperti ampi dibattiti dottrinali, di seguito, si riportano i lineamenti essenziali di alcune di esse nel tentativo di dare un quadro completo dell'elemento interpretativo.

Fra le diverse teorie un ruolo di primo piano ha avuto la tesi cosiddetta dell'*interpretazione funzionale*, imputabile agli insegnamenti della scuola di Pavia a cura del Griziotti e Vanoni<sup>25</sup>. Secondo i sostenitori di questo pensiero, l'interpretazione non può prescindere dall'analisi della funzione e della causa giustificativa della prestazione tributaria. Si trattava quindi di preferire una metodologia *flessibile* che consentisse di verificare la sostanza economica delle operazioni, indipendentemente dall'apparenza formale. Una flessibilità interpretativa, di una portata tale da eliminare il fenomeno elusivo poiché l'aggiramento della norma viene reso impossibile<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Si veda FANTOZZI, "Diritto Tributario", Torino, 1998.

<sup>24</sup> CONTRINO, "Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto", op. cit. pag. 93.

<sup>25</sup> In tal senso si veda GRIZIOTTI, "l'interpretazione funzionale delle leggi finanziarie", in Riv. Dir. Fin., 1953.

<sup>26</sup> Si veda TABELLINI, *L'elusione fiscale*, cit., pag. 119, osserva che "l'uso spregiudicato di detti criteri - soprattutto di quello funzionale proposto dalla scuola

In sintesi, la teoria ha tentato di dirimere la dicotomia esistente fra la forma e la sostanza, con il convincimento che la metodologia ermeneutica deve essere rivolta a far prevalere il significato economico rispetto quello giuridico<sup>27</sup>.

La tesi funzionale è stata oggetto di numerose critiche fondate soprattutto sul forte timore che una interpretazione così flessibile avrebbe potuto permettere all'interprete di manipolare la realtà normativa a discapito del *principio di certezza del diritto*. Per questa ragione la teoria è stata abbandonata da molta parte della dottrina<sup>28</sup> che ha preferito l'orientamento rivolto a riconoscere rilevanza al solo al sistema normativo.

Alla teoria funzionale, si riallaccia, anche se con termini diversi, quella che prevede *l'interpretazione analogica*<sup>29</sup>. Si parte dal presupposto che le preleggi, esattamente al comma 2 dell'art. 12, prevedono espressamente il ricorso all'analogia quale strumento interpretativo: "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

L'utilizzo dell'interpretazione per analogia non può essere applicato per le norme di esenzione o agevolazione, poiché costituiscono eccezioni a principi

pavese - avrebbe confinato l'elusione in un ambito a tal punto ristretto da farla apparire non più come una patologia lacerante, ma come una fenomenologia episodica, affatto tollerabile nella economia dei singoli tributi e grave non più di quanto lo siano le altre disfunzioni marginali del sistema".

<sup>27</sup> Cfr. LOVISOLO, "L'evasione e l'elusione tributaria", pag. 1286 e ss. – FIORNETINO, "L'elusione Tributaria".

In tal senso anche TESAURO F., "Istituzioni di diritto tributario, parte generale, 5ª edizione, UTET, 1997 e TABELLINI P.M. "Elusione fiscale", Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>28</sup> UCKMAR A., Interpretazione funzionale delle norme tributarie, in Dir. Prat. trib., 1949 - BERLIRI, Interpretazione delle leggi tributarie, in Riv. Dir. Fin., 1942.

<sup>29</sup> Analogia: procedimento per il quale se una controversia non può essere decisa con una disposizione precisa, riutilizzano disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe a quella da decidere.

propri del diritto tributario. Essa, non può, altresì, essere estesa a norme che implicino sanzioni penali<sup>30</sup>, ma escludere l'analogia per queste ipotesi non vuol dire che conseguentemente sia riferibile in tutti gli altri casi.

Circa il dibattito sull'applicabilità dello strumento analogico nell'ambito tributario la tesi prevalente tende ad escludere tale possibilità. Autorevole dottrina, difatti, ha osservato che in riferimento alle norme impositive in senso stretto, cioè a dire che determinano il presupposto oggettivo e soggettivo del tributo, non sono mai configurabili lacune ed il ricorso all'analogia è precluso<sup>31</sup>. Finanche nei rari casi in cui non sembra possibile trovare una specifica disposizione da applicare non pare che il risultato possa essere differente. Alla medesima conclusione, ma con iter logico differente, sono giunti altri autori partendo dall'assunto contenuto dall'art. 23 della Cost., cioè dal principio di legalità e di riserva di legge dal quale scaturisce la necessaria determinatezza e tassatività delle fattispecie impositive<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Dettato legislativo di cui all'art. 14 delle preleggi del c.c.

<sup>31</sup> Sull'applicabilità dell'istituto dell'analogia in campo tributario, si vedano: TESAURO F. "Istituzioni di diritto tributario, parte generale, 7<sup>a</sup> ed., Torino Utet, 2000 – LUPI R., "Manuale giuridico professionale di diritto tributario, cit. pag. 236 e ss. – RUSSO, op. cit. pag. 100.

In senso contrario, con riferimento al concetto che le norme impositive sono quasi sempre a fattispecie esclusiva, tali da non poter essere riportate ad un principio generale: MICHELI G.A., Legge (dir. Trib.) in Enciclopedia Diritto, vol XXIII, 1973 – FALSITTA G. "Manuale di diritto tributario, Parte generale", Padova, Cedam, 1999.

<sup>32</sup> Sull'argomento di veda VANZ G., op. cit. pag. 1615: "[...] a noi sembra che sia proprio la riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione ad imprimere rigidità al sistema impositivo, in termini di necessaria determinatezza e tassatività (o di tipicità ed elusività che dir si voglia) delle fattispecie impositive. La *ratio* "garantista" che, unitamente a quella "democratica", è certamente sottesa alla riserva di legge in tema di prestazioni patrimoniali imposte, ci sembra infatti indurre ad una lettura della riserva stessa non solo come limite alla possibilità di intervento del potere esecutivo in sede normativo – regolamentare, ma anche come limite alla possibilità di intervento dell'interprete [...] nell'attuale sistema impositivo gli atti ed i negozi posti in essere dai privati sono assunti a tassazione, di norma almeno, sulla base di quelli che sono gli effetti d'ordine formale loro propri e non già sulla base dei sottostanti aspetti

Una corrente opposta, invece, negando la valenza dell'art. 23 Cost. afferma che la normativa tributaria non presenta lacune vigendo il principio della completezza<sup>33</sup>, per il quale il legislatore indica la fattispecie sottoposta a tassazione e per questo, tutto ciò che non è espressamente indicato è intassabile. In tal senso, vengono meno i presupposti ontologici propri dell'operatività dell'impianto analogico<sup>34</sup>.

A ciò si aggiunga che lo strumento interpretativo di specie, presuppone la presenza di principi generali (alla base dell'applicazione analogica) che nella legislazione tributaria sono assenti, essendo al contrario caratterizzata da una struttura con elevato grado di *analiticità*. Per questo motivo, l'interpretazione analogica, priva dei principi generali cui fondare il suo procedimento ermeneutico perde ogni sua valenza antielusiva.

d'ordine economico – sostanziale. Sono le strutture giuridico – formali che, di norma, assumono rilevanza ai fini impositivi. Prova ne sia che il legislatore tributario, quando ha ritenuto di procedere alla tassazione di determinati atti prescindendo (in tutto o in parte) dagli effetti di ordine giuridico – formale loro propri, ha provveduto a dettare apposite norme a riguardo”.

In tal senso RUSSO P, op. cit, pag. 100 - BERLIRI A. “principi di diritto tributario”, vol. I, Milano, Giuffrè, 1952 – GIANNINI “I concetti fondamentali del diritto tributario”, Torino, Utet, 1956.

<sup>33</sup> TESAURO, op. cit.pag. 53 ritiene che: “[...] debba essere invocato in materia il principio della completezza: il dogma, cioè secondo cui le norme impositrici sono dettate dal legislatore con l'intento di indicare con completezza oggetti e soggetti tassabili, escludendo, con ciò, che la tassazione possa investire oggetti o soggetti non indicati espressamente. Rispetto a tali norme non è configurabile alcuna lacuna tecnica, e quindi non è dato il ricorso all'analogia”.

<sup>34</sup> In tal senso RUSSO, “Manuale di diritto Tributario”, Milano 1994 – MICHELI G.A., “Corso di diritto tributario, 7<sup>a</sup> edizione, Torino, UTET, 1984.

Cfr. VANZ G., op. cit. pag. 1613: “[...] Orbene, per quanto riguarda i componenti elusivi in campo tributario, deve innanzitutto osservarsi che il più delle volte questi si traducono in atti, negozi o situazioni che hanno un regime fiscale loro proprio, sul quale fa appunto leva il contribuente nel perseguire il proprio intento elusivo [...] in questi casi, vi è pertanto una “precisa disposizione”, come testualmente esprime l'art. 12 delle preleggi, che consente di risolvere la controversia. Manca, quindi quella lacuna normativa che costituisce il presupposto necessario per rendere operante il procedimento analogico[...].”

A conclusione dell'argomento non resta che delineare la tesi dell'*interpretazione estensiva*. L'applicazione di questa teoria permetterebbe di estendere l'ambito applicativo della norma fino al più ampio significato con essa conciliabile. La reale portata applicativa di questo strumento è però limitata. Ciò si deve innanzitutto al rispetto dei principi di certezza e tassatività della normativa tributaria e all'esigenza di non confondere l'interpretazione estensiva con quella analogica. Al riguardo parte della dottrina ha mosso l'obiezione che l'interpretazione estensiva non sia altro che uno strumento atto a sfuggire il divieto posto per l'analogia dall'art. 14 delle preleggi, di cui si è detto in precedenza. Per queste sue caratteristiche, l'interpretazione estensiva non è assolutamente ritenuta idonea a combattere i fenomeni elusivi<sup>35</sup>.

In conclusione è possibile affermare che l'interpretazione riveste un ruolo importante nel contrapporre un primo ostacolo all'elusione. Non si dimentichi però, che la sua applicazione pratica trova un forte limite nell'influenza dei valori che talvolta una teoria, talora un'altra, vogliono maggiormente tutelare. Per questo motivo il loro utilizzo per la lotta elusiva non può rivestire un carattere esclusivo.

---

<sup>35</sup> Cfr. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, in Giur. It., 1968, per il quale “[...] tra l'interpretazione estensiva e quella analogica, in materia tributaria, esistono zone grigie che lasciano l'operatore in una grande perplessità che riflette le sue concrete conseguenze sull'ambito dell'interpretazione estensiva, che di frequente tende a sconfinare nell'integrazione della norma stessa attraverso l'analogia”.

### 3.2 *Autonomia contrattuale e disconoscimento dei vantaggi fiscali*

L'interpretazione del contratto atta ad accertare gli interessi fissati dai contraenti e la loro comune volontà,<sup>36</sup> si compone di due fasi: la prima consta nell'individuazione dell'intenzione comune, la seconda nella qualificazione del contratto che consiste nell'individuazione della fattispecie nel sistema legale, fungendo da anello di congiunzione fra la situazione "reale" e l'intero sistema giuridico.

Secondo la tesi prevalente (in dottrina e giurisprudenza), la qualificazione del contratto deve individuarsi in relazione al suo contenuto sostanziale e considerare gli interessi effettivi che i contraenti hanno voluto realizzare, non risultando esaustivo limitarsi alla identificazione della denominazione scelta dalle parti, perché elemento puramente formale<sup>37</sup>. Questa posizione dottrinale trova evidenti difficoltà al momento "dell'interpretazione" fiscale del contratto, per il quale operano caratteristiche distinte rispetto a quelle del diritto civile<sup>38</sup>. Per questo motivo il superamento delle forme negoziali e la loro riqualificazione tributaria dipende direttamente dall'emersione di un *maggior reddito* derivante da accertamento fondato su elementi certi, o presunzioni gravi, precise e concordanti, in grado di evidenziare la ricchezza effettivamente prodotta. Conseguentemente la divergenza fra la forma e la

<sup>36</sup> Si veda ZICCARDI, "Interpretazione (Interpretazione del negozio giuridico)", in Enciclopedia Giuridica, vol. XVIII.

<sup>37</sup> ZIZZO, "In tema di qualificazione dei contratti ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto", in Riv. Dir. Trib. II, 1992; CONTRINO, Diritto Commerciale, Padova, 1987.

<sup>38</sup> Ci si riferisce alla verifica dell'Amministrazione finanziaria, soggetto terzo e non naturale rispetto alle parti contraenti dell'obbligazione tributaria; all'impossibilità per l'Ufficio di emettere giudizi di opportunità in merito alla tassazione di determinate fattispecie economiche, al fine di non fuoriuscire dall'attività (vincolata) di accertamento dell'imposta; dall'esistenza di una normativa tributaria speciale (art. 37 e seguenti del D.P.R. n. 600/73 e art. 51 e seguenti del D.P.R. n. 633/72) inerente ai suoi poteri accertativi.

sostanza del negozio giuridico, non è sufficiente, di per sé, a permettere la riqualificazione del negozio stesso, ma l'Amministrazione finanziaria potrà tassare la concreta sostanza solamente all'interno dell'ambito degli strumenti specificatamente previsti dal legislatore (meccanismo presuntivo). Per questo motivo, i sostenitori della tesi in esame affermano che l'attività di interpretazione del contratto è volta a conoscere l'affare concluso dalle parti contraenti quale fenomeno giuridico e non invece come sostanza economica. Interesse economico che, invece, può essere perseguito attraverso una varietà di strumenti quali contratti tipici, atipici o collegati<sup>39</sup>. La conclusione dell'assunto di specie sta nel fatto, che la possibilità di riqualificare tramite interpretazione le fattispecie in cui la volontà dei soggetti contraenti è chiaramente espressa viene esclusa, poiché la forma del negozio giuridico utilizzato identifica chiaramente la normativa del presupposto d'imposta.

Diversamente, l'applicazione della tesi opposta implicherebbe troppi rischi. In effetti, ammettere la possibilità da parte dell'amministrazione finanziaria di riqualificare i negozi giuridici, in assenza di elementi specifici che garantiscano la responsabilità e l'imparzialità degli organi amministrativi, creerebbe incertezza al sistema giuridico<sup>40</sup> ed anche una inaccettabile limitazione dell'autonomia del privato<sup>41</sup>.

Tutto ciò detto in merito alle motivazioni della tesi dottrinale, va rilevato che nella realtà dei fatti esiste nel nostro ordinamento una norma cui è stata

<sup>39</sup> In tal senso GALGANO, "Il negozio giuridico", Tratt. Dir. Civ. comm., Milano 1988.

<sup>40</sup> Cfr. DUS, "Elusione, un problema irrisolto", in *Il Fisco* n. 45/1996, pag. 10955: "Le difficoltà di tali soluzioni sotto il profilo giuridico e applicativo, già rilevate dalla dottrina, sono molteplici e possono portare, in assenza di criteri di coordinamento normativo o di organi amministrativi dotati di necessari requisiti di autorevolezza e responsabilità, oltre che di imparzialità, a effetti dirompenti rispetto alla coerenza e sistematicità dell'ordinamento, con danni assai superiori ai benefici che se ne vogliono trarre".

<sup>41</sup> Cfr. FIORENTINO, "L'elusione tributaria".

riconosciuta valenza antielusiva che concede all'Amministrazione il potere di riquilibrare il negozio giuridico, sovvertendo la teoria in precedenza esposta. Si tratta dell'art. 20 del D.P.R. n. 131 del 26.04.1986 in materia di imposte di registro<sup>42</sup> che stabilisce: "l'imposta è applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente". (Per atti presentati alla registrazione, si è inteso evitare che la fase interpretativa potesse considerare elementi esterni agli atti e quindi extratestuali).

Il dettato della norma punta a risalire alla reale volontà delle parti, alla corretta determinazione del presupposto impositivo e per questo l'Amministrazione può superare la forma negoziale ed applicare l'imposta secondo i risultati realmente raggiunti dallo stesso. Partendo dall'assunto che l'Amministrazione può procedere ad una attività interpretativa del negozio, non sono però in alcun modo stabiliti quali gli strumenti più adatti per raggiungere lo scopo. Questa "dimenticanza" del legislatore ha consentito, anche in questo contesto, la nascita di un dibattito dottrinale piuttosto acceso. Secondo taluni autori, l'attività interpretativa in specie, dovrebbe essere del tutto autonoma da quella civilistica; per altri, dovrebbero essere applicate le regole generali di interpretazione del contratto ai sensi dell'art. 1362 e ss. Del c.c. Tesi, questa suffragata dalla giurisprudenza prevalente<sup>43</sup>.

C'è da dire comunque che questa norma è limitata all'alveo dell'imposta di registro e quindi ci si chiede se nella pratica, possa essere utilizzabile o meno come norma antielusiva.

---

<sup>42</sup> Si veda GRAZIOTTI, "Il potere finanziario dello studio autonomo delle finanze pubbliche", in riv. Dir. Fin. P. 134 – TABELLINI, "L'elusione fiscale", Milano 1987.

<sup>43</sup> Cfr. Sentenza Cass. n. 2293. del 20.03.1983, in banca dati Juris Data.

Prima di tutto, si precisa che all'art. 20 DPR n. 131/1986, è riconosciuta la qualifica di "clausola generale antielusiva"<sup>44</sup>, in secondo luogo si può sostenere che l'adesione all'una o all'altra teoria in precedenza determinate, influisce sulla possibilità di applicare la norma in esame a fini antielusivi. Nello specifico, si può affermare che secondo la prima tesi, il riferimento letterale ed esplicito al riconoscimento degli effetti reali e giuridici, non consentendo la riqualificazione del contratto nei casi in cui non esistono incertezze sulla forma negoziale usata dai contraenti, non consente di identificare la fattispecie come norma a fini antielusivi. I sostenitori di questa posizione, aggiungono inoltre, che l'imposta scaturisce direttamente dalla natura e dagli effetti giuridici prodotti, non garantendo, infatti che due negozi differenti possano scontare la medesima imposta anche se l'effetto prodotto è identico.

In diretto contrasto con questa posizione dottrinale, v'è chi sostiene la portata prettamente antielusiva della norma, addivenendo alla stessa conclusione partendo però da due assunti completamente diversi. Secondo alcuni autori,<sup>45</sup> la portata antielusiva dell'art. 20 deriva dalla possibilità di procedere ad una analisi ermeneutica autonoma<sup>46</sup> volta a superare la formalità del negozio giuridico a favore della tassazione della sostanza economica in esso contenuto. Altra parte della stessa corrente sostiene il carattere antielusivo dell'art. 20, affermando che la norma non detti criteri interpretativi autonomi ma legittimi l'Ufficio ad indagare sulla reale intenzione delle parti contraenti. In sostanza la disposizione in esame indica i criteri con cui l'imposta di registro va applicata, lasciando l'interpretazione dei negozi ai principi del

---

<sup>44</sup> Sull'argomento si fa rinvio al prossimo capitolo 2.

<sup>45</sup> Sull'argomento si veda UKMAR e DOMINICI, "imposta di registro", Nov. Gig. It. Appendice, Vol. VI, 1980.

<sup>46</sup> Ciò a conferma di quanto esposto nelle pagine precedenti.

sistema di riferimento di ognuno. Sembra proprio questa la tesi da sposare, poiché la norma antielusiva, come l'art. 20 DPR 131/1986, è volta a stabilire la regola impositiva, prescindendo dalla forma negoziale<sup>47</sup>.

### 3.3 *Elusione e Simulazione*

Dalla lettura della definizione del concetto di simulazione in sede civilistica si evince che la fattispecie coincide con le situazioni in cui per volontà delle parti la reciproca dichiarazione non corrisponde alla reale intenzione. I soggetti, quindi, vogliono ottenere un risultato differente da quello che formalmente si esteriorizza attraverso la forma dell'atto o del negozio adottato, configurandosi una violazione della normativa. La simulazione si caratterizza per la presenza di tre elementi<sup>48</sup>:

- Intenzione ingannatoria verso il terzo;
- La divergenza voluta fra atto formale ed intenzione reale;
- Accordo simulatorio.

La simulazione può altresì essere *assoluta o relativa*. La prima si realizza quando le parti pongono in essere un determinato negozio giuridico ma nella realtà non vogliono concluderne alcuno. La seconda si ha, invece, quando la volontà manifestata è diretta a concludere un determinato negozio, ma l'intenzione reale delle parti è quella di realizzarne un altro, del tutto diverso. Una particolare fattispecie di simulazione relativa, si manifesta nel caso in cui si voglia nascondere la persona "vera" con la quale si vuole concludere il negozio (*simulazione soggettiva o interposizione fittizia*)<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Principio generale ripreso nella successiva disamina dell'attuale disciplina antielusiva.

<sup>48</sup> In tal senso LUNELLI L., op. cit.

<sup>49</sup> Si veda anche FERRARA, "Della simulazione nei negozi giuridici", 1992.

Per quanto detto, la simulazione e l'elusione non sono istituti assimilabili<sup>50</sup> poiché per mezzo dell'elusione fiscale il negozio viene effettivamente posto in essere anche se la volontà delle parti è volta all'ottenimento di un risparmio d'imposta mentre nel caso della simulazione vi è un trasferimento fittizio<sup>51</sup>. La simulazione, quindi non serve ad aggirare la normativa ma ad occultare l'avvenuta violazione.

Il fenomeno elusivo è rivolto ad attuare una modifica dei fatti per rendere inapplicabile la norma quindi ad evitare il perfezionamento del presupposto impositivo, mentre la simulazione è finalizzata all'inganno.

È pur vero, però, che l'attività di simulazione può essere utilizzata strumentalmente non solo ai fini evasivi e quindi illeciti, ma anche con lo scopo di eludere le imposte in particolar modo per mezzo del negozio simulato anche se questa posizione nel corso degli anni ha perso notevolmente vigore, poiché ne sono stati evidenziati tutti i limiti strutturali. Nello specifico si può affermare che è generalmente riconosciuto che il negozio simulato è di per sé improduttivo degli effetti giuridici dichiarati che non rispondono alla reale volontà delle parti, quindi non può avere rilievo ai fini fiscali ed il

---

<sup>50</sup> Cfr. LUNELLI, op. cit. – CARRARO, "Il negozio in frode alla legge" Padova, 1943.

<sup>51</sup> In tal senso NUZZOLO A., op. cit.: "Un esempio chiarificatore lo si può ricavare in materia di interposizione, che può essere riferita: - ad un trasferimento reale, cioè ad una operazione per cui il terzo è destinatario a pieno titolo degli effetti contrattuali, assumendo, però l'obbligo di ritrasferire tali effetti del contratto stesso al soggetto interessato; - ad un trasferimento fittizio, cioè un'operazione per cui un terzo viene reso intestatario degli effetti contrattuali per finalità di evasione. In questa ipotesi, lo scopo è di evadere le imposte in capo all'effettivo contribuente. In altri termini nel primo caso si realizza il trasferimento di possesso, quale presupposto di imputazione soggettiva del reddito, seppur motivato da sole ragioni di risparmio fiscale, nel secondo, invece, tale trasferimento non si realizza e l'indice di capacità contributiva rimane nella sfera dell'interponente".

risparmio d'imposta non può certo verificarsi attraverso un negozio inefficace<sup>52</sup>.

Occorre ricordare, per dovere di completezza, che l'art. 1415, comma 2, c.c. dispone che "i terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti". Da questa norma scaturisce che l'Erario in qualità di terzo può agire per accertare la simulazione in quei negozi strumentalmente utilizzati per evitare la pretesa tributaria. Nel caso di specie l'Amministrazione potrà verificare l'esistenza di tali negozi simulati, ogni volta che ciò permetta l'emersione di maggior imponibile fiscale o una violazione degli obblighi posti a tutela dell'attuazione regolare dell'obbligo tributario. Nel caso in cui l'azione giudiziale abbia esito positivo il negozio potrà essere dichiarato nullo e l'Amministrazione finanziaria potrà legittimamente ricostruire il fatto dissimulato, sia esso derivante da simulazione assoluta o relativa, anche se in quest'ultimo caso, per la definizione dell'imponibile si dovranno tener presenti gli effetti della controdedichiarazione<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> In senso favorevole si veda LUNELLI, op. cit.

In senso contrario si veda CONTRINO, "Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto", Bologna, 1996 per il quale la teoria per cui la simulazione può essere strumento di lotta all'elusione "poggia sull'erronea assimilazione della discrepanza tra forma giuridica e realtà economica, tipica delle architetture negoziali elusive, alla contrapposizione tra forma negoziale e realtà giuridica, propria della simulazione".

Si veda anche PISTONE, "L'abuso del diritto e l'elusione fiscale", Padova, 1995, pag. 46: "la questione della simulazione e del suo contrasto tra il volere delle parti e le sue dichiarazioni risulta in qualche modo estranea al diritto tributario. Il suddetto contrasto non è in grado di dar luogo all'elusione, essendo da risolvere a priori in materia civilistica".

<sup>53</sup> CONTRINO, op. cit. pag. 114: "

### **3.4 Interposizione fittizia di persona**

In riferimento alla fattispecie della simulazione relativa soggettiva, quindi dell'interposizione fittizia di persona, si ritiene opportuno per dovere di completezza tornare sull'argomento per alcune precisazioni. La fattispecie può certamente essere ricondotta a finalità evasive e lo strumento adatto a contrastarne la portata sembra essere il comma 3 dell'art. 37, D.P.R. n. 600/1973.

L'ipotesi topica sanzionata è quella, nel caso di soggetti entrambi residenti, di una condotta simulatoria finalizzata ad evitare la progressività dell'imposta e quindi la riduzione del prelievo tributario in capo al titolare effettivo. Risulta evidente, infatti, che in un sistema impositivo come quello italiano basato sul principio della progressività dell'imposta, il ricorso ad una persona fisica o giuridica che sia, in qualità di soggetto interposto che si trova in una posizione migliore ai fini dell'applicazione dell'imposta (rispetto al soggetto interponente), consenta un riduzione del carico fiscale che altrimenti sarebbe gravato interamente sul soggetto interponente. Questa particolare forma di evasione fiscale, ha creato nel tempo il ben conosciuto fenomeno delle società di comodo, che permettono di aggiungere al vantaggio civilistico della responsabilità patrimoniale limitata, la possibilità della neutralizzazione del prelievo tributario sul reddito delle persone fisiche e la sottrazione dei patrimoni all'imposizione sul loro trasferimento. Nel tentativo di arginare la fattispecie dell'interposizione il legislatore, non senza colpevole ritardo, ha introdotto con l'art. 30 del D.L. 2.03.1989 n. 672 (convertito nella legge n. 154 del 27.04.1989) *il comma 3° all'art. 37 DPR 600/1973* secondo il quale “sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolato altri soggetti quando sia dimostrato anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona”. Sulla

norma si è ampiamente discusso negli anni a causa della sua iniziale collocazione nel cosiddetto disegno di legge sull'elusione fiscale (n. 1301 del 1.09.1988) dando adito a posizioni per cui la norma avrebbe avuto connotazioni antielusive piuttosto che antievasive<sup>54</sup>. Ad oggi, comunque, visto che la fattispecie attribuisce all'ufficio finanziario il potere di evidenziare (anche come presunzione) l'esistenza della simulazione soggettiva e conseguentemente ne riconosce la possibilità di ricondurre a giusta tassazione il reddito in capo all'interponente, la diatriba sembra definitivamente chiusa.

L'applicazione della normativa di specie, implica la dimostrazione che il possessore effettivo del reddito dissimuli la sua capacità contributiva, ricorrendo ad un soggetto terzo, cui ne è trasferita apparentemente la titolarità. Con riferimento al possesso del reddito si fa diretto rinvio alla disponibilità dello stesso e della conseguente facoltà di disporre, per questo può essere piuttosto facile dimostrarne la titolarità e provare l'apparenza e/o l'effettività del suo possesso.

L'art. 37 dunque può risultare una norma antielusione per quanto concerne gli obiettivi da perseguire, non certamente dal punto di vista applicativo. In effetti, la norma non introduce nell'ordinamento la nuova figura dell'elusione ottenuta attraverso l'interposizione di persona e non consente la sua rimozione in quanto fattispecie elusiva, ma ipotizza solo l'esistenza di interposizione quale istituto civilistico e la possibilità dell'Erario a farla valere quale indice di presunzione. Per di più, è l'Ufficio che ha il potere, in sede di accertamento, di rilevare l'avvenuta simulazione e non invece

---

<sup>54</sup> Sull'argomento si vedano PALUMBO, "Soggettività tributaria della società ed interposizione di persona", in *Dir. Prat. Trib.* Pag. 479.

Dello stesso tenore GALLO, "Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive" in *Dir. Prat. Trib.* 1992 – MAGNANI "Interposizione fittizia ed imputazione del reddito" in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1990.

dall'applicazione automatica di un principio generale che consenta l'imputazione del reddito al soggetto che effettivamente lo possiede<sup>55</sup>.

La portata innovativa di questa norma è essenzialmente di carattere procedimentale<sup>56</sup>. Ciò non vuol dire che il potere di proporre azione di simulazione viene sostituito dai poteri di rettifica e di accertamento, ma che il suo ambito applicativo viene ristretto ai casi in cui non sia possibile, od opportuno, ricorrere al comma 3, art. 37. Le due azioni, quindi, risultano avere natura complementare.

<sup>55</sup> GOLINO, "L'interposizione fittizia di persona", *Il Fisco* 1988.

<sup>56</sup> Si veda LOVISOLO, "Possesso di reddito ed interposizione di persona", in *Dir. Prat. Trib.* 1993: "il primo profilo innovativo della norma in esame è da individuarsi nella diretta ed immediata elisione, ai fini dell'imposizione sul reddito, degli "inconvenienti e delle strozzature" che, riconnesse come sono all'esperibilità dell'azione di simulazione e ai suoi concreti risultati civilistici, hanno sempre finito per renderla sostanzialmente inutilizzabile ai fini fiscali".

### 3.5 “Negozio” Indiretto

In un momento storicamente successivo al tentativo di ricondurre l’elusione nell’alveo della simulazione, è da riscontrare anche quello di riconoscere l’intento elusivo nell’ambito del negozio indiretto.

Il negozio indiretto non è un istituto giuridico tipico, non è regolato dal codice civile anche perché non potrebbe essere considerato un “tipo di negozio”. Esso è palesemente una fattispecie cui la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto ricorso nel tentativo di contrastare l’elusione fiscale. Il negozio indiretto, o meglio, il procedimento indiretto si realizza<sup>57</sup> ogni qual volta un negozio giuridico non è realizzato direttamente ma tramite “vie traverse”. Nello specifico<sup>58</sup>:

- Effettuando atti diversi volti al conseguimento di effetti differenti a quello voluto, ma che nella loro combinazione permettono l’ottenimento del risultato cercato (o simile);
- Ponendo clausole speciali che abbiano efficacia in un solo contesto negoziale.

Le principali caratteristiche del negozio indiretto che lo distinguono nettamente dall’istituto della simulazione già ampiamente esaminata, sono essenzialmente le seguenti.

<sup>57</sup> Si veda VANZ G. op. cit. pagg. 1626-1627: “ E’ il fenomeno del cosiddetto negozio o contratto “indiretto”, che si ha appunto quando si faccia ricorso ad un certo negozio o contratto per realizzare “indirettamente” (da un punto di vista pratico sostanziale e al di là delle inevitabili differenze di ordine giuridico formale) lo stesso risultato che sarebbe tipico o proprio di un altro negozio o contratto. Fenomeno, sotto il profilo civilistico, anch’esso perfettamente lecito (o, comunque, non necessariamente illecito), quanto meno nei limiti in cui risulti compatibile con le generali disposizioni in tema di contratti”.

<sup>58</sup> Sull’argomento PACITTO, “Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici”, in Riv. Dir. Fin. 1987. – ASCARELLI T. “Il negozio indiretto (1931), in Saggi giuridici, Milano, Giuffrè, 1949.

Il negozio indiretto è realmente voluto dai soggetti, quindi si distingue dalla simulazione per il suo carattere effettivo. Esso cerca di “nascondere” la realtà economica e soprattutto dal punto di vista tributario, ha lo scopo di regolare l’interesse delle parti con l’utilizzo di uno o più negozi, che permettano il raggiungimento dello stesso risultato ma con il minimo carico fiscale possibile. Per queste sue caratteristiche presenta forti affinità con l’elusione, molto più che nel caso del negozio simulato. In effetti sembrano essere molti i punti di contatto fra le due fattispecie<sup>59</sup>. Nello specifico si può affermare che nell’ambito del procedimento indiretto occorre dare dimostrazione dell’esistenza di uno scopo ulteriore, dimostrazione possibile tramite attività interpretativa che potremmo definire sui generis, volta più all’integrazione ed al controllo dell’autonomia privata che all’analisi ermeneutica vera e propria. Per questo motivo, è stata ravvisata, in passato, la possibilità di sfruttare questa tecnica come strumento antielusivo, con il rischio, comunque, di dare troppo potere decisionale all’interprete<sup>60</sup>.

Sulla questione l’alta Corte si è pronunciata sostenendo che l’utilizzo di strumenti negoziali leciti, non preclude la possibilità di conseguire, invero, uno scopo fraudolento. Scopo, che può essere accertato dall’Amministrazione legittimata a riprendere a tassazione gli effetti negoziali indiretti<sup>61</sup>. Il principio stabilito dalla Cassazione pone in primo piano i limiti stessi della fattispecie. Cerchiamo di spiegare meglio. L’approccio della Cassazione risulta efficace contro l’elusione, poiché punta sulla natura economico – sostanzialista della fattispecie, questo comporta evidenti dubbi di legittimità. In primis, l’uso del procedimento indiretto nel tentativo di ridurre il carico fiscale, non può essere

<sup>59</sup> Si vedano CONTRINO, “Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto”, op. cit. pag. 118. – CIPOLLINA, “La legge civile e la legge fiscale”, op. cit. pag. 163.

<sup>60</sup> Cfr. MORELLO, “Frode alla legge”, Milano 1969, pag 221 e ss.

<sup>61</sup> Sentenza Cassazione del 9 maggio 1979 n. 2658, in banca dati Juris Data.

impedita senza determinare la limitazione della libertà contrattuale dei soggetti. A questo si aggiunga che a tutt'oggi la riqualificazione del negozio ai soli fini fiscali lascia aperti ampi spazi di dibattito e di incertezza (essendo da alcuni anche a considerarsi illegittima) mancando un apposito riferimento normativo o di un principio generale antifrode suscettibile di estensione analogica.

Per questi motivi, anche l'utilizzo dello strumento del negozio indiretto ai fini della lotta antielusiva non è validamente applicabile, quantomeno senza le opportune cautele che evitino di ripristinare l'approccio giustizialista propria della teoria interpretativa pavese di cui si è detto al precedente § 3.1<sup>62</sup>.

### **3.6 *Contratto in frode alla legge***

Fra gli strumenti della legislazione civile utilizzati per la lotta all'elusione un posto di rilievo è occupato dal contratto in frode di legge. In particolare si fa riferimento all'art. 1344 del c.c. per il quale “si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”.

La fattispecie prevista è quella del ricorso ad uno schema contrattuale per ottenere un risultato economico vietato da norma imperativa ossia, nel caso del contribuente, quando lo stesso usa un contratto tipico per realizzare un effetto in fraudem legis, e per questo inammissibile. La norma imperativa, quindi, non viene violata direttamente perché la causa del contratto sempre lecita, ma è elusa indirettamente con un'operazione di aggiramento. La fattispecie sembra aver trovato applicazione anche in ambito tributario come soluzione generale alle condotte fraudolente. Secondo parte della dottrina è

---

<sup>62</sup> Sull'argomento GALLO, op. cit. e CONTRINO, “Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto” pag. 121.

possibile una interpretazione estensiva della norma civile applicabile a tutti i settori del diritto come una sorta di *principio generale*, risultando applicabile anche ai rapporti tributari<sup>63</sup>. Conseguentemente la disposizione fiscale viene ad avere carattere di norma imperativa eventualmente materiale, nel senso di norma protettiva di un interesse specifico e giuridicamente rilevante, pur in mancanza degli speciali connotati di carattere prettamente proibitivo<sup>64</sup>. Secondo questa tesi il fatto che l'elusione non sia di per sé illegittima nell'ordinamento tributario non comporta l'irrilevanza dei negozi elusivi di norme tributarie sotto il profilo civilistico. Va detto che contro tale assunto, sono diverse le argomentazioni addotte. In primis si esclude in senso generale che le norme imperative, richiamate dall'art. 1344 c.c., siano tutte inderogabili. Nella specie lo sarebbero solamente le norme proibitive o precettive che dichiarano illecito un risultato o lo subordinano al verificarsi di determinate condizioni, od anche disposizioni non suscettibili di sostituzione con altre norme legali o convenzionali<sup>65</sup>. Da questo discende l'inapplicabilità

<sup>63</sup> In tal senso BATISTONI FERRARA, "Atti simulati e invalidi nell'imposta di registro, Napoli, 1969, pag. 69 e ss.

Dello stesso tenore CIPOLLINA, "Elusione fiscale", in Riv. Dir. Fin., 1988, I, pag. 122 e MORELLO "Il problema della frode alla legge nel diritto tributario", 1991.

<sup>64</sup> Cfr. BATISTONI FERRARA, op. cit. – CONTRINO, op. cit. pag. 129 – RUBINO, "Negozio indiretto, Milano, 1937, pag. 118.

<sup>65</sup> Sull'argomento si veda anche RUSSO P., "Note in tema di disposizioni antielusive", in Rassegna Trib. n. 1/1999, pag. 70: "La dottrina tributaria ha da tempo posto in evidenza come l'elusione non possa essere combattuta mutuando nell'ordinamento tributario lo strumento civilistico di cui all'art. 1344 del codice civile in quanto tale norma opera solo rispetto alle norme imperative. E, si è detto, il rifiuto (ormai pacificamente condiviso) di una concezione imperativistica del diritto impone di considerare imperative, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile, solo le norme precettive o proibitive. Al contrario, si è ancora detto, che le norme impositive non rientrano né nella prima né nella seconda categoria perché pur essendo inderogabili, si limitano ad assumere determinati fatti ad indice di capacità contributiva, come tali idonei a determinare la nascita del rapporto obbligatorio d'imposta". Dello stesso tenore AA.VV. "La capacità contributiva", a cura di F. MOSCETTI, Padova 1993.

della norma del codice civile ai fatti elusivi poiché le leggi tributarie sono indirizzate ad identificare oneri a carico del contribuente, assumendo il caso di specie come indice di capacità contributiva. Ciò permette di affermare che seppure disposizioni inderogabili, non sono finalizzate a colpire quei risultati non meritevoli di protezione. Resta, in questa ipotesi, da colmare una lacuna di particolare rilievo, cioè identificare quale norma imperativa sarebbe oggetto del raggirò previsto dall'art. 1344<sup>66</sup>. Al riguardo un'altra autorevole corrente dottrinale individua la norma imperativa violata nel dettato dell'art. 53 della costituzione, sulla capacità contributiva. Per questo motivo, ogni comportamento volto a ridurre la capacità del cittadino di partecipare alla spesa pubblica, sarebbe violazione diretta dell'assunto costituzionale<sup>67</sup>.

Non mancano certo impostazioni di senso contrario<sup>68</sup> che pongono forti critiche alle due tesi appena esposte, in particolare rilevano le seguenti doglianze:

<sup>66</sup> In tal senso CARRARO, "Il negozio in frode alla legge", Padova 1942 – PACITTO, op. cit.

<sup>67</sup> in tal senso GALLO, "Elusione, risparmio di imposte e frode alla legge", in Giur. Comm. 1989, pag. 377 e lo stesso GALLO "Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)", in Rassegna Tributaria 1989, I. MANZONI, "Il principio della Capacità contributiva nella costituzione italiana", pag. 46 e ss.: "a colpire direttamente certi risultati come immeritevoli di protezione, ritenendosi mancante il danno altrui derivante dalla violazione, ma tuttavia richiamando l'art. 53 della costituzione da intendersi come norma imperativa che prevede la tassazione applicata in base alla capacità contributiva determina l'applicazione dell'art. 1344 configurando un danno sociale derivante dalla elusione fraudolenta della norma tributaria".

In senso contrario RUSSO P, op. cit. pag. 71: "[...] il limite di tale impostazione era, non solo e non tanto, quello di ammettere la configurabilità dell'art. 53 come norma precettiva, quanto piuttosto quello determinato dalla difficoltà di superare l'intermediazione necessaria che, rispetto a quel precetto, opera la singola norma impositiva. L'art. 53 della Costituzione, inteso come precetto è, infatti, del tutto generico ed esso diventa attuale solo allorché il legislatore opera una selezione degli indici di capacità contributiva ponendo le specifiche norme impositive".

<sup>68</sup> Si veda anche VANZ G., op. cit. pag. 1611: "l'unica disposizione di carattere generale che si potrebbe astrattamente invocare in proposito è quella dell'articolo

- Una sproporzione fra il mezzo utilizzato che è la nullità dell'atto ed il fine perseguito, la lotta all'elusione;
- Impossibilità da parte dell'Amministrazione di recuperare quanto il contribuente ha sottratto, non ottemperando all'esigenza del fisco non tanto di annullare l'atto, ma di renderlo inapplicabile ai fini tributari. Per questo si può affermare che l'istituto in oggetto produce effetti inadeguati alle finalità proprie del fisco<sup>69</sup>.
- Il contrasto con l'art. 23 Cost.: la violazione al principio costituzionale impedisce il ricorso all'art. 1344 in ambito tributario. Esiste il timore che ne possa derivare un ricorso indiscriminato alla nullità dei negozi giuridici, sulla base del solo presupposto che i risultati economici ottenuti siano inferiori ad altri fiscalmente più onerosi, ma analoghi.

Una ulteriore impostazione dottrinale, che tende ad escludere l'applicazione dell'art. 1344 c.c. in ambito tributario,<sup>70</sup> sostiene la mancanza di violazione di norma imperativa poiché l'obbligazione tributaria trarrebbe origine da un atto amministrativo, per cui l'elusione si risolverebbe come un atto in frode al

1344 del codice civile [...] Ma si tratta come è noto, di disposizione che non è stata ritenuta applicabile alla materia tributaria, anche sulla base della costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui "la frode fiscale costituisce un illecito che trova la sua sanzione solo nel sistema tributario e non comporta la nullità del negozio mediante il quale viene commessa".

Cass. Sez. I, 20 agosto 1987, n. 6970; Cass. 27 ottobre 1984, n. 5515; Cass. Sez. trib. 18 aprile 2002 n. 5582.

Cfr. NUZZOLO, "profili problematici in materia di elusione fiscale alla luce dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali". In *Fisco oggi*, riv. Telematica Agenzia Entrate del 11.08.2003.

<sup>69</sup> Per approfondire la critica all'applicabilità diretta dell'art. 1344 alle ipotesi elusive, si veda CIPOLLINA, "La legge civile e la legge fiscale", pag. 148 e ss..

<sup>70</sup> A sostegno di questa tesi SANTORO PASSARELLI, "Dottrine generali del diritto civile" Napoli 1966 – BIANCA, "Il contratto", Milano, 1984 – SACCO "Il contratto", Torino, 1975.

fisco. Porre in essere determinati negozi invece di altri comporterebbe solamente l'applicazione di un regime impositivo diverso<sup>71</sup>.

Le esposizioni una volta di una tesi, una volta dell'altra, danno da sempre vita ad un ricco dibattito dottrinale. In ogni modo una cosa sembra chiara, nella reale applicazione dell'art. 1344 alla fattispecie tributaria non sono pochi i problemi che si presentano.

La norma in esame non è completamente compatibile con la disciplina fiscale, per questo non è sempre lo strumento adatto a combattere i fenomeni elusivi. Prima di tutto l'elusione non si concretizza ogni volta con atti contrattuali rilevanti ai fini della nullità, ma anche con atti societari (quali le delibere assembleari parzialmente elusive che vanno dal trasferimento della sede legale alla trasformazione della società) o negozi non patrimoniali<sup>72</sup>. Inoltre, l'individuazione della norma imperativa violata è impossibile nel caso ci si trovi di fronte allo sfruttamento di norme agevolative o di detassazione. In fine, l'articolo 1344, può essere richiamato solo in una fase accertativa per invalidare gli effetti del negozio (fase destruens) ma non nella fase costruens, ovvero nella conversione di un negozio nullo in quello che costituisce presupposto per l'applicazione della norma elusiva.

<sup>71</sup> Sull'argomento di veda NUZZOLO A., op. cit.: "In sintesi tale corrente dottrinale sostiene che: - l'ordinamento italiano è basato sul principio della libertà negoziale e quello fiscale – che del primo è una delle componenti – è basato sul principio di legalità; - conseguentemente i privati sono liberi di regolare negozialmente i loro interessi; la fiscalità non può alterare le strutture e la funzione dei negozi giuridici liberalmente stipulati tra le parti e può assoggettare ad imposizione, nei modi stabiliti dalla legge, solo gli atti individuati come imponibili dalla legge stessa; - la dialettica tra libertà e liberalità può, tuttavia, essere bloccata, a tutela dell'interesse erariale, con norme anti – elusione che, in quanto fiscali, non possono essere interpretate in senso analogico, dato che, non presentando carattere generale, hanno natura speciale/eccezionale; in altri termini, sono norme a fattispecie esclusiva".

<sup>72</sup> Sull'argomento LOVISOLO, "Evasione ed elusione tributaria", op. cit.

Molti dei dubbi e delle perplessità che il dibattito dottrinale sopra citato comporta, sembrerebbero poter essere superate attraverso l'adesione ad un diverso orientamento dottrinale, per il quale la frode alla legge va inteso come un principio generale non scritto ottenibile dalle regole superiori poste a tutela dell'affidamento e della buona fede. Tale assunto risulta riferibile ad ogni settore dell'ordinamento giuridico e con riguardo ad ogni atto fraudolento. In questo ambito, l'art. 1344 costituisce solo una indicazione specifica con efficacia nella sfera del contratto illecito<sup>73</sup>.

Gli aspetti essenziali di tale indirizzo sono essenzialmente:

- La liberazione dell'Amministrazione finanziaria dall'onere di provare la nullità di un determinato atto e dalla necessità di doverlo sostituire con una nuova costruzione;
- L'operatività di tale principio può essere richiamata solo nel caso in cui il negozio risulta posto in essere con "l'unico" scopo di eludere norme sfavorevoli. Si determina in questo modo una riduzione degli spazi di discrezionalità lasciati all'Amministrazione finanziaria;
- L'applicazione del principio generale non è subordinata all'individuazione di una norma imperativa elusa perchè qualunque disposizione o regola fiscale che stabilisca tassazioni o maggiori tassazioni può essere oggetto di elusione;
- Si superano le perplessità sull'inadeguatezza della sanzione nullità, derivante dalla diretta applicazione dell'art. 1344 C. C. in materia fiscale.

La nullità ex art. 1344 non è da considerarsi come "la reazione" al fenomeno della frode ma "una reazione" alla elusione di norme imperative fra le quali non sono da annoverare le norme tributarie. *Al di là dei casi di elusione a*

<sup>73</sup> Per approfondimenti su questo nuovo indirizzo, si rinvia a MORELLO, "Negozio giuridico (negozio in frode alla legge), in Enc, giur. XX, Roma, 1990.

*disposizioni imperative si può considerare il negozio o il procedimento elusivo semplicemente inefficace, con conseguente applicazione della norma elusa*<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Cfr. CONTRINO, Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto, op. cit., pag. 137.

## **CAPITOLO II: LA DISCIPLINA ANTIELUSIVA IN ITALIA**

Una volta determinato cosa voglia intendersi per elusione fiscale, sono stati analizzati i diversi strumenti, intersettoriali o civilistici, che sono stati utilizzati nella lotta antielusiva. Ne è scaturita una loro difficile o, quantomeno ridotta, utilità nel settore tributario a causa dei limiti e delle difficoltà applicative propri della loro struttura.

In questo capitolo si analizzerà la normativa antielusiva propria del settore tributario che supera le barriere operative degli strumenti sopra esposti. Si partirà dalle caratteristiche proprie della norma generale e speciale, per poi disaminare nello specifico, l'attuale disciplina contro l'elusione, di cui all'art. 37 bis DPR 600/1973, tutto ciò non trascurando di effettuare una breve disamina storico – evolutiva della materia di specie, nel nostro Paese.

### **1. Norme antielusive: tipologia e finalità**

Per quanto detto nel capitolo precedente, è pacifico che l'elusione si rivolta all'abuso delle lacune del diritto e di conseguenza sia idonea a creare tensioni economico – sociali. È necessario combattere il fenomeno elusivo non nell'ambito amministrativo perché non è ammissibile una forzatura interpretativa delle norme per adattarle alle esigenze del fisco, né tantomeno è possibile a livello giurisdizionale perché, si è detto, l'elusione non è un atto di per sé illecito. Resta il campo legislativo, cui spetta l'emanazione di norme rivolte all'eliminazione, o contenimento, del fenomeno elusivo.

In linea generale, la disposizione antielusiva può essere considerata come una “eccezione” perché tenta di rendere inopponibili all'Amministrazione i negozi, atti o fatti, civilisticamente validi, in un contesto in cui vige il principio formale della riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione. A

questo si aggiunga che la disposizione ha, altresì, il fine di realizzare il principio costituzionale di capacità contributiva ai sensi dell' art. 53.

*In sintesi, la normativa di specie, tenta di far prevalere la sostanza sulla forma per il raggiungimento dell'equità nel campo fiscale, nonostante la presenza della riserva di legge<sup>1</sup>; ha come obiettivo quello di perseguire il contribuente che approfitti della complessità e delle lacune proprie del sistema tributario per inseguire un interesse personale, in contrasto con quello generale previsto dal nostro ordinamento.*

Le norme antielusive possono essere qualificate in norme *generali*, norme *specifiche/analitiche* o norme a *clausole settoriali* (norme generali a fattispecie specifiche).

Le norme antielusive generali sono destinate a valere in ogni situazione e settore d'imposta, quindi anche nei casi di ipotesi inesistenti al momento dell'emanazione della norma, ma che abbiano le stesse specificità della fattispecie astratta. In altre parole, la norma generale si sostanzia in una regola esterna, in un cosiddetto principio generale, che permette di combattere il fenomeno elusivo senza modificare la legislazione sostanziale<sup>2</sup>. Questa

<sup>1</sup> Cfr. NUZZOLO A. – LA COMMARA U., “L’elusione Fiscale”, in Rivista della Guardia di Finanza, n. 2/2002, pag. 783.: “[...] la disposizione antielusiva, sia essa generale o specifica, si pone quale “cerniera” tra i principi fondamentali vigenti nel settore tributario, ossia quelli della riserva di legge e della capacità contributiva, rispettivamente previsti dagli artt. 23 e 53 della Costituzione. Essa tende, quindi, a far prevalere gli effetti strettamente sostanziali, sotto l’aspetto economico, derivanti dalla fattispecie negoziale rispetto alla sua forma giuridica”.

Nello stesso senso LUNELLI R., “L’elusione Tributaria”, in Il Fisco n. 38/2003.

<sup>2</sup> Cfr. PICCONE FERRAROTTI P., “Riflessioni sulla normativa antielusiva introdotta dall’art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37- bis del D.P.R. n. 600/1973), nt. pag. 1174: “[...] sono dirette ad impedire le strumentalizzazioni, lasciando intatta la normativa strumentalizzata. Sono norme che intervengono ad impedire che il contribuente approfitti delle imperfezioni (spesso inevitabili) del sistema. In questo senso occorre considerare che non sono norme che servono a reperire gettito e la cui efficacia non può venire giudicata dal numero delle applicazioni concrete. Si tratta di

clausola attribuisce all'amministrazione il potere di riqualificare i negozi per farli coincidere con la realtà sostanziale, allo scopo di ottenerne prelievo fiscale. Nel nostro ordinamento non è presente alcun principio generale (ad eccezione dell'art. 20 DPR 131/1986 di cui si è detto al § 3.2 cui si rinvia) a realizzazione dell'indirizzo politico prevalente che sosteneva il "rispetto letterale" della norma, quale garanzia di certezza del diritto. Negli anni, però, il forte espandersi del fenomeno elusivo, ha dato adito a nuove riflessioni e spunti a sostegno dell'introduzione del principio generale. Secondo tale impostazione, l'introduzione della clausola generale nel nostro ordinamento sarebbe necessaria ad arginare la forte espansione dell'elusione, in cui si ravvisava un carattere ormai patologico.

Innanzitutto si rileva che l'attuale disciplina<sup>3</sup> è eccessivamente particolaristica e per questo non più in grado di sostenere la notevole diffusione del fenomeno elusivo. In secondo luogo, la norma generale andrebbe applicata ponendo l'attenzione all'intento soggettivo (della fraudolenza del comportamento) limitando la riqualificazione del negozio solamente all'ambito fiscale. In questo modo, il criterio generale acquisterebbe una valenza complementare ed integrativa, rispetto le clausole specifiche,<sup>4</sup> e non alternativa.

Perseguendo questa via, si riuscirebbe, secondo i sostenitori dell'orientamento in specie, a prevenire il danno del minor gettito fiscale, tramite il dispositivo automatico e generale ed allo stesso modo, si arriverebbe a giustificare la

norme destinate ad evitare che il gettito si perda e quindi esplicano una efficacia soprattutto preventiva, deterrente, non repressiva".

<sup>3</sup> Fra cui l'art. 37 bis, D.P.R. 600/1973 di cui al successivo § 4.

<sup>4</sup> Sull'argomento si vedano GALLO, in Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992 ed in *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge*, in *Rass. Trib.* 1989 - TREMONTI, in *Autonomia contrattuale e normativa tributaria* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985 e in *La fiscalità industriale*, Bologna 1988.

“limitazione” dell’autonomia contrattuale data dalla riqualificazione del negozio giuridico da parte degli organi amministrativi<sup>5</sup>.

È certamente vero che l’opinione appena presentata sia piuttosto interessante al fine di combattere il fenomeno elusivo, ma non mancano certamente critiche alla sua possibile applicazione pratica. L’elemento di partenza sembra essere proprio l’attuale struttura del nostro assetto giuridico, caratterizzato da una miriade di norme (prive di coordinamento) e per questo non adatto all’attuazione di una disposizione che necessita, invece, un sistema altamente ordinato nel quale l’alta preparazione dei soggetti che vi operano non dia adito ad abusi nella fase interpretativa. A questo si aggiunga che lo scopo principale della norma generale è la ricerca della sostanza economica effettivamente realizzata rispetto alla realtà formale del negozio, posizione, questa, in palese contrasto con l’essenza stessa del sistema italiano, fondato prevalentemente sulle presunzioni<sup>6</sup>.

Se non bastassero i citati problemi di coesistenza e coordinamento con il sistema tributario, si sottolinea la presenza del rischio di generare incertezza del diritto, giacché la norma generale concede troppo potere discrezionale agli organi amministrativi. Simile indeterminatezza<sup>7</sup> deriva da un criterio di

<sup>5</sup> Si veda CONTRINO, “Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto”, Bologna, 1996.

<sup>6</sup> Cfr. TRIVOLI, “Contro l’introduzione di una clausola generale antielusiva nell’ordinamento tributario vigente”, in Dir. Prat. Trib., 1992 – UKMAR, *Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte a un fenomeno tutto italiano*, in Dir. Prat. Trib., 1991.

<sup>7</sup> In tal senso PICCONE FERRAROTTI P., op. cit. nt. pag. 1174: “[...] la maggiore indeterminatezza della definizione positiva del comportamento oggetto della norma. Attraverso una definizione più astratta si ottiene un criterio di valutazione più flessibile, che consente di considerare autonomamente e singolarmente le fattispecie concrete che cadono sotto la lente di osservazione dell’interprete. In questo modo il fulcro dell’individuazione dei comportamenti elusivi si sposta dal legislatore all’interprete, al quale spetta in via ultima e definitiva la classificazione del comportamento come elusivo e la riconduzione ad esso dei relativi effetti di legge.”

valutazione più flessibile, intrinseco alla disposizione generale, che permetta di considerare le singole fattispecie singolarmente ed autonomamente da parte dell'interprete<sup>8</sup> nel tentativo di applicare un sistema tributario "per principi", ai singoli e specifici comportamenti che il contribuente potrebbe porre in essere a fini elusivi.

In posizione diametralmente opposta si pongono le cosiddette norme specifiche o analitiche che dir si voglia. La metodologia di applicazione risulta completamente differente rispetto al principio generale. In questo caso le disposizioni hanno un carattere finalistico, quindi individuano un frequente comportamento posto in essere dai contribuenti identificato come elusivo (aspetto casistico) e conseguentemente lo censurano. Sono norme che nascono ed intervengono ex post rispetto la fattispecie elusiva cui si riferiscono ed a differenza della clausola generale hanno come elemento caratteristico quello di modificare il dettato normativo<sup>9</sup>. Per questa loro

<sup>8</sup> Conformemente si veda NUZZOLO A., "Profili problematici in materia di elusione fiscale alla luce dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali", in Fisco oggi, Rivista tel. Agenzia Entrate: "lo svantaggio di una norma antielusiva "generale" è quello della sua connaturale genericità: essa è di difficile applicazione perché richiede un'approfondita analisi delle singole situazioni in relazione alla precisa percezione del significato e della natura di un comportamento elusivo.[...] di fronte ad una disposizione di tipo "generale", l'Amministrazione non può far altro che dimostrare la corrispondenza dell'ipotesi specifica rispetto alla fattispecie astratta, disconoscendo, pertanto, solo dal punto di vista fiscale, gli effetti di un dato regolamento civilistico dei rapporti fra le parti in causa".

Nello stesso senso LUNELLI R., op. cit. pag. 10: "una norma antielusiva generale, oltre a rendere ancora più incerto e complesso il quadro legislativo di riferimento, presente il rischio di essere discorsiva in sede di (sua) concreta applicazione: perché finisce per essere punitiva in casi del tutto fisiologici (anche se anomali e complessi) e, viceversa, tollerante in relazione a situazioni formalmente ineccepibili, ma sostanzialmente scorrette e inaccettabili".

<sup>9</sup> Cfr. PICCONE FERRAROTTI P., op. cit.: "[...] non impediscono le operazioni di strumentalizzazione da parte dei contribuenti, ma correggono direttamente quelle norme che venivano più di frequente manipolate e sfruttate dai contribuenti come falle che consentivano l'aggiramento di precetti di valore sistematico".

peculiarità, alcuni autori hanno ipotizzato che la loro natura non fosse quella propria delle norme antielusive, anche se ne riconoscevano come antielusiva, la finalità<sup>10</sup>.

Si può tuttavia affermare che la loro diffusione è dovuta ad una importante differenza rispetto al principio generale, il loro intervento solo ex post, atto a modificare la normativa, consente di mantenere in pieno il rispetto *dell'autonomia contrattuale, permettono una rapida applicazione operativa ed infine, limitando l'ambito interpretativo, hanno scarsa propensione ad ampliare il carico del contenzioso fiscale.*

Anche questa tipologia di disposizioni, a ogni buon conto, non è esente da critiche.

In primis, sono norme suscettibili di essere eluse a loro volta, come qualsiasi altra disposizione tributaria ed inoltre, sono il frutto di continui aggiustamenti legislativi, che nel tempo creano una situazione normativa piuttosto articolata e complessa, per non dire confusa. Nell'ambito delle norme specifiche, una posizione di rilievo è rivestita dalle disposizioni definite *“supplementari o surrogatorie”*, introdotte con la funzione di affiancare la fattispecie principale<sup>11</sup>. Si è tentato, quindi, di arginare il fenomeno elusivo, sia per vie

<sup>10</sup> In tal senso LUPI *“Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative”*, in Rassegna Tributaria n. 3/1995: “[...] non si tratta in senso tecnico di norme “antielusione”, anche se hanno certo finalità elusive. Tutte queste norme, infatti, non impediscono l’operazione di strumentalizzazione da parte dei contribuenti, ma correggono le norme che venivano strumentalizzate. Si tratta insomma di norme “antielusive” che “chiudono i buchi”. Le norme antielusione in senso stretto sono invece dirette ad impedire le strumentalizzazioni, lasciando intatta la normativa che veniva strumentalizzata”.

Cfr. LUNELLI R., op. cit.: “[...] non si dovrebbe, però, parlare di disposizioni “antielusive”, quanto, piuttosto, di norme dirette ad ampliare la base imponibile e/o il gettito erariale (o, semmai, ad evitare le “evasioni” tributarie)”.

<sup>11</sup> In tal senso si vedano HENSEL, *“Diritto tributario”*, Milano, 1956; BLUMENSTEIN, *“Sistema di diritto delle imposte”*, Milano 1954; D'AYALA

dirette, che “traverse”. È vero che l'utilizzo delle norme supplementari permette di combattere fattispecie che la norma principale non ha previsto, ma non sono risultate in grado di risolvere completamente il problema perché come per l'applicazione di tutte le norme analitiche, il fenomeno elusivo viene arrestato ma non fermato del tutto<sup>12</sup>.

Accanto alle norme supplementari, a chiusura del sistema, si collocano le *presunzioni* quali prove legali di fattispecie tassabile con divieto o limitazione di prova contraria, di solito volte a identificare nella forma giuridica prescelta dai contribuenti la prova del fatto imponibile, (si rammenta che è sempre l'uso volto ad eludere che rileva e non la forma in sé). Nonostante le presunzioni sembrino limitare la libertà negoziale, una parte della dottrina le ritiene idonee a risolvere il problema elusivo, in special modo perché tendono a proteggere il sistema<sup>13</sup>.

*Alla luce di quanto detto, le norme analitiche, pur permettendo di mantenere la certezza del diritto, presentano delle aree di criticità operativa che ne limitano alquanto l'impiego contro il fenomeno elusivo. Dall'altra parte, la norma generale anche se ha un carattere preventivo sul fenomeno elusivo, implica un elevato grado di incertezza non supportabile dal nostro ordinamento. Per questo motivo, il legislatore italiano si è orientato verso una risoluzione di compromesso, fra le esigenze dissuasive e le difficoltà operative, attuata attraverso l'utilizzo di norme antielusive definite di settore o a fattispecie determinate. Esse consistono in un “correttivo” alla norma generale antielusiva con lo scopo di contrastare i fenomeni elusivi più*

VALVA, “*I problemi dell'evasione e dell'elusione nell'attuale normativa*”, in Dir. Prat. Trib., 1989.

<sup>12</sup> Come esempio di norma supplementare si rinvia all'art. 33 dell'imposta di registri che prevede che il mandato irrevocabile con dispensa di rendiconto sia soggetta alla medesima imposta stabilita per l'atto principale.

<sup>13</sup> Cfr. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, cit.

rilevanti e diffusi, con ambito operativo circoscritto ad uno specifico settore tributario.

Per quanto attiene la loro sfera applicativa, sono rivolte a contrastare un insieme differenziato di prassi antielusive, tutte, comunque, riconducibili ad un unico comparto del sistema fiscale. Dal punto di vista dei poteri e della discrezionalità concessi agli organi amministrativi, esse si caratterizzano per il fatto di consentire all'Amministrazione di superare il formalismo giuridico, limitandone al contempo il potere decisionale: *l'Ufficio può riqualificare il negozio giuridico e disconoscere gli indebiti vantaggi fiscali, lasciandone però immutata la validità civilistica.*

Esempi di norme generali a fattispecie determinate nel nostro ordinamento sono l'art. 37, comma 3°, D.P.R. 600/1973 sull'interposizione di persona (come ampiamente indicato al precedente § 3.4); l'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973 (in sostituzione dell'art. 10 legge 408/1990) di cui si parlerà nello specifico al prossimo § 4; e l'art. 110 D.P.R. 917/1986, commi 10 ed 11, sui paradisi fiscali.

## **2. Breve cenno storico sulla norma antielusione in Italia**

L'evoluzione della normativa antielusione in Italia, va di pari passo alla controversia sull'opportunità o meno di introdurre nel nostro ordinamento la clausola generale.

All'inizio degli anni settanta, le forze politiche, consapevoli della necessità di riformare il sistema tributario, diedero vita alla Commissione per lo studio della riforma, presieduta inizialmente da Cesare Cosciali e successivamente da Bruno Vicentini. La Commissione elaborò un progetto finale che costituì il fulcro della legge delega del 9.10.1971, n. 835. All'interno del complesso progetto, il tema dell'elusione fiscale divenne oggetto di ampi dibattiti. Il fenomeno elusivo fu definito come lo strumento che il contribuente può mettere in atto per cercare di ridurre od evitare l'onere fiscale, distorcendo la propria attività, mantenendo il rispetto delle norme positive<sup>14</sup>. Le fattispecie esaminate furono diverse, fra le quali il progetto Roviglio, che criminalizzava una fra le ipotesi elusive tipiche, cioè la costituzione delle società di comodo per eludere la progressività del tributo. In questo ambito era stata ipotizzata la possibilità di introdurre una norma a carattere generale, rivolta alla ricerca della realtà sostanziale di un negozio specifico. Sulla base dell'esperienza maturata in altri Paesi europei, l'ipotesi fu abbandonata perché considerata foriera di troppe difficoltà operative ed incertezze<sup>15</sup>. Il mancato ricorso ad una clausola generale fu il frutto di una scelta ponderata, valutando i pro ed i contro della disposizione, ma soprattutto prevalendo l'orientamento che

---

<sup>14</sup> Si veda COSCIANI, "Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria", 1964; UCKMAR, General report at the IFA congress on tax avoidance and evasion, 1983.

<sup>15</sup> In tal senso COSCIANI, op. cit.; LOVISOLO, "Evasione ed elusione tributaria"; TABELLINI, "L'elusione fiscale", Milano, 1987.

prevedeva come prerogativa e valore irrinunciabile dell'ordinamento giuridico, il concetto dell'autonomia negoziale.

Si scelse, per contro, di intervenire nell'ambito elusivo, con delle norme di tipo specifico, analitico.

Altra tappa di rilievo e primo vero tentativo di introdurre una norma generale antielusione, si riscontra nella proposta di legge del 4 febbraio 1986, n. 3461 (proposta Piro) che mirava ad introdurre nel DPR 600/1973 la disposizione: "Dopo l'art. 41 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 è aggiunto il seguente art. 41 bis - Gli uffici delle imposte, in base ad autorizzazione motivata del competente Ispettorato compartimentale delle imposte dirette, possono considerare irrilevanti, agli effetti della determinazione del reddito complessivo, gli atti che hanno la loro causa esclusiva o principale nella riduzione dell'onere tributario. La presente norma si applica agli atti posti in essere durante il periodo di imposta in corso alla data di entrata in vigore della presente legge". Reali finalità di questa proposta furono essenzialmente quelle di contenere il fenomeno delle fusioni delle società di comodo e di superare le problematiche insite nella clausola generale attraverso l'assunto che l'Amministrazione poteva considerare irrilevanti gli atti compiuti al fine di ottenere il vantaggio fiscale salvaguardando allo stesso tempo gli effetti civilistici, in modo da garantire la certezza del diritto. Nonostante ciò, la proposta fu ugualmente respinta<sup>16</sup>.

La medesima sorte toccò al disegno di legge 1301 del 5 agosto 1988 che conteneva due disposizioni: la prima nell'art. 25 rivolta a contrastare l'interposizione fittizia; la seconda nell'art. 31 intendeva introdurre la clausola

---

<sup>16</sup> Le principali motivazioni addotte furono: l'Amministrazione finanziaria non è in grado di fare buon uso del notevole potere attribuitole; la norma avrebbe inevitabilmente comportato un aumento del contenzioso; limitazione dell'operatività di tale disposizione al solo settore delle imposte dirette; l'eccessiva dipendenza del procedimento dalla valutazione soggettiva degli intenti del contribuente

generale nell'ordinamento. La prima disposizione venne recepita nell'art. 37, comma 3, del D.P.R. 600/1973 mentre la seconda, venne stralciata e sostituita dall'introduzione di norme antielusive analitiche volte a di limitare e differenziare le deduzioni di alcuni costi (o oneri) in sede di determinazione del reddito imponibile.

Solo poco tempo dopo, nel 1990, tramite il disegno di legge delega n. 3705, per contrastare i fenomeni elusivi nel campo delle imposte sui redditi, IVA e sulle successioni e donazioni, il Governo presentò un nuovo disegno di legge con i medesimi principi enunciati in quello del 1988, ed allo stesso modo venne respinto.

Dopo questo lungo percorso, si giunge, finalmente, all'emanazione **dell'art. 10 della legge 29 dicembre 1990 n. 408** successivamente abrogato dall'introduzione dell'attuale disciplina antielusiva di cui all'art. **37 bis nel D.P.R. 600/1973**, introdotta dall'art. 7 del D.Lgs. del 8 ottobre 1997, n. 358.

Da ricordare che a livello europeo già dal 1990 esisteva una normativa volta ad identificare operazioni potenzialmente elusive in riferimento alle fusioni, scissioni, conferimenti e scambi di azioni fra società di Stati (comunitari) diversi. Si tratta della **Direttiva n. 434**, recepita nel nostro ordinamento il 19 febbraio 1992 con L. 142 ed attuata con D. Lgs. N. 54 del 30 dicembre dello stesso anno<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Nello specifico ci si riferisce all'art. 11 che stabilisce la possibilità per uno Stato membro di rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni (titoli 2,3 e 4) o revocarne i benefici, se l'operazione :a) ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale; il fatto che una delle operazioni di cui all'articolo 1 non sia stata effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti alle operazioni, può costituire presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo la frode o l'evasione; b) ha come conseguenza che una società, a prescindere dalla partecipazione della medesima all'operazione, non soddisfa più le condizioni richieste per la rappresentazione dei lavori negli organi delle società secondo le modalità applicabili prima di detta operazione.

### 3. Art. 10 della Legge n. 408 del 1990

L'articolo in esame si pone come norma sui generis, poiché da un lato è disposizione antielusiva a carattere generale ma con una rilevante limitazione del campo applicativo, dall'altro non può essere considerata come norma analitica<sup>18</sup>. In sostanza la possiamo ricondurre alle clausole generali settoriali, di cui si è detto in precedenza. *L'art. 10 consentiva all'amministrazione finanziaria di disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali<sup>19</sup> sostenute ed i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.* Questo nella sua prima stesura.

<sup>18</sup> Cfr. NUZZOLO, op. cit. : “[...] si optò quindi per una disposizione che, sulla scia delle norme antielusive generali, consentisse all'Amministrazione finanziaria di riconoscere i vantaggi fiscali conseguiti dal contribuente; tuttavia, tale operazione era consentita limitatamente a ben individuate operazioni ed in presenza di determinate. In particolare, questa norma, contenuta nell'art. 10 della prefata legge, enunciava un principio antielusivo mirato a contrastare gli abusi perpetrabili nel particolare comparto delle operazioni di natura straordinaria, di cui veniva effettuata una elencazione paradigmatica”.

<sup>19</sup> Sull'argomento GALLO, “Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione”, in Riv. Dir. Trib., 1992, pag. 1778: “il disconoscimento della parte di costo delle partecipazioni” è previsto con evidente riferimento alla “fraudolenta maggiorazione del costo di acquisto delle stesse”.

Si veda inoltre delibera SECIT N. 105/1994 del 5 luglio 1994, in Rassegna Tributaria n. 3/1995.

La lista delle operazioni sottoposte alla disciplina della norma sono variate<sup>20</sup>, la prima volta eliminando la fusione dall'elenco delle operazioni sottoposte alla norma ed aggiungendovi: la liquidazione, la valutazione di partecipazioni, la cessione di crediti, la cessione o valutazione di valori mobiliari. La seconda, inserendo nell'elenco delle operazioni sottoposte alla legge, la cessione di azienda. Ciò detto, occorre precisare che l'impianto complessivo della disposizione, concernente la possibilità concessa all'Amministrazione di disconoscere ai fini fiscali i vantaggi tributari, è restato immutato.

Nella sostanza, l'applicazione della norma era subordinata alla presenza di un presupposto quale il conseguimento di **vantaggi tributari**, cui si aggiungevano tre condizioni: **l'assenza di valide ragioni economiche**, lo **scopo esclusivo di ottenere il risparmio d'imposta** ed infine, la **frode** nel

<sup>20</sup> Cfr. CONTRINO, *Sull'applicabilità dell'art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall'art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, in *Dir Prat. Trib.*, n. 5/1996, scrive "La soppressione della fusione è stata realizzata come implicita conseguenza della dichiarata irrilevanza fiscale del disavanzo da annullamento, ....., dimostrando l'esistenza di una visione alquanto restrittiva delle possibilità di impiego elusivo dell'istituto della fusione: il legislatore ha ritenuto che la disciplina antielusione relativa al riporto delle perdite fosse esaustiva, che le altre disposizioni relative all'istituto fossero prive di "smagliature", che l'impiego della fusione come "veicolo" per aggirare le altre norme dell'ordinamento tributario fosse sostanzialmente impossibile e, quindi, che tutto il potenziale elusivo dell'operazione in esame si concentrasse nell'utilizzo del disavanzo da annullamento per rivalutare i cespiti dell'incorporata.....In realtà non è così....."

PISTONE, *Finanziaria '95: fusioni, scissioni e norme antielusive*, in *Corr. Trib.* 1995, pag. 311; VALENTE, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1995, pag. 293 e DESIDERI, *La valutazione di partecipazioni può essere elusiva*, in *Corr. Trib.*, 1994, pag. 2701.

CONTRINO, *Sull'applicabilità dell'art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall'art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, cit.; STEVANATO, *Normativa antielusione: le novità della finanziaria 1995*, in *Rass. Trib.*, 1995.

compimento del progetto. *Tutto questo riferito solo all'ambito delle fattispecie tassativamente indicate dall'articolo stesso.*

L'effettiva applicazione della norma incontrò molte difficoltà, ciò alla luce della terminologia adottata dal legislatore, causa diretta di diverse incertezze interpretative. Di seguito si riporta una breve disamina degli elementi di criticità dell'art. 10, gli stessi che ne hanno portato l'abrogazione attraverso l'introduzione dell'art. 37 bis nel D.P.R. 600/1973, di cui si dirà in seguito.

- Nell'elencazione delle fattispecie cui applicare la norma, il riferimento alla concentrazione ed allo scorporo, ha portato non pochi problemi interpretativi, perché si trattava di concetti economici, la cui trasposizione nel contesto giuridico lasciava ampi spazi di incertezza. Un problema, questo, amplificato dopo la prima modifica, con la quale si eliminava la fusione dall'elencazione ma si manteneva la scissione<sup>21</sup>.
- In luogo dell'indicazione dei modi e termini dell'attività amministrativa è stato introdotto lo scopo della stessa, lasciando ampi margini di discrezionalità agli organi accertativi<sup>22</sup>;

<sup>21</sup> In tal senso si vedano TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, cit. e lo stesso, "Fusioni di società ed elusione d'Imposta", in Rass. Trib. 7.8/1994, pag. 1141: "Quanto poi alle operazioni di "concentrazione" e "scorporo", qualsiasi tentativo di coordinamento potrebbe anche non apparire arbitrario: di esse non v'è traccia nella disciplina del Tuir. Ed ove una delle due fosse identificata con il "conferimento", l'altra resterebbe giocoforza un'ingombrante astrazione. Anche la materia dei conferimenti ha ricevuto comunque disciplina sostanziale episodica, funzionale ad altre fattispecie, sicché, quand'anche "concentrazione" e scorporo" fossero entrambi sinonimi di "conferimento", resterebbe pur sempre il problema di identificare con sufficiente certezza i "vantaggi tributari" di tale operazione."

LUNELLI, *Normativa antielusione*, in Il Fisco, n. 30/1997.

<sup>22</sup> DUS, *Norme antielusive in materia di operazioni societarie*, in Il Fisco, n. 8/1991, pag. 1122: "La formulazione della norma, atecnica e priva di procedimenti normativi, riflette l'attuale tendenza del legislatore "antielusivo" di superare i problemi tecnici ed applicativi della materia tributaria indicando non i modi ed i termini dell'attività amministrativa, ma lo scopo di essa, inserendo così elementi di discrezionalità

- L'avverbio fraudolentemente si prestava contemporaneamente sia ad una lettura penalistica, facendo ricorso in sede interpretativa alla norma contenuta all'art. 4, lett. f) Legge 516/1982; sia ad una lettura civilistica. Quest'ultima, in particolare, avrebbe introdotto ulteriori elementi di incertezza del diritto, utilizzando nell'ambito amministrativo una fattispecie di tipo privatistico, quale il contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. secondo l'orientamento dottrinale per il quale, il termine fraudolentemente è attribuito al contratto e non alla sfera emotiva del soggetto;
- Incertezza dell'ambito applicativo, norma applicabile solo alle imposte sui redditi od anche a quelle indirette<sup>23</sup>;
- Riconoscimento dell'elusione come una fattispecie che si realizza tramite una serie di atti collegati fra di loro e non solo mediante un'unica operazione. Occorreva, quindi anche decidere quale fosse l'ambito temporale di riferimento, immediato o in prospettiva<sup>24</sup>;

nell'azione di accertamento. Ciò vale in particolare per l'espressione "vantaggio tributario", che comporterebbe letteralmente un potere, del tutto discrezionale, di confrontare l'onere delle imposte (o dell'imposta) effettivamente corrisposte e di quelle altrimenti dovute secondo criteri ricostruttivi della fattispecie ipotizzati dall'ufficio".

<sup>23</sup> Cfr. DUS, "Norme antielusive in materia di operazioni societarie", cit.; GALLI, "L'elusione fiscale nelle operazioni di concentrazione e scorporo", in Fisco, 1992; LUPI, "Detrazioni forfettarie dell'IVA ed elusione fiscale", in Il Fisco, 1993; PICCONE FERRAROTTI, op. cit. pag. 1172: "[...] il disconoscimento delle operazioni elusive abbia luogo solo con riguardo alle imposte sui redditi, come sembra indicare la collocazione sistematica della nuova norma antielusiva, inserita nel corpo delle disposizioni che disciplinano l'accertamento di tali imposte (D.P.R. 600/1973), ovvero se, nonostante tale collocazione, si possa ritenere che la norma sia applicabile anche con riferimento ad altre imposte. [...] il legislatore pare aver compiuto una scelta inequivocabile nel senso di limitare l'applicazione alle solo imposte sui redditi. [...] mentre nel vecchio art. 10 poteva dare adito a maggiori dubbi in quanto era collocato in un testo normativo distinto".

Nella prassi si veda la circolare ministeriale n. 128 del 1997.

<sup>24</sup> Cfr. LUNELLI R., op. cit. ed anche LUPI, *Elusione fiscale: modifiche legislative e prime sviste interpretative*, cit. ed anche LUPI, *Elusione fiscale: modifiche legislative e prime sviste interpretative*, cit.

- La mancanza di una delimitazione soggettiva ha fatto nascere dubbi sull'applicabilità della norma solo al soggetto che poneva in essere l'operazione od anche a chiunque vi partecipasse;
- La difficoltà di individuare le operazioni che avessero come scopo esclusivo ottenere (fraudolentemente) il risparmio d'imposta. L'esclusività dello scopo ha limitato fortemente l'ambito applicativo della norma, in particolar modo per le difficoltà che l'Amministrazione avrebbe avuto nell'acquisire le prove di questa esclusività<sup>25</sup>.

A questo punto si può procedere all'analisi dell'attuale disciplina antielusiva, contenuta nell'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973, procedendo, ove possibile, anche ad un confronto con il dettato dell'art. 10 L. 408/1990, per identificare quali siano state le modifiche apportate alla norma contro l'elusione e le rispettive motivazioni.

<sup>25</sup> Cfr. CIPOLLINA, *“La legge civile e la legge fiscale”*, Padova, 1992; GALLO, *“Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive”*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992. ed anche CONTRINO, *“Sull'applicabilità dell'art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall'art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo”* in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5/1996.

Cfr. PICCONE FERRAROTTI P., op. cit., pag. 1152: “L'assenza di valide ragioni economiche era una condizione per il disconoscimento degli effetti fiscali prevista anche dall'art. 10 della L. n. 408/1990, che richiedeva altresì il fine esclusivo di ottenere un vantaggio tributario. In questo modo, si poteva ritenere che le due condizioni fossero in realtà due diverse facce di un unico requisito, giacché un'operazione la cui unica finalità fosse quella di ottenere un risparmio fiscale non poteva in alcun modo possedere una valida ragione economica (anche solo concorrente) di natura extrafiscale”.

#### **4. Articolo 37 bis del D.P.R. 600/1973**

In questo paragrafo analizzeremo l'attuale disciplina antielusiva, nello specifico l'articolo 37 bis del D.P.R. 600 del 1973, introdotto con l'art. 7 del D.Lgs. del 8 ottobre 1997, recentemente modificato dalla riforma fiscale.

Innanzitutto occorre affermare che l'introduzione della norma di specie è seguita all'acceso dibattito sulle "lacune" insite nell'articolo 10 della Legge 408 del 1990.

La nuova disposizione, quindi, è volta ad eliminare le criticità ed i dubbi interpretativi presenti nella precedente legge<sup>26</sup>, in particolar modo:

- L'eliminazione del termine fraudolentemente,
- Delimitazione dell'applicazione normativa alle imposte dirette,
- Elusione raggiungibile di solito mediante una serie di atti coordinati fra di loro.

La disposizione in commento, è identificata nel novero delle norme antielusive generali a fattispecie specifiche, di cui si è detto al precedente § 1. Nello specifico l'articolo 37 bis, ai commi 1 e 2 individua i comportamenti antielusivi e per questo inopponibili al Fisco, il comma 3 definisce le operazioni identificate come "potenzialmente" elusive, i commi da 4 a 7 sono volti a definire gli aspetti procedurali a garanzia del contribuente e

---

<sup>26</sup> Cfr. A. VASAPOLLI, *Analisi critica della nuova norma antielusiva*, in Corr. Trib. n. 50/1997; TABELLINI, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, Paradigma, Torino, 1997 e LUNELLI, *Nuova normativa antielusione*, in La sett. fiscale, n. 3/1997.

l'ultimo, il comma 8, riveste una particolare importanza perché dispone il cosiddetto "interpello disapplicativo".

Si analizzano di seguito i singoli aspetti della norma e successivamente le principali novità introdotte dalla recente riforma fiscale per poi passare, a conclusione del trattato, ad una disamina delle principali decisioni del Comitato Consultivo.

#### **4.1 Art. 37 bis, Comma 1: comportamento ritenuto elusivo**

Il comma uno individua i requisiti delle operazioni elusive: "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".

La disposizione è volta a confermare la **valenza esclusivamente fiscale** della normativa antielusiva<sup>27</sup>, confermando, quindi che le operazioni sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria tuttavia civilisticamente restano efficaci.

Si utilizza, inoltre, l'espressione "**atti, fatti e negozi, anche collegati fra loro**", sottolineando che il fenomeno elusivo non è determinato, come in

<sup>27</sup> Sull'argomento LUNELLI R., op. cit, pag. 16 : "- atti sono quei fatti caratterizzati da un'attività umana consapevole, posta in essere da un soggetto capace di intendere e di volere – ai quali l'ordinamento attribuisce il potere di incidere sulla realtà esterna; - negozi sono quegli atti consapevoli e volontari, le cui conseguenze giuridiche sono determinate, nel rispetto delle norme imperative, dai soggetti agenti; la volontà del soggetto è volta non solo al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione degli effetti [...], - fatti sono accadimenti o comportamenti cui l'ordinamento attribuisce rilievo sotto il profilo civilistico, penale, amministrativo e anche tributario (ad esempio, una valutazione). Dalla inopponibilità – di quegli atti, fatti e negozi – all'amministrazione finanziaria discende la valenza esclusivamente fiscale della disposizione; per cui i comportamenti posti in essere dai contribuenti, anche se fiscalmente irrilevanti, sono perfettamente validi e rilevanti sul piano civilistico".

precedenza si riteneva, da un solo atto (fatto o negozio) ma bensì, usualmente è il **risultato di un unico disegno, progetto di lungo periodo**, nel quale dall'analisi di una singola operazione potrebbe non risultarne il carattere elusivo<sup>28</sup>. Tale impostazione risulta anche presente nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. che ha introdotto la norma affermando che “la caratteristica tipica dell'elusione è che in genere non si esaurisce in una operazione, ma si basa su una pluralità di atti tra loro coordinati. Il vantaggio fiscale non deriva quasi mai, ad esempio, da una mera fusione, da un mero conferimento, o da un'altra operazione societaria, ma deriva anche da eventi preparatori o consequenziali, come l'acquisizione o la cessione di partecipazioni sociali”. Detto questo, occorre sottolineare che la norma definisce il principio di fondo ma poi non identifica come il collegamento debba essere considerato, disponendo solamente che debba essere “diretto ad aggirare” la norma, per questo motivo la presenza o meno del collegamento di specie, è riscontrabile solamente a seguito di un'attenta e specifica analisi conoscitiva<sup>29</sup>. E' necessaria, quindi un'attenta indagine interpretativa che suscita forti elementi di incertezza della fattispecie.

<sup>28</sup> Cfr. LUNELLI R., op. cit.: “[...] il fenomeno elusivo può derivare da un unico atto, fatto o negozio, ma più spesso si realizza attraverso una concatenazione di operazioni” ed anche NUZZOLO A. e LA COMMARA U., “L'elusione fiscale” in Rivista della Guardia di finanza, n. 2/2002, pag. 787: “Il primo comma individua il comportamento elusivo in uno o più atti, fatti o negozi, “anche collegati tra loro”, con una formulazione decisamente ampia sotto il profilo dell'evento al punto da ricomprendere nella relativa nozione qualsiasi fatto umano anche di natura non negoziale, volontario o meno. In proposito, è opportuno evidenziare come – pur ammettendo la possibilità che comportamenti umani producano effetti sul piano giuridico a prescindere dalla volontà del soggetto che li realizza [...] risulti, per altro verso, difficile immaginare la configurazione di un'operazione elusiva riconducibile a comportamenti involontari”.

<sup>29</sup> Sull'argomento TABELLINI, “La normativa antielusiva dopo il recepimento della delega della Finanziaria 1997”, *Paradigma*, Torino, 1997 e ANDRIOLA M. “La lotta all'elusione come primario obiettivo”, in Fisco oggi, rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate, del 7 luglio 2004 : “Se si considera che il “collegamento” tra atti e/o

Il comma de qua, definisce quali sono i presupposti necessari affinché una operazione possa qualificarsi come elusiva. Gli elementi che si andranno ad analizzare sono:

- Assenza di valide ragioni economiche,
- Ottenimento di riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti,
- Aggiramento di un obbligo o divieto.

Di fondamentale importanza è sottolineare che i presupposti appena indicati devono essere tutti contemporaneamente presenti affinché l'operazione posta in essere dal contribuente possa definirsi elusiva. Sono delle condizioni, come vedremo nelle pagine seguenti, inscindibili l'una con l'altra.

Le “**valide ragioni economiche**”. Tale termine era già stata utilizzata a livello comunitario con la Direttiva del Consiglio delle Comunità europee, n. 434 del 1990. Successivamente, l'art. 10 della L. 408/1990 si limitò solamente a riprendere il concetto senza alcuna ulteriore specificazione, richiedendo congiuntamente, l'intento esclusivo di ottenere un vantaggio tributario. Si crearono, quindi, i presupposti per un ampio dibattito dottrinale intento a specificarne il “contenuto”. Come sempre accade in questi casi, le tesi sono diverse e discordanti, ognuna delle quali porta con se argomentazioni degne di rilievo. Si analizzano di seguito le due posizioni dominanti senza voler entrare nel merito dell'una o dell'altra tesi.

negozi giuridici non è riscontrabile rerum natura, ma solo a seguito di un'attività cognitiva volta a ricostruire la dinamica degli atti e/o negozi giuridici, è evidente che fondamentale rilevanza assumono i “tempi” e i “modi” in cui si presentano i vari atti e negozi giuridici. Ne discende che – sussistendo tutti i requisiti previsti dal citato articolo 37 bis – i medesimi atti e/o negozi giuridici potrebbero essere qualificati come elusivi o meno, a seconda che i tempi e i modi della loro effettuazione conducano o meno l'interprete a scorgere un vero e proprio “disegno” volto al conseguimento di indebiti risparmi d'imposta. Il che rappresenta sicuramente un primo elemento di indeterminatezza della disposizione antielusiva generale”.

Con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 10 della L. 408/90, è stato detto, subito si è cercato di dare una valenza specifica al concetto di valide ragioni economiche. La linea di pensiero che sembra aver prevalso, fu quella che tendeva ad assimilare il concetto di valide ragioni economiche al termine anglosassone di “**business purpose**”, in riferimento al programma imprenditoriale.

Con l'introduzione dell'attuale art. 37 bis, il problema si è riproposto poiché la locuzione è stata ripresa anche nel testo della nuova disposizione.

Ancora una volta sembra si possa affermare che il significato del presupposto di specie sia riconducibile al business purpose.

La tesi si rivolge ad analizzare l'apprezzabilità economica e gestionale delle “ragioni economiche”, non invece la loro validità meramente giuridica. Un orientamento, questo che scaturisce dalla lettura della relazione di accompagnamento in cui si afferma che “l'espressione ‘valide ragioni economiche’ non sottintende infatti una ‘validità giuridica’, che in questo contesto non avrebbe senso, ma una apprezzabilità economico-gestionale”. La maggiore differenza rispetto al precedente articolo 10, sta nel fatto che mentre in questo, il concetto di valide ragioni economiche era collegato all'ottenimento del vantaggio fiscale come fine esclusivo dell'operazione potenzialmente elusiva, ad oggi ci si riferisce al concetto di processo intenzionale, al risultato tendenziale che il soggetto persegue realizzando l'operazione. L'attuale formulazione, quindi, ha permesso al concetto di valide ragioni economiche, di acquisire una propria autonomia, potendo quindi essere valutate indipendentemente dagli scopi “fiscali” dell'operazione<sup>30</sup>. Si rileva che in ambito dottrinale, vi è un orientamento

---

<sup>30</sup> Cfr. ANELLO-DI DOMENICO, “Profili applicativi della norma antielusiva”, in *Corriere Tributario*, 1998, pag. 1365 e ss.: “[...] a tale impostazione si potrebbe

comune volto ad identificare nel concetto di ragioni economiche tutto quello che risulta extrafiscale, creando una dicotomia fra ragioni non fiscali, la cui presenza non permette di qualificare l'operazione come elusiva, e ragioni fiscali che possono essere contemporaneamente presenti alle prime, ma ai fini della identificazione di comportamento elusivo devono essere esclusive<sup>31</sup>.

Occorre valutare se un comportamento possa definirsi vantaggioso per l'imprenditore, il controllo sul carattere elusivo di un comportamento si riferisce ad "un confronto oggettivo tra regimi fiscali, e non certo nella necessità di sindacare i comportamenti soggettivi dell'imprenditore medio o dell'uomo d'affari medio"<sup>32</sup>. La lettura della norma sembrerebbe aver portato ad un risultato generalmente accettato ma così non è. Infatti, l'interpretazione fornita dalla relazione ministeriale, letta in collegamento alla disposizione del comma 2 dell'art. 37-bis, sulla riqualificazione dell'operazione elusiva da parte dell'Amministrazione finanziaria, necessaria poiché questa è possibile solo se non vi sono le valide ragioni economiche, ha creato non poche incertezze su *quali debbano essere i criteri definatori della validità*.<sup>33</sup>

Alcuni autori sostengono l'approccio oggettivo: un'operazione è economicamente valida quando un operatore economico diligente l'avrebbe

tuttavia muovere la critica che se il vantaggio tributario manca non è dato rinvenire che cosa sarebbe inopponibile all'Amministrazione finanziaria e che cosa la stessa potrebbe disconoscere; in tali fattispecie l'indagine sulla sussistenza di valide ragioni economiche sarebbe quantomeno inutile".

GARBARINO, "Rapporto delle perdite ed elusione", in Riv. Dir. Trib., 2001, I. – GARCEA, "Il legittimo risparmio d'imposta", CEDAM, 2000.

<sup>31</sup> In tal senso BUCCI L., "La norma "generale" antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni", in Rass. Trib. n. 2/2002.

<sup>32</sup> Relazione accompagnatoria.

<sup>33</sup> Sull'argomento BUCCI L., "La norma "generale" antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni", in Rass. Trib. n. 2/2002: "[...] il requisito delle valide ragioni economiche non si atteggia come elemento costitutivo della fattispecie elusiva, il che porrebbe a carico dell'Amministrazione finanziaria l'onere della prova sul punto ma come fatto impeditivi della operatività della norma antielusiva, la ricorrenza del qual deve essere provata dal contribuente".

realizzata anche senza gli eventuali vantaggi fiscali. Si tratta di identificare la presenza, o meno, di un apprezzabile interesse economico.<sup>34</sup>

Di opinione diametralmente opposta vi sono i sostenitori dell'approccio soggettivo, che intendono necessario analizzare le motivazioni che hanno spinto il contribuente a porre in essere un determinato comportamento, indipendentemente dall'intento perseguito.

Alla luce della posizione assunta dall'Amministrazione finanziaria con la risoluzione n. 25/E del 26 febbraio 2001, sembra prevalere la tesi soggettiva. La risoluzione, ha ampliato il concetto di valide ragioni economiche per contemplare anche quelle poste in essere non solo dai soggetti direttamente coinvolti, ma anche quelle di altri soggetti a vario titolo interessati dall'operazione. Nel caso di specie sono state ritenute rilevanti le ragioni economiche dei lavoratori dipendenti che accettano il trasferimento d'azienda per non perdere il posto di lavoro. Quindi, un'operazione potenzialmente elusiva è stata considerata economicamente valida poiché rivolta al mantenimento del livello occupazionale.

<sup>34</sup> Si veda PICCONE FERRAROTTI, op. cit. pag. 1153: “[...] parametro di convenienza economica rigorosamente oggettivo, valutato dal punto di vista del soggetto che compie l'azione. L'utilizzo di un parametro oggettivo è giustificato dal fatto che l'interesse al compimento dell'operazione deve essere obiettivamente valutabile, ma tale valutazione deve essere compiuta in relazione alla situazione economica manifestata dal contribuente che pone in essere l'operazione e che per un soggetto in una situazione diversa potrebbe anche mancare”

Sulla validità di un approccio oggettivo si veda anche BUCCI L., op. cit.: “[...] se il complesso delle attività negoziali e comportamentali del contribuente non incide affatto sulla sua situazione patrimoniale né su quella reddituale, o più in generale, non è idoneo a produrre nessun effetto extratributario, assicurando unicamente un beneficio fiscale, allora ben si può ritenere che l'operazione sia priva di ragioni economiche. Si tratta del cosiddetto “effetto circolare”, di provenienza anglosassone, che ha l'indubbio pregio di costituire un parametro di valutazione obiettivo delle ragioni poste a fondamento dell'operazione e che garantisce una maggiore certezza del diritto limitando la discrezionalità di apprezzamento dell'Amministrazione finanziaria”.

Nello stesso senso si può classificare alla norma di comportamento n. 147 emanata dall'Associazione dei dottori commercialisti di Milano che richiama i principi enunciati dalla Corte di Giustizia C.E. n. C-28/95 del 17 luglio 1997. Il primo insegnamento è che “per accertare se l'operazione presa in considerazione abbia un obiettivo elusivo le autorità nazionali non possono limitarsi ad applicare criteri predeterminati. Ciò risulta coerente con il principio di proporzionalità delle misure adottabili rispetto alla potenzialità elusiva dell'operazione. Per questo, l'Adc, afferma che un'operazione, se pur rivolta a configurare una determinata struttura per un periodo limitato, può perseguire ugualmente valide ragioni economiche anche se ciò può costituire un semplice indizio di elusione.

L'accoglimento di questa posizione, comporterebbe inevitabilmente l'invalidità del principio di business purpose, dal momento in cui viene assunto come strumento discriminante di ogni altra ragione economica.<sup>35</sup>

Occorre sottolineare che per quanto detto, se si accetta la visione soggettiva, la presenza delle valide ragioni economiche deriva da un processo interpretativo, quindi da un giudizio di valore come nella prassi dell'accertamento tributario. La “discrezionalità” intrinseca nella valutazione delle ragioni economiche comporta necessariamente un maggior ricorso al contenzioso tributario in cui, sarà il giudice a dare il suo giudizio, caso per caso.

---

<sup>35</sup> In senso contrario TABELLINI, “Il progetto governativo antielusione”, in Bollettino tributario n. 14/1997; DE LEVA-ERTMAN-FAILLA, *Elusione fiscale*, cit., pag. 80; GIUNTA, *La nuova normativa antielusione*, Il sole 24 Ore, Milano, 1998 e CONTRINO, “Sull'applicabilità dell'art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall'art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo”, in *Dir. Prat. Trib.* n. 5/1996 e VALENTE P., “Connessione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina antielusione”, in *Il Fisco* n. 42/1997.

**L'ottenimento di riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.**

Differentemente dalla precedente disposizione di cui all'art. 10, in relazione al vantaggio fiscale altrimenti indebito si individuano in alternativa, due fattispecie, il risparmio d'imposta ed il rimborso.

Il vantaggio fiscale de qua, si considera debba essere presente al momento in cui l'operazione viene compiuta e non invece solo come elemento meramente ipotetico o proiettato nel futuro. Tale requisito di attualità del vantaggio fiscale si intende come una condizione per esercitare il disconoscimento del negozio da parte dell'Amministrazione, ma non rileva ai fini della qualificazione di un'azione come elusiva<sup>36</sup>. Di fondamentale importanza risulta essere la determinatezza del vantaggio, ossia che lo stesso sia astrattamente individuabile sulla base del comportamento posto in essere, indipendentemente dal fatto che si sia già verificato o sia solamente ipotizzabile.

Più controversa risulta l'espressione "altrimenti indebiti". Se si considerasse come "vietati" l'articolo 37 bis verrebbe svuotato di significato, perché un comportamento in violazione di legge non solo è inopponibile all'Amministrazione ma verrebbe sanzionato. Altra possibile visione è quella

<sup>36</sup> Cfr. NUZZOLO A. LA COMMARA, op. cit. pag. 790: " [...] il vantaggio perseguito dal contribuente deve essere configurabile, in astratto, quale conseguenza dell'atto, fatto o negozio posto in essere, indipendentemente dalla circostanza che esso si sia già verificato ovvero costituisca un evento meramente potenziale".

Nello stesso senso PICCONE FERRAROTTI, op. cit. pag. 1153 e ss.: "Parte della dottrina ha espresso l'avviso che il vantaggio tributario, per essere tale ai fini della normativa in esame, debba necessariamente essere "attuale", cioè esistente al momento del compimento dell'operazione. In verità mi sembra che l'attualità del vantaggio sia esclusivamente una condizione per l'esercizio del potere di disconoscimento da parte dell'amministrazione, mentre non dovrebbe rilevare al fine di determinare l'elusività dell'operazione. In caso contrario occorrerebbe ammettere che un'operazione originariamente non elusiva possa diventarla in un secondo momento, e cioè quando si manifestano gli effetti favorevoli al contribuente [...]".

di attribuire il significato di “legittimi”, poiché non sanzionati da nessuna norma<sup>37</sup>.

Secondo una diversa posizione, la normativa in vigore colpirebbe solamente i vantaggi identificati come non consentiti perché finalizzati all’aggiramento di una norma, tralasciando i comportamenti che non ancora previsti dal legislatore sono comunque indebiti perché il sistema li disapprova<sup>38</sup>. L’accento, quindi, deve necessariamente essere posto sulla locuzione “aggiramento”.

**L’Aggiramento di un obbligo o divieto.** Tale espressione, che sostituisce il termine ‘fraudolentemente’ utilizzato nel precedente art. 10 L. 408/90, concorre a definire la condotta elusiva che non viola una norma, ma la evita “tortuosamente”, è quindi identificato come carattere intrinseco del comportamento elusivo<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. RUSSO, “Brevi note in tema di disposizioni antielusive”, op. cit. pag. 72 e ss.: “La qualifica di indebito attribuita ai rimborsi ed alle riduzioni d’imposta, non significa, però, che essi siano illegittimi, come testimonia di nuovo la relazione ministeriale, talché si dovrebbe ipotizzare che esista un genere intermedio fra ciò che è legittimo e ciò che non lo è. Dal canto suo la predetta relazione sembra indicare che proprio questa la prospettiva in cui si è mosso il legislatore delegato. [...] Se il divieto esiste è del tutto indifferente la circostanza che esso sia posto da una disposizione espressa, oppure sia ricavabile in via di interpretazione sistematica”.

<sup>38</sup> Cfr. VASAPOLLI G. – VASAPOLLI A. , “Analisi critica della nuova norma antielusiva, in Corriere Tributario, n. 50/1997, : “[...] In altre parole, si può dire che il vantaggio tributario è considerato indebito in quanto conseguito attraverso l’aggiramento di un obbligo o un divieto. Questo comporta che nell’interpretazione della norma l’accento deve essere posto sul termine <<aggirare>>, che è quello principale, e non sul termine <<indebiti>>, che è conseguenza del primo”.

Nello stesso senso BUCCI L., op. cit.

<sup>39</sup> Sull’argomento BUCCI L., op. cit.: “l’elemento di maggiore novità rinvenibile nell’art. 37-bis è costituito dal termine “aggiramento”, con il quale il legislatore ha inteso rappresentare la caratteristica essenziale dei comportamenti elusivi, consistente nell’utilizzazione di scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici, ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova”.

In ogni caso la locuzione risulta piuttosto “infelice”. Le norme tributarie, si è detto nelle pagine precedenti, non hanno un carattere precettivo<sup>40</sup>, per superare le difficoltà interpretative, l’attenzione dovrebbe essere distolta dai termini “obblighi” e “divieti”. Questi, infatti se violati espressamente ci porterebbero nell’alveo dell’evasione e non più su quello dell’elusione e per questo dovrebbero essere letti solamente in funzione della norma, ponendo l’accento sull’<<aggiramento>> dei principi fondamentali e delle norme sostanziali dell’ordinamento<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. PICCONE FERRAROTTI, op. cit, pag. 1155: “E’ stato invece costantemente osservato, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, che le norme tributarie sostanziali non hanno una valenza precettiva, in quanto, limitandosi a ricollegare a determinati fatti l’insorgere di obblighi fiscali a carico dei contribuenti, non impongono ad essi un determinato comportamento. [...] Con l’espressione utilizzata, in realtà il legislatore intendeva riferirsi alla salvaguardia ed alla “tenuta” del sistema tributario complessivo, nei confronti di comportamenti che, pur in senza violare espressamente la lettera delle disposizioni fiscali, tuttavia realizzano risultati che ugualmente si pongono in contrasto con le regole stabilite dal legislatore.”

Dello stesso senso LUNELLI, “Normativa antielusione”, in *Il Fisco* n. 30/1997.

<sup>41</sup> Sull’argomento si vedano fra gli altri VASAPOLLI G. – VASAPOLLI A., op. cit.: “Al riguardo la costruzione della norma sembra essere particolarmente infelice, poiché, se è condizione necessaria e indispensabile, per l’applicazione della norma antielusione, che il comportamento posto in essere sia diretto ad aggirare obblighi e divieti previsti dall’ordinamento tributario, è la stessa norma antielusione che, a un primo esame, diventa inutile e inapplicabile, in quanto il comportamento troverà la sua diretta sanzione proprio nella disposizione che sancisce l’obbligo o il divieto. [...] il vantaggio tributario è considerato indebito in quanto conseguito attraverso l’aggiramento di un obbligo o di un divieto. Questo comporta che nell’interpretare la norma l’accento deve essere posto sul termine aggirare, che è quello principale, e non sul termine indebiti, che è conseguenza del primo”.

#### 4.2 Art. 37 bis, Comma 2: *disconoscimento vantaggi fiscali*

Il comma 2 recita “L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione”.

La disposizione de qua, dà la possibilità all'Amministrazione di disapplicare i vantaggi tributari indebitamente conseguiti (di cui al paragrafo precedente), nel contempo permette al contribuente di non perdere le imposte che eventualmente abbia già pagato.

Ogni qualvolta gli atti i fatti ed i negozi, siano inopponibili all'Amministrazione, questa ne disconosce i vantaggi tributari derivanti dalla differenza fra quanto dovuto in base alle norme antielusive e quanto eventualmente già corrisposto dal contribuente disposizione ripresa nel successivo comma 6.

L'assunto di specie riveste un ruolo molto importante nella norma antielusiva perché non si limita a stabilire il potere dell'Ufficio di “cancellare” l'operazione compiuta dal soggetto passivo d'imposta, ma deve identificare quale sarebbe stato il carico fiscale dell'operazione ritenuta corretta. Per questo motivo si può affermare che il disconoscimento dei vantaggi tributari non può essere qualificato come una sanzione a carico del contribuente, ma deve essere visto solo come uno strumento atto a tutelare l'ordinamento nel suo complesso.

Un elemento che lascia comunque perplessi, lo si può riscontrare nella locuzione “applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse”. Questo sembrerebbe significare la presenza di un **comportamento ritenuto corretto** in sostituzione di quello elusivo posto in essere. Nella realtà dei fatti,

però, non sempre è possibile definire con tanta certezza quale comportamento si possa definire corretto<sup>42</sup>.

La sola differenza rispetto la normativa precedente, di cui all'art. 10 L. 408/90, è la diversa terminologia utilizzata, perché si prevedeva che all'Amministrazione finanziaria fosse "consentito disconoscere" i vantaggi. Si può affermare, allora, che non vi è stato alcun cambiamento al tenore normativo col passaggio da una disposizione all'altra<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Sull'argomento PICCONE FERRAROTTI, op. cit., pag. 1159, 1160: "[...] la ricostruzione di un comportamento corretto è possibile solo in un numero limitato di fattispecie elusive, e cioè in quelle che consistono nell'impiego, da parte del contribuente, di una determinata operazione con l'aggiunta di alcuni accorgimenti che operano come elemento accessorio appostato ad arte dal contribuente proprio per ottenere il risultato elusivo [...] ovvero nelle ipotesi in cui un'operazione giuridica fiscalmente onerosa può essere spezzata in più operazioni collegate, consentendo di alleggerirne il carico fiscale. In tali ipotesi è senz'altro possibile ipotizzare la riconduzione, ad opera dell'amministrazione finanziaria [...] all'interno della fattispecie che potremmo definire ordinaria".

<sup>43</sup> In tal senso NUZZOLO A. – LA CAMMARA U., op. cit. pag. 795: "Il secondo comma, che reca il termine "disconoscere", attribuisce il potere- dovere di operare il disconoscimento dei vantaggi tributari ottenuti dal contribuente con il comportamento elusivo. La formulazione della disposizione, che differisce dalla precedente in cui veniva utilizzato l'inciso "è consentito", non impedisce all'amministrazione – come osservato anche nella relazione di accompagnamento al provvedimento – di astenersi dall'applicazione della norma qualora la stessa contrasti con il principio di economicità e di buon andamento dell'attività amministrativa". Nello stesso senso si vedano LUNELLI R., op. cit. e PICCONE FERRAROTTI, op. cit.

#### 4.3 *Art. 37 bis, Comma 3: le fattispecie potenzialmente elusive*

Allo stesso modo dell'art. 10, L. 408/90, anche il 37 bis individua una serie di operazioni, siano esse ordinarie o straordinarie, qualificate come indizio al fenomeno elusivo. Nello specifico il comma stabilisce che “le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell' ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni<sup>44</sup>:

- 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 30-12-1992, n. 544 , recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d' attivo e scambi di azioni;
- f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;
- f-bis) cessioni di beni effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all' articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi”.

<sup>44</sup> Per un approfondimento sulle singole fattispecie si veda POTITO L., “Le valide ragioni economiche” di cui all'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973: considerazioni di un economista”, in Rass. Trib. n. 1/1999.

La disposizione prevede, quindi un'elencazione casistica, delle operazioni che si possono considerare potenzialmente elusive. V'è da dire che alla lettera a) vengono riproposte molte delle operazioni già previste all'articolo 10 L.408/90 ed inoltre vengono reintrodotte le fusioni e le scissioni, che con modifica dell'art. 10 erano state eliminate (come affermato al precedente § 3). Il tenore della lettera b) fa rientrare nel novero delle fattispecie potenzialmente elusive anche l'affitto e l'usufrutto quando si riferisce al godimento di aziende. Nel complesso è confermato l'interesse del legislatore per tutte quelle operazioni che hanno come oggetto i complessi aziendali come possibili foriere di indebiti vantaggi tributari.

Le lettere c) e d) fanno riferimento alle cessioni di credito od eccedenze d'imposta, in cui la prima operazione già era evidenziata dal precedente art. 10, mentre la seconda è del tutto nuova.

La lettera e) richiama nello specifico le operazioni di cui al decreto legislativo 30-12-1992, n. 544, quindi si fa riferimento alle fusioni, scissioni, conferimenti dell'attivo e scambi di azioni fra società appartenenti all'Unione Europea, in attuazione della Direttiva CEE n. 434 del 1990, di cui abbiamo già parlato, che già conteneva una regola antielusiva.

La lettera f) fa rinvio all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del TUIR, quindi alle operazioni e valutazioni concernenti azioni, obbligazioni, altre partecipazioni sia qualificate che non, valute, divise estere, prodotti finanziari derivati e così via<sup>45</sup>. Per quanto concerne le valutazioni di bilancio, queste sono state introdotte con la recente riforma fiscale, per un approfondimento della fattispecie si rinvia al prossimo capitolo 3, § 2.

---

<sup>45</sup> Sull'argomento si veda LUNELLI R., op. cit.; LUPI R. "Diritto Tributario", parte generale, Milano, 1996.

La lettera f-bis) è stata recentemente introdotta *dall'art. 2, comma 1, lettera e), numero 2), D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344*), in merito alla riforma fiscale. Per i suoi requisiti di novità rispetto alla normativa antielusiva precedente, sembra opportuno soffermarsi su questo punto per approfondire la portata delle modifiche all'art. 37 bis. Per questo motivo si rinvia al successivo capitolo 3, § 2 sulla disamina dell'elusione alla luce della riforma fiscale.

#### **4.4 Art. 37 bis, Commi 4-7: procedura di accertamento e riscossione**

Le norme contenute dai commi da 4 ad 8 (di cui si tratterà specificatamente nel prossimo § 4.5) sono definite anche norme collaterali. I commi da 4 a 7 identificano aspetti procedurali di rilievo.

La norma prevede al comma 4 che “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”.

Tale disposizione introduce il principio del contraddittorio fra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria introdotto per soddisfare l'esigenza di evitare la moltiplicazione del contenzioso su delle fattispecie dotate di un elevato grado di soggettività<sup>46</sup>.

Il successivo comma 5 stabilisce che “Fermo restando quanto disposto dall' articolo 42, l' avviso d' accertamento deve essere specificamente motivato, a

---

<sup>46</sup> Cfr. PICCONE FERRAROTTI, op. cit. pag. 1166: “Il comma 4 prevede anche che la richiesta di informazioni al contribuente debba contenere “i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2”. Questa norma implica una sorta di *disclosure* da parte dell'Amministrazione finanziaria a favore del contribuente che, fino a quel momento, poteva essere del tutto ignaro dell'accertamento condotto dall'Ufficio nei suoi confronti”.

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”.

Si può affermare che le deduzioni offerte devono costituire le “fondamenta” sul quale regolare il procedimento di accertamento. Di rilievo è l’assunto, stabilito dalla disposizione, per cui l’avviso deve riportare una motivazione che tenga conto specificatamente delle giustificazioni addotte dal contribuente. Tale norma è palesemente rivolta a rafforzare le garanzie del contribuente, poiché non si pretende solamente che l’Amministrazione richieda chiarimenti al contribuente, ma si rende necessario che prima dell’emissione dell’avviso di accertamento contesti le singole motivazioni addotte dallo stesso, solo in questo modo potrà far venir meno i vantaggi tributari.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Cfr. LUNELLI R. op. cit.: “la disciplina contenuta nell’art. 37 bis (commi 4 e 5) è particolarmente rigorosa: viene stabilito non solo che l’inadempimento dell’obbligo di formulare la richiesta di chiarimenti rende nulla l’avviso di accertamento, ma che è causa di nullità dell’atto impositivo anche l’assenza, nella sua motivazione, di una parte dedicata alla confutazione delle spiegazioni fornite dal contribuente in risposta alla richiesta di cui sopra o alla contestazione dei dati o fatti dichiarati”.

Cfr. PICCONE FERRAROTTI, op. cit. pag. 1165 e ss.: “ in relazione alle norme citate [ commi 4 e 5, ndr], si può anzitutto osservare che esse prevedono un caso particolare di partecipazione necessaria del contribuente all’attività di accertamento dell’amministrazione. Ed invero, sono previste ben due cause di nullità per l’avviso di accertamento emanato senza l’osservanza delle citate disposizioni. Una prima ipotesi di nullità (omessa richiesta di chiarimenti al contribuente), è ricollegata non ad un vizio dell’atto in sé, quanto piuttosto ad un vizio procedimentale dell’accertamento, anteriore all’emanazione dell’accertamento. Ci si potrebbe, quindi, domandare se non sia possibile ritenere sanata tale irregolarità nell’ipotesi in cui il contribuente abbia comunque svolto le proprie osservazioni in ordine ad una fattispecie potenzialmente elusiva che gli sia stata contestata, a prescindere da una formale richiesta di chiarimenti. [...] La seconda ipotesi di nullità, invece, concerne un vizio proprio dell’atto di accertamento e si riferisce all’ipotesi in cui questo non tenga conto, nella motivazione, delle eventuali motivazioni formulate dal contribuente”.

GRASSI E., “L’art. 37 bis del D.P.R. 600/1973 e il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguenti ad operazioni elusive”, in *Il Fisco* n. 41/97: “Particolarmente

Per il comma 6 “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' articolo 68 del decreto legislativo 31-12-1992, 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”. In altre parole, la riscossione delle imposte dovute potrà avvenire solo in seguito alla sentenza della Commissione Tributaria Provinciale<sup>48</sup>, riproponendo quanto già disposto dal precedente art. 10 L. 408/1990. La misura della maggiore imposta viene determinata come indicato al comma 2.

Il comma 7 prevede che “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”.

apprezzabile è la disciplina relativa alla motivazione dell'avviso di accertamento e la procedura propedeutica all'emissione dell'atto. L'aver previsto la richiesta, anche per raccomandata, di chiarimenti al contribuente, con l'indicazione dei motivi per i quali l'Amministrazione ritiene applicabile la normativa antielusiva costituisce veramente un principio di civiltà giuridica e opportuna prevenzione [...] di inutile contenzioso, del cui incremento certamente la giustizia tributaria non ha bisogno”.

<sup>48</sup> Sull'argomento PICCONE FERRAROTTI, op. cit.: “ A tale proposito si rileva che sarebbe stato più opportuno optare, in luogo della riscossione frazionata nei vari gradi del giudizio, per una riscossione in unica soluzione dopo il passato in giudicato della sentenza favorevole all'ufficio; ciò in quanto l'elevata opinabilità di ogni fattispecie elusiva suggerirebbe di adottare un sistema che permetta una completa deliberazione della questione prima di produrre i suoi effetti concreti nei confronti del contribuente”.

La disposizione è diretta ad evitare che le imposte ottenute dall'Ufficio attraverso l'applicazione di una norma antielusiva, si cumulino con quelle già corrisposte dai contribuenti in relazione agli atti che l'Amministrazione intende dichiarare a sé inopponibili. In altre parole viene assunto il principio di compensazione fra imposte dovute e quelle assolte ai soggetti terzi all'accertamento<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> In tal senso si veda LUNELLI R., op. cit. pag. 22 e ss.: “Si tratta di una disposizione intesa a rafforzare il principio per cui le imposte pretese in applicazione della norma antielusiva non devono cumularsi con quelle eventualmente già corrisposte dai contribuenti in relazione agli atti che l'Amministrazione intende dichiarare a sé inopponibili.[...] al riguardo la relazione ministeriale di accompagnamento è particolarmente chiara, puntualizzando che il comma in esame “è contrario ai principi di trasparenza che l'Amministrazione disconosca gli atti, ma trattenga le imposte che in base ad essi sono state pagate, il comma 2 ed il comma 7 sanciscono perciò il diritto dei contribuenti di corrispondere solo la differenza tra le imposte ritenute applicabili dall'Amministrazione e quelle da essi già pagate in base ai diversi schemi giuridici che l'Amministrazione disconosce”.

Cfr. NUZZOLO – LA COMMARA, op. cit.: “Tale previsione [...] crea qualche perplessità; infatti, o i terzi ivi contemplati hanno tratto anch'essi un indebito vantaggio dall'operazione elusiva ma non sono stati ancora sottoposti ad accertamento ovvero si tratta di soggetti che pur essendo stati coinvolti nell'operazione medesima non hanno conseguito alcun vantaggio altrimenti indebito. [...] la disposizione sarebbe da ricondurre alla fattispecie elusiva nel cui contesto il vantaggio conseguito da un contribuente darebbe luogo, simmetricamente, all'incremento del carico fiscale gravante su un altro soggetto”.

PICCONI FERRAROTTI, op. cit. pag. 1171: “La verità è che la norma contenuta nel comma 7 [...] sembra ipotizzare l'esistenza di un potere dell'amministrazione di disconoscere non i semplici “vantaggi fiscali” conseguenti al comportamento elusivo, ma il comportamento tout court, e cioè tutti gli effetti prodotti dall'operazione elusiva nel suo complesso”.

#### 4.5 *Art. 37 bis, Comma 8: disapplicazione delle norme antielusive*

Il comma 8 dispone che “Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d' imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non 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 23-8-1988 n. 400, sono disciplinate le modalità per l' applicazione del presente comma”. Si tratta di una disposizione volta a contrastare i comportamenti elusivi, limitando le deduzioni, detrazioni, crediti d' imposta o altre disposizioni soggettive che altrimenti sarebbero ammesse<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> In tal senso NUZZOLO A. – LA COMMARA U., op. cit. pag. 799: “[...] il limite di tali disposizioni analitiche consiste proprio nella circostanza che esse determinano il disconoscimento tout court, senza alcuna possibilità di evitarlo nei casi in cui il comportamento concretamente realizzato non sia affatto animato da intenti elusivi. Tale disposizione è finalizzata, appunto, a fornire un rimedio alla descritta carenza consentendo al contribuente di fornire la prova della non elusività del proprio comportamento nella prospettiva di ottenere la disapplicazione della norma analitica cui altrimenti andrebbe assoggettata la fattispecie”.

Dello stesso senso PICCONE FERRAROTTI, op. cit., pag. 1174: La normativa antielusiva intende offrire un rimedio generalizzato a tale naturale carenza delle disposizioni antielusive analitiche, prevedendo la possibilità di una loro disapplicazione nell'ipotesi in cui il contribuente provi che, nel caso concreto che lo riguarda, non vi è stata alcuna elusione d'imposta. In tal caso gli sarà concesso di beneficiare degli effetti fiscali favorevoli derivanti dall'operazione posta in essere, senza limitazioni previste dalla norma antielusiva “analitica” applicabile nel suo caso concreto. A tal fine la norma contempla una procedura che prevede la presentazione di un'istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, corredata da una descrizione dell'operazione e delle norme cui si chiede la disapplicazione”.

Il decreto ministeriale n. 259 del 19 giugno 1998 ha dato attuazione al disposto di cui al comma 8 dell'articolo 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973. Accanto all'articolato procedimento di determinazione delle fattispecie antielusive e ai relativi provvedimenti degli uffici, volti a "disconoscere" gli eventuali benefici ottenuti tramite l'effettuazione di operazioni illegittime, appare assai interessante la previsione del ricordato comma 8, in base alla quale, il contribuente ha la possibilità di veder disapplicate le norme tributarie tese a limitare deduzioni, detrazioni e quant'altro in relazione a comportamenti di natura elusiva, quando possa dimostrare che nel caso concreto i presunti vantaggi indebiti non potevano verificarsi<sup>51</sup>.

Il tutto si attiva attraverso una istanza indirizzata all'ufficio finanziario competente per l'accertamento in ragione del domicilio fiscale del contribuente; successivamente la domanda verrà trasmessa al direttore regionale, con allegato il parere dell'ufficio; vale la pena sottolineare l'influenza che il parere preventivo dell'ufficio eserciterà sulla determinazione finale dell'organo periferico, che non potrà non avere un ruolo importante nella decisione definitiva.

Una particolare attenzione deve essere posta agli elementi che l'istanza deve contenere a pena di inammissibilità: si tratta dei dati del contribuente e del rappresentante legale, dell'indicazione dell'eventuale domiciliatario a cui inviare le comunicazioni e della sottoscrizione dell'atto. Punto cruciale è comunque la descrizione della fattispecie concreta alla quale ritiene non applicabili le disposizioni che limitano la concessione di deduzioni, detrazioni, crediti di imposta o altre posizioni soggettive, allegando tutta la documentazione che può essere utile a fornire il parere. Per quanto riguarda la

---

<sup>51</sup> Sull'argomento si veda PODDIGHE F. – VIVALDI P.G., "Le norme antielusive analitiche. Lineamenti interpretativi ed applicativi", in il Fisco n. 24/1999.

tempistica l'ufficio finanziario non può trattenere l'istanza per più di 30 giorni, trascorsi i quali la stessa deve pervenire alla direzione regionale. Il direttore comunicherà le proprie risposte al contribuente entro novanta giorni dalla presentazione dell'istanza, con provvedimento definitivo.

Il decreto ministeriale n. 259 del 19 giugno 1998, che ha stabilito la procedura da adottare appare però lacunoso in ordine ad alcune problematiche; niente infatti viene detto nel caso in cui il termine di 90 giorni venga lasciato spirare senza esito dal direttore regionale; se da un lato non potrà configurarsi una sorta di silenzio assenso, analogamente a quanto previsto in tema di interpello, sorgono dubbi anche sull'impugnabilità di tale omissione.

Un'ultima questione attiene all'aspetto sostanziale della disposizione. Né il comma 8 dell'articolo 37-bis, né il decreto di attuazione, specificano se il contribuente debba rivolgersi all'amministrazione prima o dopo aver posto in essere l'operazione incriminata. Nel primo caso la disapplicazione si avvicinerrebbe all'interpello, mentre nella seconda ipotesi il ricorso al direttore regionale assumerebbe la configurazione di una richiesta di autotutela.

Il comma 8 del nuovo articolo 37-bis afferma testualmente che, per poter ottenere la non applicazione delle norme antielusive, "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". Si tratta in sostanza della possibilità concessa al contribuente di far valere le proprie ragioni di fronte ad una disposizione che tenderebbe, in linea di principio, ad escludere la concessione di un beneficio tributario, sia esso configurabile in una detrazione, in una deduzione o nella concessione di un credito di imposta, sulla scorta della presunta natura elusiva riconosciuta all'operazione. Allorché il soggetto riesca ad illustrare compiutamente l'attività posta in essere,

sottolineando come, nel caso specifico e quindi da valutare di volta in volta, non avrebbe potuto darsi luogo ad alcun indebito vantaggio, la norma antielusiva non trova più alcuna motivazione, in quanto la sua applicazione si ridurrebbe a negare un beneficio che, a tutti gli effetti, deve invece considerarsi legittimo. Cosicché occorrerà riferirsi ai primi due commi dell'articolo 37-bis, con i quali vengono stabiliti i presupposti oggettivi delle operazioni che possono ricadere nella previsione elusiva. L'istanza dovrà essere tesa a dimostrare la legittimità del comportamento, che a mente del comma 1 del richiamato art. 37-bis, dovrà essere supportato da valide ragioni economiche, né potrà essere teso ad aggirare obblighi o divieti altrimenti imposti.

Al di là degli aspetti procedurali, ampiamente definiti dal regolamento di attuazione in esame, ciò che qui preme sottolineare è l'assenza nel provvedimento di qualunque disposizione volta a riempire di contenuto il comma 8 a cui si riferisce. Il richiamo a quest'ultimo dettato avrebbe potuto essere corredato, al di là dell'iter burocratico che l'istanza deve seguire, da altre e più pregnanti disposizioni in ordine alla concreta applicabilità della norma, che nella forma dell'articolo 37-bis risulta particolarmente asettica e indeterminata, necessitando di concrete fattispecie a cui riferirsi. In effetti il generico richiamo a "deduzioni, detrazioni, crediti di imposta e altre posizioni soggettive" sembra abbracciare ogni sorta di comportamento, anche al di là delle specifiche operazioni richiamate dal comma 3 dell'articolo 37-bis, non potendo essere utilizzato per circoscrivere puntualmente i casi concreti interessati. La disposizione, in sostanza sembra troppo artificiosa mentre il decreto attuativo non sopperisce a tale mancanza, preoccupandosi esclusivamente di fornire il mezzo procedurale al contribuente, senza preoccuparsi di specificare in quali circostanze esso può essere utilizzato.

Un'altra considerazione deve essere sottolineata: la dimostrazione da parte del contribuente che nell'operazione posta in essere non potevano configurarsi effetti elusivi appare alquanto ardua; l'inversione dell'onere della prova, non più a carico dell'ufficio, ma del soggetto che chiede la disapplicazione della norma antielusiva si presenta particolarmente penalizzante dal momento che l'ampia discrezionalità, mantenuta anche dal decreto attuativo, lasciata agli uffici per la valutazione delle istanze presentate rischia di rendere assai ardua il compito del contribuente; si pensi alla descrizione delle valide ragioni economiche a sostegno di una operazione posta in essere: nel caso specifico la dimostrazione del soggetto non potrà che ispirarsi a personali valutazioni che potrebbero non coincidere con quelle del direttore regionale delle entrate; cioè a dire che la dimostrazione potrebbe essere facilmente fornita dal contribuente, ma ben difficilmente accettata dall'ufficio.

Tanto più che l'istanza da cui trae origine l'intera procedura si presenta assai nebulosa dal punto di vista operativo; si tratta di una richiesta di disapplicazione di norme tributarie, ma né il comma 8, né tanto meno il decreto in questione, specificano se il contribuente debba rivolgersi all'amministrazione prima o dopo aver posto in essere l'operazione incriminata. Nel primo caso si tratterebbe di una sorta di interpello anomalo, con il quale si richiede non un parere vero e proprio ma di considerare lecito un comportamento, disapplicando una specifica norma dell'ordinamento; se invece l'istanza dovesse essere presentata dopo che l'operazione è stata realizzata allora il ricorso al direttore regionale si avvicinerebbe più ad una richiesta di autotutela, con la quale si chiede di annullare un eventuale provvedimento accertativo basato sulla violazione di una norma che si ritiene inapplicabile.

In conclusione possiamo affermare che la disposizione contenuta al comma 8 sancisce una disposizione generale disapplicativa delle norme antielusive, mentre i commi precedenti prevedono il disconoscimento di atti, fatti o negozi, volti ad eludere la norma per ottenere un vantaggio fiscale altrimenti indebito<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. ANDRIOLA M., op. cit.: “tale disposizione normativa consente, infatti, all’interprete di individuare una normativa antielusiva speciale in tutte le ipotesi in cui la norma tributaria limiti deduzioni, detrazioni, crediti d’imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall’ordinamento tributario. Ne conseguirebbe – in via puramente ipotetica – che anche norme tributarie che fissano limiti di deduzione di determinati comportamenti negativi dalla determinazione del reddito d’impresa ovvero dalla detrazione ai fini dell’Iva [...] porterebbero – a seguito di interpretazione logico-sistematica – essere ritenute norme antielusive speciali”.

Si veda anche DE BRANCO S.C. – DE BRANCO S., “La disapplicazione delle norme antielusive nel tendenziale rapporto paritario tra contribuente e Fisco”, in *Il Fisco* n. 5/2000: “Nell’art. 37-bis si trovano, dunque due distinti e concettualmente opposti istituti: - nei primi sette commi l’ipotesi del disconoscimento, per i soli fini fiscali, degli effetti giuridici di quegli atti, fatti o negozi che siano finalizzati ad eludere la norma tributaria per l’ottenimento di vantaggi fiscali altrimenti indebiti, - nell’ultimo comma la norma generale della disapplicazione delle disposizioni antielusive, operante a seguito della dimostrazione della inidoneità elusiva del caso concreto. [...] Al di là delle considerazioni di principio, infatti, l’effettiva portata del comma 8 dell’art. 37 bis, si manifesta solo per quelle situazioni in cui una norma antielusiva ad hoc non prevede essa stessa, al suo interno, la possibilità per il contribuente di difendersi dai lacci del Fisco, fornendo la prova contraria alla presunzione della sua colpevolezza elusiva”.

#### ***4.6 Il comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive***

Uno degli istituti che si collega direttamente con la disciplina antielusiva è l'interpello speciale, ossia la possibilità di richiedere il parere preventivo all'amministrazione finanziaria in merito alla legittimità dei comportamenti da adottare, istituito con l'articolo 21 della legge n. 413 del 1991<sup>53</sup>. Viene prevista, in particolare, l'istituzione del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, al quale è affidato anche il compito di emettere pareri su richiesta del contribuente. La richiesta deve riguardare l'applicazione a casi concreti delle disposizioni contenute negli articoli 37 e 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 riferiti rispettivamente all'interposizione fittizia di persone e alle operazioni potenzialmente elusive, oltreché l'esatta classificazione di determinate spese tra quelle di rappresentanza o di pubblicità ai fini dell'applicazione dell'articolo 74, comma 2 del tuir. Il parere fornito dal comitato ha efficacia esclusivamente nell'ambito del rapporto tributario, nel quale l'onere della prova risulta a carico della parte che non si sia uniformata al parere stesso. Così, quando il contribuente agisce con l'avallo del parere del comitato, pur non essendo a priori garantito da un eventuale accertamento, l'onere, che già di per sé incombe sull'amministrazione finanziaria comporterà per quest'ultima un impegno notevolmente maggiore per cercare di dimostrare l'illegittimità di un comportamento che ha ottenuto l'approvazione di un comitato formato da soggetti appartenenti alla stessa amministrazione. Allorché il contribuente agisca nonostante il parere contrario del comitato allora dovrà, in sede contenziosa, dimostrare la liceità del comportamento, provocando una inversione dell'onere della prova. Il comitato è composto dai direttori generali della direzione generale delle imposte dirette e della direzione generale delle tasse e imposte indirette sugli affari e il direttore

<sup>53</sup> In tal senso LUNELLI, "Diritto di Interpello", in *Il Fisco* n. 38/1997.

dell'ufficio centrale per gli studi di diritto tributario comparato, dal comandante della guardia di finanza, dal direttore degli ispettori tributari, dal direttore dell'ufficio del coordinamento legislativo, da due componenti del consiglio superiore delle finanze e da tre esperti in materie tributarie designati dal ministero delle finanze. E' peraltro possibile, prima di rivolgersi al comitato, richiedere un preventivo parere alla direzione generale del ministero delle finanze, anche prima della conclusione di un atto, di un contratto o di una convenzione. Solo dopo che siano trascorsi 60 giorni dalla richiesta, senza che sia stata fornita alcuna risposta, oppure il contribuente non intenda uniformarsi alla soluzione prospettata dalla direzione generale, ci si potrà rivolgere al comitato consultivo. Qualora la richiesta al comitato resti inevasa dopo sessanta giorni il contribuente dovrà inoltrare una diffida che dopo ulteriori sessanta giorni infruttuosi configurerà il comportamento del comitato nella formula del silenzio assenso.

Le disposizioni sull'interpello hanno trovato una prima soluzione operativa con l'emanazione di due regolamenti attuativi datati entrambi 13 giugno 1997. Il primo di questi (n. 194) è un decreto interministeriale del tesoro e delle finanze con il quale sono state disciplinate l'organizzazione e le disposizioni finanziarie del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive previsto dall'articolo 21 della legge n. 413 del 1991. L'articolo 1 di tale provvedimento stabilisce che il comitato debba avvalersi dell'ufficio per lo sviluppo della coscienza civica e per l'informazione del contribuente costituito per lo svolgimento dei compiti previsti dall'articolo 9 del d.p.r. n. 287 del 1992. Nel successivo articolo 2 viene illustrata la composizione e il funzionamento del comitato, specificando la possibilità dei membri di essere rappresentati da altri soggetti, puntualmente identificati e le modalità di svolgimento del servizio: i componenti durano in carica 4 anni e possono

essere rieletti una sola volta, vengono nominati in base alle disposizioni contenute nel comma 4, lettere e) ed f) della legge n. 413 già citata e decadono dall'ufficio qualora non partecipino, senza giustificato motivo, a due sedute consecutive o alla metà delle sedute nel corso di un anno. Tra i componenti, con decreto del ministero delle finanze, viene nominato il presidente del comitato che dura anch'esso quattro anni; il comitato decide poi chi debba svolgere le funzioni del presidente in caso di sua assenza. L'articolo 5 del regolamento disciplina i poteri istruttori del comitato e le richieste di parere indirizzate dai contribuenti; tale richiesta deve essere indirizzata alla direzione regionale delle entrate competente in relazione al domicilio fiscale del contribuente e spedita tramite raccomandata con ricevuta di ritorno. I dati identificativi del richiedente o del suo rappresentante legale e delle parti interessate, l'indicazione dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere inviate le comunicazioni, l'esposizione dettagliata e precisa del caso concreto e la soluzione proposta, la documentazione necessaria e la sottoscrizione sono gli elementi fondamentali che la richiesta di parere deve contenere a pena di ammissibilità. Poiché il ricorso al comitato consultivo deve necessariamente essere preceduto dalla richiesta alla direzione generale, con la quale non si intenda convenire, dovrà essere allegata anche l'eventuale risposta ottenuta in sede di primo intervento. Occorrerà inoltre allegare tutta la documentazione necessaria per poter classificare correttamente la fattispecie concreta in una di quelle ammesse alla richiesta di parere. Tra le attribuzioni del presidente ricordiamo la formazione dell'ordine del giorno e la fissazione delle udienze, oltre la nomina del relatore. Il comma 6 dell'articolo 5 del decreto in esame prevede inoltre che per lo svolgimento dei propri compiti il comitato possa avvalersi della collaborazione degli uffici centrali e periferici del ministero delle finanze e della guardia di finanza; a questi ultimi due

organi possono essere anche delegati atti di natura istruttoria. Le deliberazioni del comitato sono valide con la presenza di almeno 7 membri e vanno assunte a maggioranza; a parità di voti prevale quello del presidente. Una volta stilato il parere e depositato in segreteria lo stesso viene comunicato al contribuente con plico raccomandato con avviso di ricevimento. In riferimento alla possibilità di formulare richieste istruttorie da parte del comitato occorre sottolineare che la presentazione delle stesse interrompono il termine per la formazione del silenzio assenso se sono rivolte direttamente al contribuente, mentre se si indirizzano a soggetti diversi dall'interpellante il termine suddetto è sospeso per una durata massima di 30 giorni, dando apposita comunicazione al contribuente. In base all'articolo 6 il parere del comitato è privo di alcun effetto in caso di incompletezza o di infedeltà degli elementi e delle circostanze indicati nella richiesta del contribuente ed influenti per la formulazione del parere stesso. In merito agli ulteriori obblighi dei membri del comitato l'articolo 7 prevede il divieto per gli stessi di partecipare alla trattazione delle richieste nelle quali possano avere un qualche interesse professionale o personale; devono inoltre mantenere il segreto in ordine ai dati e ai documenti dei quali vengano a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni.

A questo punto occorre specificare quale sia il procedimento per la richiesta di parere alla direzione generale delle imposte. Il decreto del ministero delle finanze n. 195 del 13 giugno 1997<sup>54</sup> provvede a disciplinare le modalità

---

<sup>54</sup> Sull'argomento si veda CAPOLUPO, "Diritto di interpello", in *Il Fisco* n. 36/97. PERRUCCI, "Ruling e responsabilità del tributarista", in *Il Bollettino Tributario*, n. 21/1991 e CARACCILOLO, *Sui profili penali del ruling*, in "Diritto penale tributario", n. 30/92 e quelle di GALLO, *Sulla compatibilità dell'attuale procedura con la disciplina in tema di tutela della privacy*, in *Il fisco*, n. 43/1997 laddove scrive "Ci troviamo di fronte ad una situazione paradossale: il decreto di attuazione pone a carico del contribuente un obbligo di comunicazione che, per essere esercitato, deve

attraverso le quali possono essere inviate le richieste di parere presso la direzione generale del dipartimento delle entrate; in un unico articolo viene ripercorso il cammino che le richieste devono percorrere per giungere all'ottenimento di un parere da parte della direzione generale che, se diverso da quello prospettato dal contribuente o se non fornito, aprono la strada al successivo inoltro di richiesta al comitato consultivo per l'applicazione delle disposizioni antielusive. Innanzitutto viene chiarito che la richiesta di parere prevista dal comma 9 dell'articolo 21 della legge n. 413 del 1991 deve essere indirizzata alla direzione regionale delle entrate con plico raccomandato con avviso di ricevimento. Come quando ci si rivolge al comitato consultivo anche qui devono essere inseriti elementi nella richiesta senza i quali la stessa è inammissibile: si tratta dei dati identificativi del contribuente o del suo legale rappresentante e di tutte le altre parti interessate, dell'indicazione dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere indirizzate le comunicazioni e la sottoscrizione del contribuente o del suo rappresentante legale. Il contribuente interpellante deve esporre, nella richiesta, il concreto caso di cui si chiede l'interpretazione e la soluzione proposta; il tutto deve essere allegato a tutta la documentazione necessaria per poter correttamente inquadrare la questione in una delle fattispecie previste dall'articolo 21. Il comma 4 del regolamento in esame prevede che la direzione generale, oltre a comunicare il parere al contribuente con raccomandata con avviso di ricevimento, trasmette le proprie conclusioni anche al comitato consultivo per l'applicazione delle disposizioni antielusive. Naturalmente, qualora il parere emesso dal dipartimento delle entrate sia conforme a quello prospettato dal contribuente si renderà improcedibile l'eventuale richiesta presso il comitato

ottenere la preventiva autorizzazione scritta di un altro soggetto, di modo che l'esercizio di un diritto riconosciuto dalla legge viene a dipendere dal volere di un soggetto privato diverso da quello che ne è titolare”.

consultivo, mentre in caso di soluzione diversa da quella proposta il contribuente stesso potrà attivarsi presso l'organo collegiale previsto dall'articolo 21 della legge n. 413 del 1991. Infine, per ciò che riguarda i tempi, la direzione regionale deve trasmettere alla direzione generale del dipartimento delle entrate la richiesta di parere, inviata al contribuente, non oltre il quindicesimo giorno dalla sua ricezione. Il parere della direzione generale è comunicato al contribuente entro sessanta giorni dalla data della richiesta.

<b>I pareri del 2004</b>	
<b>Parere</b>	<b>Massima</b>
n. 9 del 25 marzo 2004	Una scissione parziale non proporzionale che determini la ripartizione del patrimonio immobiliare della società scissa fra due costituende società beneficiarie, mentre la società scissa continua a svolgere l'attività d'impresa già in atto senza gestione di compendi immobiliari, e che non sia preordinata alla sottrazione degli immobili ad una gestione imprenditoriale in forma societaria, né al trasferimento a terzi delle partecipazioni sociali nelle due beneficiarie, né alla liquidazione di queste o al compimento di altri atti o negozi che possano concretizzare, complessivamente, un disegno elusivo, appare sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie, giacché consente, in primo luogo, di separare l'attività immobiliare dalle altre attività d'impresa della società scissa e, in secondo luogo, di suddividere il patrimonio immobiliare della scissa fra le due società beneficiarie, in modo da consentire ai differenti soci di ciascuna di queste di gestire i diversi immobili secondo differenti criteri e strategie imprenditoriali.

n. 8 del 25 marzo 2004	<i>Ai fini del comma 11 dell'articolo 110 del Tuir non è sufficiente la prova dell'esistenza "formale" dell'impresa residente in un paese a fiscalità privilegiata quando manchi la dimostrazione documentale che la stessa svolge prevalentemente un'attività commerciale effettiva. Inoltre, la semplice dichiarazione che l'operazione prospettata abbia un effettivo interesse economico non è sufficiente a esonerare dalla dimostrazione documentale prevista dal comma 11 dell'articolo 110 del Tuir della logica economica sottesa all'effettuazione di un'operazione commerciale con un fornitore residente in un Paese a fiscalità privilegiata.</i>
n. 7 del 25 marzo 2004	<i>Ai sensi dell'art. 5 del D.M. 13 giugno 1997, n. 194, è inammissibile la richiesta di parere, rivolta al Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, che non contenga "la dettagliata e precisa esposizione del caso concreto" e non sia corredata dei documenti rilevanti "ai fini della individuazione e della qualificazione della fattispecie prospettata, nonché della reale portata dell'operazione", risultando inadeguata a consentire al Comitato di effettuare una valutazione obiettiva, attendibile e congruamente argomentabile in merito alla sussistenza dei profili di elusività indicati dall'art. 37-bis, del D.P.R. n. 600/1973.</i>
n. 4 del 25 marzo 2004	<i>Malgrado gli elementi addotti dall'istante a supporto della tesi della deducibilità dei costi, la non ravvisabilità degli elementi di fatto idonei a consentire il superamento della presunzione prevista dal comma 7-bis dell'articolo 76 del Tuir, come novellato dall'edizione dell' articolo 110 Tuir, suggerisce di offrire al contribuente l'opportunità di proseguire nell'esercizio del proprio onere probatorio.</i>

n. 2 del 24 febbraio 2004	<i>L'operazione di scissione parziale proporzionale di una società, con contestuale costituzione di una nuova impresa, cui sarebbero conferiti i fattori produttivi afferenti all'attività commerciale esercitata dalla scindenda - ferma restando la manifestata intenzione dei soci di non cedere le partecipazioni della scindenda - non presenta aspetti di elusività, a condizione che non sia preordinata alla successiva vendita delle quote della beneficiaria o, comunque, a privare di operatività le imprese partecipate della complessiva riorganizzazione societaria. In tal caso, infatti, l'iniziativa delineata risulterebbe priva di valide ragioni economiche e diretta a conseguire, usufruendo del regime di neutralità fiscale tipico della scissione, un indebito risparmio d'imposta, in quanto realizzato attraverso l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario.</i>
n. 1 del 24 febbraio 2004	<i>Le spese di rappresentanza sono sostenute al fine di creare, mantenere e accrescere il prestigio della società e di migliorarne l'immagine, senza dar luogo ad aspettative di incremento delle vendite. Inoltre, sono spese di rappresentanza quelle che comportano una particolare utilità o un particolare beneficio a favore di determinati soggetti. Sono, invece, spese di pubblicità le spese che possono determinare un incremento delle vendite, acquisendo nuova clientela o incrementando le vendite alla clientela già esistente.</i>

#### **4.7 I pareri del comitato**

Dopo aver analizzato la struttura ed il funzionamento del Comitato consultivo, sembra opportuno entrare più nello specifico, attraverso l'analisi di alcune significative pronunce nel corso degli anni.

Le preoccupazioni legate alla concreta applicazione delle disposizioni antielusive ed in particolar modo quelle derivanti dall'esito delle preventive richieste di parere al comitato consultivo si sono dimostrate tutt'altro che infondate alla luce dei pronunciamenti emanati dall'apposito organo nei suoi primi anni di attività. Il riconoscimento delle valide ragioni economiche nelle operazioni prospettate dalle istanze inviate è stato fortemente selettivo, finendo, nella sostanza, per censurare qualunque operazione si concretizzasse in un minor gettito per l'erario. Dal punto di vista delle fattispecie esaminate le operazioni più gettonate sono state sicuramente quelle di riorganizzazione societaria; il comitato ha infatti quasi sempre individuato finalità elusive a scissioni e fusioni poste in essere nei più svariati modi; ciò soprattutto in considerazione del risparmio di imposta (spessissimo considerato illecito) che queste portavano con sé non supportato da valide ragioni economiche in grado di giustificare la scelta fatta in rapporto ad altre opzioni più lineari ma al tempo stesso finanziariamente più gravose.

Si pensi ad esempio al parere fornito in merito alla seguente fattispecie: una società italiana, in attuazione di un programma di dismissione aziendale a favore del gruppo estero, avrebbe voluto costituire dapprima un nuovo soggetto tramite il conferimento di un ramo d'azienda e successivamente avrebbe proceduto alla cessione delle partecipazioni della nuova società al gruppo estero. A livello fiscale la società conferente avrebbe potuto iscrivere la partecipazione nella nuova società ad un valore di perizia inferiore a quello fiscalmente riconosciuto e nel momento della cessione delle partecipazioni

vedrebbe realizzata una minusvalenza costituita dalla differenza tra valore fiscale delle stesse partecipazioni e prezzo di cessione. Dal canto suo la società conferitaria iscriverebbe gli elementi attivi e passivi dell'azienda oggetto di cessione al valore di perizia, pur mantenendo il loro superiore valore fiscale.

Ebbene la giustificazione addotta dall'istante, consistente nella necessità di non incorrere nell'ipotesi di stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente, inevitabile con l'acquisizione diretta, è stata ritenuta non sufficiente dall'amministrazione finanziaria; l'intero impianto è stato infatti interpretato come una serie di atti coordinati e finalizzati ad ottenere i vantaggi fiscali relativi all'applicazione (illegittima) dell'allora articolo 4 del d.lgs. n. 358 del 1997. Come si può evidenziare il comitato entra pesantemente nel merito della questione, sindacando la scelta dell'operatore di costituire o meno una stabile organizzazione in Italia.

E' chiaro come i pareri appaiono sempre finalizzati all'analisi del risultato finale dell'operazione, subordinando ad esso qualunque considerazione di merito. A conferma di ciò si pensi al rifiuto opposto dal Comitato Consultivo ad una particolare operazione di scissione realizzata attraverso l'attribuzione non proporzionale di alcune poste contabili a due nuovi soggetti economici. Alle nuove società verrebbero attribuiti innanzitutto parte degli immobili a disposizione dell'originaria società di uguale valore contabile ma di diverso valore di mercato con i relativi fondi di ammortamento; inoltre verrebbero ceduti altresì alcuni debiti bancari e l'intera partecipazione in una società terza. Infine l'operazione prevedrebbe l'attribuzione alle due costituenti società di alcuni fondi di riserva, tra i quali quello per l'acquisto di azioni proprie; attribuzione che avverrebbe in maniera integrale ma non uguale tra le due società beneficiarie.

Gli immobili resterebbero comunque in possesso della società istante, dal momento che la stessa assumerebbe la qualifica di conduttore corrispondendo un canone di locazione alle nuove società titolari dei beni. La complessa operazione avrebbe come valida ragione economica quella di ridurre le immobilizzazioni della società istante, abbattendo nel contempo il rischio di impresa dei soci e valorizzando gli immobili stessi attraverso la creazione di un rapporto di locazione all'interno del gruppo sociale.

Il tutto è stato però letto dal Comitato come un semplice conferimento di beni seguito dall'assegnazione agli originari soci delle partecipazioni delle nuove società. L'operazione è stata vista come foriera di un indebito risparmio di imposta nel momento in cui l'attribuzione alle società neo costituite in parti diseguali dell'intero fondo di riserva creato per il riacquisto delle azioni proprie finirebbe per spostare su una delle due società in misura maggiore il carico tributario dell'intera operazione.

In verità l'atteggiamento di chiusura assunto dal comitato consultivo appare ancora più anacronistico se si pone in relazione con la riforma fiscale che ha introdotto l'ires. Proprio in tema di operazioni straordinarie, principali indiziate a comportamenti elusivi, la relazione di accompagnamento, nel delineare le linee guida ispiratrici dei nuovi istituti introdotti riguardanti la tassazione di gruppo, evidenziava la necessità di correttivi che ponessero un freno a comportamenti fino ad allora considerati elusivi e dettati invece dalla semplice volontà di ottenere risparmi che il sistema stesso non negava ma rendeva difficilmente fruibili; è il caso del consolidato nazionale o internazionale che ha ovviato alla precedente impossibilità di portare in deduzione direttamente perdite infragruppo; prima dell'ires era la svalutazione delle partecipazioni a determinare il riflesso sulla controllante delle perdite registrate dalla controllata ma il meccanismo era molto tortuoso. Così, in

generale la filosofia semplificatrice dell'ires si scontra con i pareri rigidi del comitato, visto che questi pongono critiche su situazioni che potrebbero essere superate del tutto dalle nuove disposizioni; si pensi, tanto per restare sul concreto, al caso di cui al parere n. 27 del 2004, nel quale appunto la complessa operazione infragruppo era volta semplicemente a permettere il trasferimento del carico fiscale da una società in difficoltà alla capofila più profittevole; ebbene con l'opzione per il consolidato attualmente esercitabile, i problemi sorti sarebbero stati superati agevolmente, permettendo la determinazione dell'unico imponibile e la possibilità da parte della consolidante di aggregare gli imponibili, positivi e negativi, di tutte le partecipanti, evitando l'esborso alla società in affanno.

Il prospetto di cui in Allegato A, fornisce una carrellata di tutti i pareri forniti dal Comitato Consultivo dalla sua emanazione ad oggi; sono state riportate le massime dei pronunciamenti presi in considerazione dall'organo di vigilanza, tralasciando quelli che non hanno avuto alcuna risposta a causa di vizi procedurali o di forma.

#### **4.8 *Il ruling internazionale***

L'articolo 8 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326 ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il nuovo istituto del ruling internazionale, una speciale forma di interpello destinata alle imprese che svolgono attività internazionale, le quali avranno la possibilità di conoscere e condividere, in via preventiva, l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria relativamente al regime tributario da applicare con principale riferimento ai prezzi di trasferimento (transfer pricing), agli interessi, ai dividendi e alle royalties.

Prima di esaminare il funzionamento e le conseguenze di questa particolare forma di interpello è bene riepilogare, in sintesi, tutte le possibilità che il contribuente possiede per interagire con l'amministrazione finanziaria al fine di richiedere un parere in ordine alla corretta applicazione della normativa tributaria.

- L'interpello ex articolo 11, comma 13, della legge n. 413/91, che consente al contribuente di ottenere la disapplicazione delle disposizioni in materia di divieto di deduzione dal reddito di impresa delle componenti negative di reddito derivanti da operazioni con imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati ("paradisi fiscali").
- L'interpello ex articolo 21 della legge n. 413/91, che consente al contribuente di ottenere la disapplicazione dell'articolo 37, comma 3, del Dpr n. 600/1973, relativamente all'ipotesi di interposizione fittizia, dell'articolo 37-bis del Dpr n. 600/1973, relativamente al comportamento inopponibile all'Amministrazione finanziaria riguardante atti, fatti e negozi, anche collegati tra loro, nell'ambito del quale siano utilizzate una o più delle operazioni citate nel medesimo articolo, e dell'articolo 108, comma 2, del Dpr

n. 917/1986, relativamente alla qualificazione di determinate spese, sostenute dal contribuente, tra quelle di pubblicità e di propaganda ovvero tra quelle di rappresentanza.

- L'istanza di disapplicazione ex articolo 37-bis, comma 8, del Dpr n. 600/73, che consente al contribuente di ottenere la disapplicazione delle norme impositive aventi natura antielusiva
- L'interpello ex articolo 167, comma 5, del Tuir, che rinvia all'articolo 11 della legge n. 212/2000, riguardante la disapplicazione delle disposizioni in materia di imprese estere partecipate residenti nei paradisi fiscali.

In ognuna di tali fattispecie si consente al contribuente di ottenere, in via preventiva, la disapplicazione di norme giuridiche specificamente deputate al contrasto di comportamenti elusivi o evasivi, a condizione che lo stesso dimostri che le operazioni prospettate non siano volte a ottenere indebiti risparmi d'imposta o a dirottare in paradisi fiscali redditi maturati sul territorio dello Stato.

In tale scenario il ruling internazionale si inserisce al fine di offrire al contribuente un accordo, anch'esso in via preventiva, sui criteri e i metodi di determinazione del valore normale dei prezzi di trasferimento e sulla corretta qualificazione di dividendi, interessi e royalties. Tale impostazione appare del tutto logica laddove si consideri che la pianificazione fiscale internazionale si basa sull'ottimizzazione dei flussi infragruppo di dividendi, interessi e royalties attuata proprio con la pratica dei prezzi di trasferimento; operazioni che possono facilmente sfociare in comportamenti elusivi o evasivi. Ciò non di meno la correzione dei prezzi di trasferimento, da parte delle autorità fiscali dello Stato che ritiene di aver perso base imponibile, rischia di provocare una doppia imposizione nel caso in cui lo Stato del soggetto contraente non

addivenga a un accordo a seguito di procedura amichevole o altro tipo di negoziato e applichi il cosiddetto corresponding adjustment (rettifica corrispondente), che rappresenta la rettifica dell'imposta dovuta dall'impresa associata in una seconda giurisdizione fiscale, effettuata dall'amministrazione fiscale di quest'ultima giurisdizione per tener conto della rettifica primaria effettuata dall'amministrazione fiscale della prima giurisdizione.

Peraltro, con l'entrata in vigore del ruling internazionale, vengono introdotti per la prima volta nel nostro ordinamento tributario i cosiddetti Advanced Pricing Agreements o Apa, raccomandati dall'Ocse nelle direttive sul transfer pricing, le quali hanno revisionato il rapporto Ocse del 1979 relativo ai "Prezzi di trasferimento e imprese multinazionali" e considerati strumenti per evitare e risolvere le controversie di transfer pricing stesso.

L'istanza di ruling, come previsto dall'articolo 8, comma 5, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, deve essere presentata al competente ufficio, di Milano o di Roma, dell'Agenzia delle Entrate. A tal riguardo, l'articolo 1 del provvedimento direttoriale identifica gli uffici di Milano e Roma competenti a gestire la procedura di ruling internazionale, collocandoli nella direzione centrale Accertamento, come un'articolazione del settore Soggetti grandi dimensioni. La ripartizione territoriale definita nel provvedimento prevede per l'ufficio di Milano la competenza per le domande di ruling presentate da soggetti aventi il domicilio fiscale nelle regioni Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, Veneto, Liguria ed Emilia-Romagna, mentre l'ufficio di Roma è competente per le istanze di ruling presentate dalle imprese aventi il domicilio fiscale in Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Calabria, Basilicata, Sicilia e Sardegna.

Per quanto concerne i soggetti abilitati a presentare la richiesta di ruling internazionale, il citato articolo 8 limita l'accesso alla procedura alle imprese con attività internazionale. L'articolo 1 del provvedimento direttoriale fornisce un chiarimento sulla nozione di impresa con attività internazionale, distinguendo tra soggetti residenti e non residenti. Per i soggetti residenti, la qualifica di impresa con attività internazionale viene riconosciuta alle imprese che, in alternativa o congiuntamente:

- ricadono in una o più delle condizioni dell'articolo 110, comma 7, del Dpr n. 917/1986
- il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti o che partecipino al patrimonio, fondo, capitale di non residenti
- abbia corrisposto a o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi o royalties.

Per le imprese non residenti è necessaria la presenza di una stabile organizzazione in Italia, che deve qualificarsi come tale ai fini delle imposte dirette.

Ai sensi dell'articolo 2 del provvedimento, l'istanza, a pena di inammissibilità, deve riportare una serie di elementi.

Nel caso di imprese residenti l'accesso alla procedura deve essere surrogato da documenti atti a comprovare il possesso dei requisiti soggettivi richiesti, mentre nel caso di soggetti non residenti l'indicazione della presenza di una stabile organizzazione in Italia, di per sé, consente l'accesso alla procedura.

L'articolo 8 del decreto legge n. 269/2003 prevede che le imprese con attività internazionale possono accedere a una procedura di ruling di standard internazionale, con principale riferimento al regime di prezzi di trasferimento, interessi, dividendi, royalties. Dalla lettera della norma si evince che gli

elementi oggetto del ruling non rappresentano un *numerus clausus* ma una casistica "principale" di riferimento. Il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate conferma la possibilità di utilizzare tale strumento per disciplinare eventuali altri componenti di reddito di carattere internazionale. A pena di inammissibilità, l'oggetto deve essere chiaramente individuato nell'istanza.

Per quanto riguarda i prezzi di trasferimento, la procedura di ruling prevede la preventiva definizione, in contraddittorio, dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni. L'articolo 3 del provvedimento richiede nell'istanza l'indicazione dettagliata dei beni o servizi oggetto delle operazioni infragruppo e la tipologia delle operazioni.

Devono essere indicate anche le controparti non residenti, nonché le ragioni per le quali tali operazioni sono riconducibili a una delle situazioni di cui all'articolo 110, comma 7, del Tuir.

Infine, vanno illustrati i criteri e i metodi di determinazione del valore normale delle operazioni e le ragioni per cui si ritengono conformi alla legge.

In linea generale, le operazioni ricomprese nell'ambito del transfer pricing possono riguardare, sempre nei rapporti infragruppo, cessioni di beni, materiali e immateriali, prestazioni di servizi, accordi di ripartizione di costi (*cost sharing agreements*), spese di regia, cioè l'addebito alle varie branch di quote di spese generali sostenute dalla casa madre (*management fees*) e così via.

Discorso in parte diverso deve essere fatto con riferimento a interessi, dividendi, royalties e altri componenti di reddito di carattere internazionale, in quanto, in tali ipotesi, il ruling è finalizzato alla determinazione della qualificazione giuridica del reddito e non al quantum dello stesso.

L'istanza di accesso alla procedura di ruling per tali componenti di reddito (articoli 4 e 5 del provvedimento del direttore dell'Agenzia) deve indicare:

- il caso in relazione al quale si è prodotta l'istanza, in modo dettagliato
- i soggetti non residenti destinati a percepire o erogare dividendi, interessi, royalties o altri componenti reddituali
- la soluzione applicabile sulla base della normativa di riferimento e le ragioni per cui si ritiene che sia conforme alla legge.

Infine, nel caso di istanza concernente l'attribuzione di utili o perdite a una stabile organizzazione in Italia di un'impresa non residente o a una stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa residente (articolo 6 del provvedimento), vanno indicati:

- dettagliatamente, il caso in relazione al quale si è prodotta l'istanza
- gli elementi utili a identificare la stabile organizzazione in Italia o all'estero
- la soluzione applicabile sulla base della normativa di riferimento e le ragioni per cui si ritiene che sia conforme alla legge.

Ciascuna delle istanze sopra descritte può essere corredata dalla documentazione illustrativa ritenuta opportuna per il raggiungimento dell'accordo.

L'accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, in relazione alle operazioni di cui al comma 1 dell'articolo 8 del decreto legge n. 269/03, disciplinante il ruling internazionale, vincola le parti per un triennio, cioè per il periodo d'imposta nel corso del quale è stipulato il ruling e per i due successivi, limitando i poteri di accertamento alle materie diverse da quelle oggetto di accordo, dal momento che il comma 4 prevede che nel periodo temporale di validità dell'accordo, l'Amministrazione finanziaria potrà

esercitare i poteri istruttori di cui agli articoli 32 e seguenti del Dpr n. 600 del 1973 soltanto in relazione a fattispecie diverse da quelle oggetto del ruling.

La validità dell'accordo è, tuttavia, condizionata, così come recita il comma 2, all'assenza di "mutamenti nelle circostanze di fatto o di diritto rilevanti ai fini delle predette metodologie e risultanti dall'accordo sottoscritto dai contribuenti" in grado di rendere non più vincolante l'accordo stesso. Tipici mutamenti, si badi bene, rilevanti ai fini delle metodologie, nelle circostanze di fatto - che possono essere distinti in interni ed esterni alle controparti coinvolte nell'operazione - potrebbero essere rappresentati da modifiche contrattuali, modifiche del gruppo, modifiche delle attività svolte, variazioni del settore di riferimento, variazioni della transazione di libero mercato, eventuali altri eventi economici che possano influenzare sensibilmente il contesto economico (si pensi ai mutamenti intervenuti nel settore del trasporto aereo dopo l'attentato dell'11 settembre). Tra i mutamenti nelle circostanze di diritto rilevanti, sicuramente sono da ricomprendere i cambiamenti normativi.

In ogni caso appare evidente che per arrivare a concludere che ci sia stato un mutamento rilevante nelle condizioni di diritto, ma soprattutto nelle condizioni di fatto, bisogna in qualche modo esercitare un'azione, da parte di entrambi i contraenti, che permetta di monitorare e controllare l'accordo raggiunto.

Il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004 ha chiarito l'ambito di intervento dell'Amministrazione finanziaria e i poteri esercitabili. Il documento, infatti, dedicando alcuni paragrafi a tale questione, disciplina i seguenti aspetti dell'accordo:

- verifica
- modifica
- rinnovo.

Lo stesso provvedimento, infatti, afferma che, al fine di verificare il rispetto dei termini dell'accordo sottoscritto e al fine di accertare il sopravvenuto mutamento delle condizioni di fatto o di diritto poste a presupposto delle conclusioni raggiunte in sede di accordo, l'Amministrazione finanziaria può accedere, previo accordo con l'impresa-contribuente, presso la sede di svolgimento delle attività allo scopo di prendere visione di documenti e in generale di apprendere elementi informativi utili.

Sulla base di tali affermazioni, è evidente come non possa ritenersi decaduto l'esercizio della potestà istruttoria in capo all'Amministrazione finanziaria, anche se il tenore del comma 4 dell'articolo 8 potrebbe andare in tale direzione.

Infatti, se è vero che l'Amministrazione finanziaria non può esercitare i poteri di controllo di cui agli articoli 32 e seguenti del Dpr n.600/73 in relazione a questioni ricomprese nell'oggetto dell'accordo, è pur vero che per verificare la veridicità e la corrispondenza dei fatti esposti dal contribuente con quelli reali e il mutamento delle circostanze di diritto, ma soprattutto di fatto, con specifico riferimento ai prezzi effettivamente praticati in attuazione della metodologia concordata, la stessa Amministrazione deve poter esercitare un'azione di monitoraggio e "controllo" in senso lato tale che gli permetta di verificare l'accordo raggiunto precedentemente.

Viene inoltre previsto, a carico dell'impresa-contribuente, l'onere di:

- predisporre e mettere a disposizione dei competenti uffici dell'Agenzia delle Entrate la documentazione e gli elementi informativi di supporto all'accordo
- consentire agli stessi uffici di accedere, si badi bene previo accordo, presso la sede del contribuente allo scopo di raggiungere l'obiettivo del controllo dell'accordo stesso.

Ogni altra diversa soluzione avrebbe creato una vera e propria fattispecie di asimmetria informativa nella quale la stessa Amministrazione avrebbe rappresentato la "parte debole" tra i due contraenti.

Si conclude la trattazione, facendo un breve richiamo alla rilevanza fiscale del ruling. Il comma 2 dell'art. 8 del d.l. n. 269 del 2003 sottolinea che la procedura di specie debba concludersi con un atto definito normativamente "accordo" vincolante per un triennio per il contribuente e per l'amministrazione finanziaria. Ma quale funzione giuridica può avere tale accordo? Non va dimenticato che esso si incunea nella norma sostanziale sulle valutazioni di cui parla il comma 7 dell'art. 110. Si tratta quindi di fissare o determinare insieme il valore normale che va assunto ai fini fiscali in sostituzione del prezzo o del corrispettivo effettivamente praticato. Ecco quindi che non si fa altro che dare potere alle parti, in via autonoma e nel rispetto di alcune garanzie procedurali, di fissare quel valore che, se superiore al prezzo, deve variare in aumento l'utile civile per arrivare alla determinazione del reddito imponibile. Quindi, già per questa via, si potrebbe concludere che all'astrattezza della norma si sostituisce un atto, autorizzato da una disposizione di pari grado, volto a darne la giusta concretezza fiscale.

L'atto con il quale ci si mette d'accordo in ordine al trattamento fiscale delle operazioni ricomprese nell'art. 8 del d.l. n. 269 del 2003 non rappresenta altro che una attuazione in deroga della ordinaria disciplina fiscale inerente alla determinazione del reddito. Una volta che l'accordo diviene operativo non è possibile ipotizzare alcuna fattispecie penale posta al sopra di tale accettazione. Ci si trova di fronte, infatti, ad un atto avente natura derogatoria ed attuativa di quanto viene previsto da una fonte primaria. E' vero che in altre situazioni analoghe viene espressamente eliminata ogni rilevanza penale; ci si riferisce, in particolare alle previsioni di cui all'articolo 16 del d.lgs. n.

74/2000 secondo cui non è punibile la condotta che si è uniformata al parere o ai pareri del Ministero delle Finanze nell'esercizio del diritto di interpello o del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive. Peraltro proprio in ordine a tale previsione normativa si era più volte sottolineato come, al di là dell'esplicita disposizione, la rilevanza penale di comportamenti susseguenti a istanze di interpello o, come nel caso di specie, di riling, non potesse in alcun modo essere ipotizzata, mancando il dolo specifico quale caratteristica propria di ogni reato tributario delittuoso. Peraltro, anche ove la rilevanza penale fosse ammessa, occorre chiedersi in quale contesto penal-tributario ci si andrebbe a collocare. L'unico approdo, stante la trasparenza dell'atto stesso, potrebbe essere quella contrassegnata dall'art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000 inerente alla infedele dichiarazione tout court giacche, per l'appunto, non si sarebbero effettuati atti o creati documenti frodatori con il fine specifico di pagare meno imposte in sede dichiarativa. Ma anche in questo contesto ci sono soglie di punibilità senza contare infine l'esimente tratteggiata dall'art. 7 del medesimo provvedimento che arriva ad escludere ogni rilevanza penale, tra l'altro, alle valutazioni estimative se i relativi criteri vengono indicati in bilancio (o, meglio, anche in qualsiasi altro atto idoneo a dar conto dell'assenza di dolo) fatta salva pure la franchigia di cui al secondo comma. Quindi, già da queste brevi annotazioni, non pare possibile avanzare dubbi sulla assenza di rilevanza penale né sull'accordo in se considerato né sui rilievi che la magistratura inquirente o giudicante potrebbe fare in ordine alla correttezza delle intese ivi raggiunte.

**CAPITOLO 3: ELUSIONE FISCALE E RIFORMA TRIBUTARIA****1 Introduzione**

La riforma del sistema tributario, introdotta in attuazione della legge delega n. 80 del 2003 e resa operativa attraverso le modifiche al tur in vigore dal 1 gennaio 2004 ad opera del decreto legislativo n. 344 del 2003, rappresenta sicuramente una delle più imponenti riorganizzazioni dell'ordinamento tributario nazionale. Nell'ambito della riscrittura delle disposizioni che regolano la tassazione societaria, l'introduzione di istituti opzionali messi a disposizione dei gruppi di impresa nonché le imponenti modifiche ad alcune fattispecie spesso foriere di penalizzazioni evidenti quali il trattamento dei dividendi e delle plusvalenze da cessione di partecipazioni sociali costituiscono sicuramente due degli aspetti più evidenti e di impatto dell'intera manovra. Al di là della nuova struttura dell'imposta sul reddito delle società e dei nuovi istituti introdotti dalla riforma, ciò che interessa in questa sede è il modo di rapportarsi della nuova tassazione societaria nei confronti del fenomeno elusivo, così come descritto nelle pagine precedenti. Ciò che si intende fare, nell'analisi che seguirà, è una indagine volta ad evidenziare la presenza, specificatamente dichiarata o latente, di disposizioni antielusive nel corpo della riforma fiscale.

Il punto di partenza e l'ipotesi su cui si fondano gran parte dei ragionamenti che seguiranno, è che, nell'ordinamento tributario italiano, specie dopo l'introduzione dell'ires, accanto alla disposizione antielusiva specifica di cui all'articolo 37- bis del d.p.r. n. 600/73, su cui si è ampiamente dibattuto, siano presenti una miriade di norme antielusive che, in modo più o meno diretto, condizionano il comportamento del contribuente.

L'analisi, verrà svolta per stadi successivi, partendo dalla determinazione del reddito imponibile in attuazione del principio di derivazione dello stesso dall'utile di bilancio; in tal modo le disposizioni tributarie che prevedono le ben note variazioni in aumento e in diminuzione dell'utile civilistico al fine di determinare il risultato di periodo cui applicare l'aliquota ires verranno analizzate alla luce della loro portata antielusiva.

Successivamente verranno sviluppati quegli istituti di nuova costituzione che si presentano palesemente come di contrasto a fenomeni elusivi; è il caso del pro rata patrimoniale di indeducibilità degli interessi passivi e della disciplina della thin capitalization, anch'essa volta a limitare la rilevanza fiscale delle componenti negative di reddito legate a finanziamenti particolari.

Un'ulteriore fase sarà quella di approfondire i nuovi istituti opzionali previsti per i gruppi di imprese in chiave antielusiva; la tassazione per trasparenza e quella di gruppo verranno così analizzate a fondo per individuare la presenza di disposizioni antielusive volte ad evitare indebiti vantaggi derivanti dal novo approccio comune.

Non verranno peraltro, tralasciati gli istituti tipicamente antielusivi che erano già presenti nel testo unico, quali il transfer pricing, la disciplina dell'indeducibilità dei costi delle operazioni intercorse con partners localizzati in paradisi fiscali, il regime delle CFC, peraltro allargato alle società collegate dalla stessa ires e il trasferimento di residenza all'estero.

Un'ultima parte riguarderà alcune considerazioni conclusive in ordine alla rilevanza penale dei fenomeni elusivi, con particolare riguardo alle novità che la stessa legge delega per la riforma fiscale imporrà nell'ambito della disciplina penale tributaria.

La determinazione del reddito imponibile: disposizioni antielusive di tipo assoluto

La determinazione del reddito complessivo delle società di capitali è disciplinata, in prima battuta, dal disposto dell'articolo 83 del tuir, laddove si impone di apportare al risultato del conto economico "le variazioni in aumento e in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni della presente sezione".

Il principio di derivazione del reddito complessivo dall'utile di bilancio viene in tal modo sancito, anticipando le rettifiche che le successive disposizioni del tuir imporranno; tali rettifiche, in verità, possono tranquillamente essere considerate disposizioni antielusive di tipo assoluto, in quanto configurano, nella sostanza, norme di deducibilità limitata di alcuni componenti reddituali rilevanti per intero ai fini civilistici.

Anzi, a ben vedere, l'introduzione di specifici regimi opzionali propri dei gruppi di imprese o il nuovo trattamento tributario di alcune componenti quali le plusvalenze da cessione di partecipazioni o la normativa di contrasto alla sottocapitalizzazione, si finisce per assistere ad altre riprese di vapore e ad altre disposizioni limitatrici che vanno ad aggiungersi, in modo massiccio, alle variazioni note.

## **2 Le modifiche all'articolo 37 – bis**

La riforma fiscale interviene anche nella disciplina antielusiva, modificando il disposto dell'articolo 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, ovvero quelle disposizioni che ai fini delle imposte sui redditi contrastano i comportamenti elusivi posti in essere dai contribuenti, anche attraverso operazioni complesse e coordinate.

In particolare attraverso la lettera e) del comma 1 dell'articolo 2 del d.lgs. n. 344/2003, vengono allargate le ipotesi potenzialmente soggette alla norma antielusiva; in primo luogo vengono incluse tra le operazioni interessate alla lettera f) dell'articolo 37-bis, comma 1, oltre alle valutazioni, anche le classificazioni di bilancio

- aggiungendo, dopo la lettera f), della nuova lettera f-bis), che ricomprende tra le operazioni "sospette" anche le cessioni di beni effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del nuovo Tuir (si tratta del regime del consolidato nazionale).

Particolare attenzione dovrà osservarsi, pertanto, in ordine alla classificazione di costi, ricavi e rimanenze nel conto economico, nonché degli elementi attivi e passivi dello stato patrimoniale, con l'avvertenza che si tratterà di scelte sindacabili anche dal punto di vista civilistico, con la guida della prassi contabile nazionale e internazionale.

In relazione alla prima delle due modificazioni sopra indicate, si evidenzia che, tra i requisiti ai quali è subordinata l'esenzione fiscale delle plusvalenze ai sensi dell'articolo 87 del nuovo Tuir, spicca quello dell'iscrizione delle partecipazioni nello stato patrimoniale tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso. L'articolo 37-bis, nella precedente formulazione, lasciava sguarnita l'Amministrazione rispetto alla possibilità di sindacare tale iscrizione, ove i contribuenti avessero posto in

essere uno schema elusivo preordinato all'indebita fruizione dell'esenzione; l'integrazione apportata dal legislatore è quindi quanto mai opportuna nell'ottica del contrasto ai fenomeni di possibile abuso delle nuove norme.

Relativamente alle cessioni di beni tra i partecipanti al consolidato nazionale, il riscontro puntuale nel nuovo Tuir si rinviene nell'articolo 123, comma 1, ove tali cessioni tra società che hanno esercitato l'opzione prevista (articolo 117, comma 1), se riguardanti cespiti diversi da quelli produttivi di ricavi (articolo 85) o di plusvalenze esenti (articolo 87), possono avvenire in regime di continuità dei valori fiscali riconosciuti su opzione congiunta della cedente e della cessionaria:

- risultante dal relativo contratto stipulato in forma scritta
- a condizione che dalla dichiarazione dei redditi del consolidato (articolo 122) risulti la differenza tra il valore di libro e il valore fiscalmente riconosciuto del bene.

Si deve comunque trattare di beni plusvalenti che non posseggono i requisiti imposti dall'articolo 87 per ottenere il particolare regime di esenzione ivi previsto, e perciò di:

- immobilizzazioni materiali e immateriali (beni strumentali)
- partecipazioni che non sono:
  - ininterrottamente possedute da 12 mesi prima della cessione
  - classificate tra le immobilizzazioni finanziarie
  - relative a una partecipata situata in Stati o territori non - black list
  - relative a una partecipata che esercita attività commerciale.

A fronte della sparizione del regime di imposizione sostitutiva di cui al D. Lgs. n. 358/1997, i plusvalori per i quali l'Amministrazione dovesse decidere il recupero a imposizione nell'ambito di fattispecie elusive riscontrate in sede

di consolidamento degli imponibili ex articolo 117 del nuovo Tuir verrebbero assoggettati a tassazione ordinaria. Anche le nuove operazioni inserite nell'elenco delle fattispecie potenzialmente elusive potranno comunque essere affrontate e risolte in via preventiva, attraverso lo strumento dell'interpello "speciale", o di quello per la disapplicazione delle norme antielusive, di seguito brevemente illustrati.

**a) Le modifiche di cui alla lettera f), comma 3 dell'articolo 37-bis**

E' evidente che l'ipotesi legata alle classificazioni di bilancio risulta essere di vastissima portata; ciò perché innumerevoli sono le conseguenze fiscali legate alla corretta apposizione di voci di costo o di ricavo in conto economico nonché di attività e passività nello stato patrimoniale. Così, particolare attenzione dovrà osservarsi in tali circostanze, soprattutto in considerazione del fatto che le scelte operate prima che da un punto di vista fiscale, potrebbero essere sindacate anche civilisticamente; è vero infatti che la normativa antielusiva si caratterizza per il fatto di esplicitare i suoi effetti solo dal punto di vista fiscale, nel senso che le operazioni ritenute illecite vengono disconosciute dall'amministrazione finanziaria senza effetti dal punto di vista civilistico, soprattutto nei confronti dei terzi; ma è altrettanto vero che tali ipotesi attengono essenzialmente a quelle operazioni straordinarie che, seppur ritenute elusive perché parti di un più ampio disegno volto ad aggirare le disposizioni tributarie in vista dell'ottenimento di indebiti vantaggi di imposta, rimangono pienamente efficaci. In tale prospettiva non può non essere sottolineato il fatto che la modifica normativa di cui si discute si colloca temporalmente in un periodo di grande fermento dal momento che l'imminente adozione dei principi contabili internazionali rischia di complicare ulteriormente la situazione.

In ogni caso, al di là delle situazioni di carattere generale una delle situazioni che maggiormente potrebbero essere interessate alla nuova previsione è la disciplina dell'esenzione sulle plusvalenze da cessione di partecipazioni; come noto, infatti, tra i requisiti ai quali è subordinata l'esenzione compare l'iscrizione delle partecipazioni nello stato patrimoniale tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso. E' chiaro che la nuova formulazione dell'articolo 37-bis permette all'Amministrazione di sindacare tale iscrizione, laddove venga individuato uno schema elusivo preordinato all'indebita fruizione dell'esenzione.

**b) Le modifiche di cui alla lettera f-bis) del comma 3 dell'articolo 37-bis**

E' chiara la logica che sottende a tale norma di chiusura; gli stessi effetti distorsivi che possono manifestarsi nelle transazioni aventi ad oggetto beni plusvalenti ammessi al regime di neutralità, possono essere perseguiti anche con riguardo ad altre tipologie di beni, escluse dalla disposizione di cui all'articolo 123. In effetti il problema, come detto, attiene al divieto di utilizzo delle perdite maturate prima dell'adesione al consolidato nella determinazione dell'imponibile di gruppo; ora la manovra che il secondo comma dell'articolo 123 cerca di evitare, vietandola espressamente, potrebbe essere effettuata anche con beni produttivi di ricavi, e quindi fuori dal regime di neutralità. Basterebbe, infatti, che la società con perdite pregresse effettuasse una cessione di merci verso altre società consolidate in utile, aumentando ad hoc il corrispettivo rispetto al valore di mercato. Tali ricavi alterati da un lato riducono la perdita della cedente altrimenti inutilizzabile e dall'altro abbattano l'utile della cessionaria realizzando, in pratica, quella compensazione che la norma vieta. Così, l'aver posto su tali operazioni la lente antielusiva serve, essenzialmente, a permettere che l'amministrazione finanziaria possa disconoscere tali comportamenti.

Le problematiche legate a tale impostazione sono diverse; innanzitutto occorre sottolineare che la norma specifica di cui al secondo comma dell'articolo 123 e quella generale di cui alla lettera f-bis) dell'articolo 37-bis si sovrappongono, nel senso che la sindacabilità della cessione per questioni elusive attiene a tutti gli scambi infragruppo e quindi anche a quelli effettuati in regime di neutralità fiscale. Ecco dunque che la cessione di beni plusvalenti potrebbe essere sindacata non solo qualora la stessa si sviluppi con l'ulteriore transazione volta all'utilizzo delle perdite pregresse del cedente finale, ma anche in qualsiasi altra situazione per la quale l'amministrazione non ravvisi quelle valide ragioni economiche necessarie a scongiurare l'intervento. Quindi qualunque trasferimento infragruppo è soggetto alla verifica delle condizioni di economicità previste dalla normativa antielusiva; anzi, mentre per i beni trasferiti in regime di neutralità è sempre invocabile la disapplicazione della disposizione antielusiva a norma del comma 8 dell'articolo 37-bis, per i beni merce, l'assenza di qualunque previsione impedisce anche eventuali comportamenti preventivi. E' chiaro che il meccanismo di compensazione indiretto illustrato troverà sicuramente l'opposizione dell'amministrazione, ma per i beni plusvalenti, sarà almeno possibile chiedere preventivamente la disapplicazione illustrando le motivazioni alla base della transazione.

Ciò porta alla seconda questione. Con l'innesto operato con la lettera f)-bis all'art. 37-bis si è creata una situazione di incertezza dalle finalità sconosciute giacché si precisa che l'amministrazione potrebbe sindacare il fatto di aver effettuato un trasferimento di beni, di qualsiasi tipo, tra i soggetti ammessi al regime di tassazione del gruppo. Si tratta dunque di ogni operazione che deve trovare giustificazione in ragioni economiche apprezzabili. Ma nel gruppo tale interesse è sotteso ai vantaggi complessivamente riconducibili alla catena.

Potrebbe accadere, per esempio, che venga trasferito un bene ad un prezzo inferiore a quello normale ma ciò lo si debba ad una politica gestionale del gruppo che esula dall'interesse particolare della singola società controllata e che, quindi, le valide ragioni economiche siano sottese a tali aspettative.

### ***2.1 Consolidato Fiscale***

Nel momento in cui la nuova ires abbandona l'imposizione sostitutiva su tali operazioni per includerle organicamente nella tassazione di impresa, la portata delle disposizioni antielusive va irrimediabilmente a scemare; almeno per tali situazioni; prova ne è che la nuova filosofia delle operazioni straordinarie, incentrate sul regime di neutralità e sull'abbandono del riconoscimento fiscale di eventuali plusvalori emergenti espressamente sottolinea, all'articolo 176, comma 3 del nuovo tuir, l'irrelevanza ai fini della disposizione antielusiva di cui si tratta, dei conferimenti in doppia sospensione seguiti dalla cessione delle partecipazioni ricevute in regime di esenzione totale.

Ecco dunque che il nuovo baricentro dell'articolo 37-bis si sposta alle previsioni di cui alla lettera f) del comma 3 della disposizione; quelle appunto inerenti la valutazione e le operazioni che coinvolgono partecipazioni societarie; così, se originariamente tali ipotesi erano state introdotte in vista residuale e sussidiaria rispetto alle principali fattispecie, ora si affermano come principali nelle situazioni che possono essere tacciate di elusività. Ma la disposizione antielusiva potrebbe, in qualche modo, coinvolgere anche i due principali istituti opzionali previsti dalla riforma: quello del consolidato e quello della trasparenza.

E' chiaro che di primo acchito nessun problema sembrerebbe sussistere in tale circostanza: i due regimi non solo sono opzionali ma sono addirittura alternativi tra loro, sia perché prevedono percentuali di controllo

complementari (dal 10% al 50% per la trasparenza tra spa e oltre il 50% per la tassazione di gruppo) sia perché, lo stesso articolo 115 afferma, alla lettera b) del comma 1 l'esclusione dalla trasparenza nel caso in cui la partecipata che intende attribuire il proprio reddito alle controllanti aderisca al consolidato.

Del resto se lo stesso ordinamento mette a disposizione due istituti ponendoli sullo stesso piano e prevedendo le condizioni di accesso all'uno o all'altro, è innegabile che non si possa essere tacciati di comportamento elusivo nel momento in cui si sceglie (ove possibile) di accedere al primo piuttosto che al secondo. Il problema è però che proprio l'alternatività dei due istituti potrebbe spingere qualcuno a modificare la situazione esistente, soprattutto a livello di partecipazione societaria, al fine di traslare la propria situazione da un regime all'altro; in tal caso potrebbero sorgere alcuni problemi, specie nel momento in cui si opera sulle partecipazioni che appunto rientrano nell'alveo delle operazioni soggette alla sindacabilità dell'amministrazione.

Tanto per chiarire quanto si è andati fin qui dicendo, si ipotizzi una società di capitali con perdite che controlla per intero un soggetto ires che realizza reddito imponibile. Accanto a tale potenziale gruppo consideriamo una società terza anch'essa in perdita; in tale situazione la società controllante potrebbe validamente attuare il consolidato nazionale con la propria controllata, ovviando, tra l'altro, al problema della tutela della minoranza, visto il controllo totale. La società terza potrebbe invece continuare autonomamente la propria attività economica. Come si può notare nella parte alta del prospetto tale soluzione consente al gruppo di compensare le perdite della capogruppo con il reddito della controllata, ferma restando l'assenza di imposizione sulla società terza.

Ma se, come mostrato più in basso, la società capofila decidesse di cedere il 50% della propria partecipazione della controllata alla società terza ecco che l'originaria partecipata acquisirebbe tutti i requisiti per accedere al regime di trasparenza; così essa spalmerebbe il proprio reddito in quote uguali su quella che prima era la sua controllata e sull'altra società che ha acquisto il 50% di partecipazione. Il risultato è l'assenza di imposizione per tutti e tre i soggetti.

E' chiaro che la sindacabilità dell'operazione complessiva va vista non alla luce della scelta tra consolidato e trasparenza, opzione, come detto, del tutto legittima; piuttosto occorre chiedersi se siano lecite le operazioni che hanno ad oggetto le partecipazioni attraverso le quali si è modificata l'originaria situazione, che non consentiva l'accesso alla trasparenza ma solo al consolidato. In sostanza è come se la verifica dell'elusività dell'operazione si sposti a valle ossia al risultato finale del comportamento; non viene insomma sindacata la fattispecie a monte (consolidato o trasparenza) quanto piuttosto le chicanes operate per migrare dall'uno all'altro. Il tutto si gioca, come consueto sul concetto di lecito risparmio di imposta, da contrapporre a quell'indebito vantaggio che fa scattare la norma antielusiva. Preoccupazioni non dovrebbero sorgere nel momento in cui ci si appresta ad operare una scelta legittima tra due istituti che l'ordinamento mette comunque a disposizione senza alcuna condizione, fatte salve quelle di ingresso. Meglio però non forzare troppo la mano visto che l'esperienza in tale ambito ha insegnato a ponderare attentamente tutte le scelte che alla fine dei conti determinino una perdita di gettito per l'erario.

La stretta antielusiva sulle cessioni di partecipazioni infragruppo rischia di allargare i suoi effetti a tutte le operazioni che possono generare plusvalenze finanziarie associate a distribuzioni di dividendi; ciò perché, al di là della specifica ipotesi che coinvolge il regime di tassazione consolidata, tutte le

volte che una cessione di partecipazioni e seguita da una distribuzione di dividendi e da una operazione di senso inverso, potrebbero crearsi indebiti risparmi di imposta censurabili dall'amministrazione anche a seguito dell'allargamento delle disposizioni di cui all'articolo 37-bis del d.p.r. n. 600/73. Nel caso specifico della tassazione consolidata ci si è dunque resi conto che tra le maglie dell'ires è possibile attuare operazioni formalmente lecite che però danno luogo ad ingiustificati risparmi di imposta; risparmi legati non solo alla speciale disciplina della tassazione di gruppo, ma alle stesse impostazioni generali della riforma. Così, in un gruppo di imprese che abbiano optato per l'opzione di cui all'articolo 117 del tuir, potrebbe accadere che una controllata ceda, all'interno del gruppo, una partecipazione in altra società del gruppo, avente i requisiti per l'esenzione di cui all'articolo 87; il cessionario iscrive tale partecipazione tra l'attivo circolante e dopo aver incassato i dividendi maturati cede la stessa partecipazione all'originario cedente. Ovviamente il prezzo di cessione sarà più basso rispetto a quello di carico, dal momento che la distribuzione del dividendo ha abbattuto il valore iniziale. Quali sono i risultati di un tale meccanismo? Da un punto di vista formale il cedente originario ritorna in possesso della stessa partecipazione detenuta prima dell'operazione, mentre il cessionario incassa i dividendi. Fiscalmente il cedente originario non è gravato da alcun onere dal momento che la prima vendita può realizzare, al massimo, una plusvalenza esente; il cessionario della partecipazione incassato il dividendo imponibile per il solo 5%, al momento della restituzione della partecipazione ottiene una minusvalenza rilevante, grazie all'iscrizione nell'attivo circolante. Questi due vantaggi fiscali dei protagonisti si sommano poi per il fatto che il consolidato assembla tutte le componenti e le attribuisce alla capofila.

Il meccanismo in questione è tanto palesemente elusivo quanto difficilmente contrastabile. Come potrebbe infatti l'amministrazione bloccare le cessioni in questione e monitorare comportamenti abusivi lasciando impregiudicate le normali cessioni infragruppo? Si potrebbe, ad esempio, prevedere che il costo di carico della partecipazione sia abbattuto del dividendo distribuito evitando in tal modo di far emergere la minusvalenza al momento della seconda cessione. Tuttavia appare alquanto difficile calibrare la norma antielusiva e renderla applicabile alle sole operazioni incriminate.

In verità, già all'interno dell'ordinamento sono presenti disposizioni che potrebbero rendere meno facile l'attivazione dell'intento elusivo di cui si discute. Già la lettera f) dell'articolo 37-bis del d.p.r. n. 600/73 scoraggia le allegre classificazioni di bilancio delle partecipazioni, permettendo, ad esempio, di sindacare l'avvenuta iscrizione tra l'attivo circolante; ciò però potrebbe non essere sufficiente dal momento che per ottenere l'esenzione basta non rispettare uno qualunque dei requisiti richiesti dall'articolo 87 (ad esempio quello del possesso ininterrotto per un anno. Ben più pregnante per il caso in esame è la successiva lettera f-bis) dello stesso articolo 37-bis, laddove vengono incluse tra le operazioni sindacabili tutte le cessioni di "beni" infragruppo, all'interno del consolidato. Ciò di per sé basterebbe a mettere sul chi vive le società del gruppo. Anche ammesso che l'operazione sia censurabile o per rinvio a disposizioni già esistenti o perché appositamente classificata come elusiva da una nuova disposizione per l'amministrazione il problema resta quello di lasciare alle società un soddisfacente margine di manovra sulle operazioni infragruppo, evitando di impedire qualunque tipo di transazione.

Il problema, in verità è di più ampia portata. Se si riflette bene sulla struttura dell'operazione discussa, al di là dei profili di convenienza indotti dalla

speciale disciplina del consolidato, la pericolosità di una simile fattispecie può anche allargarsi ad altri ambiti. Infatti il risparmio fiscale deriva dal fatto che la doppia cessione finisce, in sostanza, per trasformare in minusvalenze deducibili dividendi imponibili per altro solo al 5%. Ogni qual volta ci si ritrovi a cedere una partecipazione ad un corrispettivo e poi a riacquistarla ad un prezzo più basso a seguito dello stacco dei dividendi, si finirebbe per incorrere in una situazione del genere; il problema non è naturalmente nuovo; è evidente infatti che la situazione descritta richiami a gran voce la vasta dottrina sul dividend washing; ed in effetti se allora la censura principale era legata al trasferimento (fittizio) della titolarità di un reddito da un soggetto all'altro per fruire del diverso regime fiscale cui i due operatori erano assoggettati, ora si tratta di sostituire una tipologia di reddito in un'altra, anche mantenendo l'effettività della transazione, per sfruttare il diverso regime fiscale delle due categorie di reddito. Ora è chiaro che se anche l'articolo 37, comma 3 del d.p.r. n. 600/73 sarebbe qui difficilmente impugnabile a difesa dei diritti dell'erario, soccorrerebbe a tal fine il secondo comma dell'articolo 6 del tuir che sancisce l'insostituibilità dei redditi.

Anche qui però occorre sottolineare le difficoltà operative nel far digerire una simile disposizione antielusiva; ciò perché in alcuni casi il più o meno complesso meccanismo di cessione e riacquisto delle partecipazioni a cavallo dello stacco di dividendi non solo è difficilmente inquadrabile ma, addirittura è tipico dell'operazione. Si pensi a tal proposito all'operazione di riporto attuata sui titoli azionari nella quale il riportato cede una certa quantità di partecipazioni ad un determinato prezzo e contestualmente si impegna a ricomprarle al termine della durata del contratto ad un prezzo pattuito. Il riportatore, a sua volta paga un prezzo iniziale per la detenzione delle azioni e poi riceve un corrispettivo a scadenza per la loro restituzione. Per

quest'ultimo la differenza tra quanto riscosso e quanto pagato è provento tassabile. L'articolo 1550 c.c. dispone che se nel periodo di durata del contratto le partecipazioni oggetto di riporto distribuiscono dividendi questi sono attribuiti al riportato che in effetti si considera come possessore dei titoli al di là dell'aspetto formale dell'operazione. Tuttavia tale norma può essere derogata e il contratto può prevedere l'incasso dei dividendi ad opera del riportatore; in tal modo, evidentemente il prezzo a pronti ed a termine dell'operazione non può non tener conto di tale circostanza; cioè a dire che il prezzo che il riportato corrisponderà al riportatore al momento della restituzione dei titoli sarà ridotto del valore dei dividendi che lo stesso riportatore ha incassato. Fiscalmente ciò potrebbe avvicinarsi molto all'operazione inizialmente descritta in ambito consolidato; ciò perché il riportatore si vedrebbe tassati i dividendi per il loro 5% mentre sull'operazione realizzerebbe una minusvalenza deducibile.

In tali circostanza l'operazione difficilmente potrebbe essere censurata dal momento che per sua stessa natura e non per volontà elusiva del contribuente, è costituita da una doppia vendita.

## **2.2 Trasparenza**

Con l'articolo 115 del nuovo tuir, il regime di trasparenza, già in vigore per le sole società di persone, viene esteso alle società di capitali i cui soci siano a loro volta società di capitali, in possesso dei particolari requisiti che verranno in seguito esaminati. In caso di esercizio dell'opzione, la società partecipata non deve assolvere l'IRES sul reddito prodotto perché questo viene imputato per trasparenza ai singoli soci partecipanti, per la loro quota percentuale di partecipazione.

A differenza del consolidato fiscale, il meccanismo impositivo della trasparenza prevede il consolidamento dei risultati della società partecipata in capo a tutti i soci e in misura corrispondente alla quota di partecipazione di ciascuno di essi. Nel regime di tassazione di gruppo, invece, è solo il soggetto controllante a determinare il reddito complessivo globale, calcolato come somma algebrica dei redditi complessivi netti delle società controllate. Inoltre, tali redditi rilevano integralmente per la società consolidante, cioè indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta.

Il reddito imputato per trasparenza, tassato in capo alla partecipante, è comunque determinato dalla società partecipata trasparente: pertanto quest'ultima, se pur priva di soggettività passiva di imposta in termini sostanziali, sarà comunque tenuta alla presentazione della dichiarazione dei redditi, analogamente a quanto accade per le società di persone.

Nel valutare l'opportunità di avvalersi o meno del regime fiscale della trasparenza occorre tener presente che se, da un lato, il regime alternativo può comportare la tassazione del socio prima che gli utili siano effettivamente percepiti, dall'altro consente di ovviare alla parziale doppia imposizione che si realizza in capo al socio al momento della distribuzione dei dividendi. Il regime ordinario al quale sono attualmente assoggettate le società di capitali

prevede, infatti, la tassazione del reddito prodotto in capo alla società e un'ulteriore tassazione, sia pur ridotta, sul dividendo percepito dal socio.

La tassazione per trasparenza, realizzando il consolidamento, pro-quota, dei risultati prodotti dalla partecipata con i risultati dei singoli soci, permette di ottenere vantaggi analoghi a quelli derivanti dal consolidamento fiscale vero e proprio, senza la necessità di possedere le percentuali di partecipazione richieste dalla legge per accedere a quest'ultimo regime.

In particolare, grazie all'opzione di cui all'art. 115, si può ovviare all'irrelevanza delle perdite derivanti dalla svalutazione delle partecipazioni, che caratterizza il sistema impositivo dell'IRES. Naturalmente, la partecipante che opti per il regime di trasparenza non solo può compensare i propri redditi con le perdite prodotte dalla società trasparente, ma anche operare la compensazione opposta.

Infine, non va trascurato il beneficio che il nuovo regime presenta ai fini del calcolo del pro-rata patrimoniale, previsto dall'articolo 97, comma 2, lettera b), del nuovo TUIR. Tale disposizione, infatti, nel fissare una regola forfetaria volta a determinare l'ammontare degli oneri finanziari non deducibili nel caso di partecipazioni che si qualificano per l'esenzione di cui all'articolo 87 (qualora il loro valore di iscrizione in bilancio ecceda quello del patrimonio netto contabile), esclude che tale meccanismo operi con riferimento sia alle partecipazioni in società il cui reddito concorre insieme a quello della partecipante alla formazione dell'imponibile di gruppo, sia alle partecipazioni "in società il cui reddito è imputato ai soci anche per effetto dell'opzione di cui all'art. 115".

Tuttavia, si segnala che, per evitare comportamenti elusivi, il legislatore fa salva l'ipotesi della cessione di tali partecipazioni entro il terzo anno successivo all'acquisto, disponendo, in tal caso, la rettifica in aumento del

reddito imponibile per l'importo corrispondente a quello degli interessi passivi dedotti nei precedenti esercizi in virtù della disposizione di favore.

Benché, in linea di massima, operazioni che comportino una modifica dei requisiti non possono qualificarsi automaticamente come elusive, resta ferma, tuttavia, la possibilità di sindacare la elusività o meno di specifici comportamenti sulla base di un giudizio che non può prescindere dall'esame del singolo caso concreto e della valutazione dell'operazione posta in essere nel suo complesso.

### **2.3 Pex**

Il nuovo regime di esenzione totale dalla tassazione in ipotesi di realizzo di plusvalenze si pone in chiave alternativa rispetto a quello ordinario di imposizione di tali proventi, descritto nell'articolo 86 del nuovo tuir. Così, la presenza o meno dei requisiti per fruire dell'esenzione, determina il regime impositivo della relativa plusvalenza e, analogamente le modalità di trattamento dell'eventuale minusvalenza realizzata. Proprio tale alternatività potrebbe essere alla base di comportamenti più o meno disinvolti, mirati a far confluire le partecipazioni detenute nell'alveo di una o dell'altra categoria; ciò ovviamente ponendo grande attenzione a non far scattare l'applicabilità dell'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973. Ecco allora che potrebbero affacciarsi alcune opportunità da non sottovalutare stando bene attenti, tuttavia, al compimento di operazioni eccessivamente sciatte le quali potrebbero dar corso alla applicabilità della predetta norma antielusiva. Si potrebbe, tanto per stare sul concreto, pianificare la propria posizione fiscale scegliendo se restare nel corpo dell'art. 87 ovvero rifarsi al regime di cui agli artt. 86 e 101 inerente alla deducibilità delle minusvalenze relative, come si diceva, ai beni di impresa diversi da quelli indicati nel comma 1 dell'art. 85

(ricavi) e 87 (esenzione). Ciò potrebbe insomma comportare una chicane speculativa legata alla possibilità di dedurre le minusvalenze se le correlate a partecipazioni non rientranti tra quelle esenti ovvero compensare la plusvalenza realizzate, non esente, con le eventuali perdite e, nel contempo, avvantaggiarsi della esenzione totale della tassabilità delle plusvalenze. Ecco dunque che l'analisi dei requisiti imposti per il regime di esenzione diviene particolarmente importante anche in tale prospettiva di pianificazione fiscale.

I requisiti necessari per essere ammessi all'esenzione sono quattro e debbono verificarsi tutti insieme. Due di questi, quelli di cui alle lettere a) e b) attengono alla volontà della cedente partecipante; quelli di cui alle lettere c) e d) attengono invece in prima battuta alla partecipata.

- Il primo di tali requisiti è l'ininterrotto possesso della partecipazione da parte della partecipata a partire dal primo giorno del dodicesimo mese anteriore a quello dell'avvenuta cessione. Si intendono cedute le partecipazioni acquisite in data più recente, secondo il criterio LIFO se afferenti alla medesima partecipazione acquisita più volte nel tempo. Così, a d esempio, l'acquisto del 30 per cento il 20 marzo 2004 e del 20 per cento il 30 settembre dello stesso anno della medesima partecipazione comporterà che la cessione del 15 per cento dopo dodici mesi dall'ultimo acquisto non consentirà l'applicazione del regime di esenzione.

- Il secondo requisito richiesto attiene alla classificazione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie. E' chiaro che tale condizione deve essere approfondita alla luce dei criteri civilistici che consentono o impongono l'iscrizione delle attività tra le immobilizzazioni finanziarie.

Occorre, in tale contesto, riferirsi all'articolo 2424-bis commi primo e secondo c.c., nonché il verbale con cui gli amministratori motivano tale

iscrizione. In particolare, secondo il primo comma dell'art. 2424-bis gli elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente devono essere iscritti tra le immobilizzazioni. Si tratta di una precisazione importante che vale a dare un senso ed ingabbiare poi alla presunzione di cui al secondo comma per la quale si presumono immobilizzazioni le partecipazioni in altre imprese in misura non inferiore al 20 per cento. Ciò in quanto è sempre comunque necessario ipotizzare una utilizzazione durevole anche se si riferiscono a partecipazioni di controllo o di collegamento che permettono una influenza notevole. Una volta effettuata tale iscrizione nelle immobilizzazioni finanziarie occorre poi che ciò si verifichi sin dal primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso. Conta dunque la primogenitura: se si iscrivono tra le immobilizzazioni finanziarie e poi le si passano tra il circolante non viene meno l'esenzione. Se, invece, vengono iscritte nel circolante e poi le si passa tra le immobilizzazioni si ricadrà comunque nel regime ordinario di imposizione.

- La lettera c) del comma 1 dell'articolo 87 si riferisce alla necessità che la partecipata non sia fiscalmente residente in paesi a bassa fiscalità come indicati dal decreto sulla black list ovvero, se ivi residenti, si riesca a dimostrare con l'interpello (obbligatorio), che dalla partecipazione non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in stati o territori in cui sono sottoposti a regimi privilegiati. La cautela impone la dimostrazione, per ottenere l'esenzione, che non ci si stia tale finalità di localizzazione di cui parla la lettera b) del comma 5 dell'attuale articolo 167 mentre, tuttavia, la legge delega richiamava tout-court l'intero comma 5 e, quindi, anche la possibilità di dimostrare, per sfuggire alla c.f.c. che la partecipata svolgesse una effettiva attività commerciale nel paese a bassa fiscalità. Ciò avrebbe comportato

l'automatico avveramento della condizione di cui alla lettera c) sull'esercizio di una attività commerciale con le preclusioni ivi contenute.

- L'ultimo dei requisiti richiesti lo si ritrova nella lettera c) del comma 1 dell'art. 87. Esso si riferisce alla necessità affinché la partecipata eserciti una attività commerciale ai sensi dell'art. 55. Potrebbe sorgere il problema legato alla partecipazione in una società immobiliare di pura gestione che non esercita, a rigore, una attività commerciale tra quelle indicate nell'art. 2195 c.c. e per quelle poi assoggettate a fallimento. In questo ultimo caso, venendo a mancare il predetto requisito, si andrebbe nel regime ordinario potendo imputare l'eventuale minusvalenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 86 e 101. Riguardo invece alle partecipazioni in società di pura gestione immobiliare si potrebbe palesare il mancato coordinamento con la ricomprensione nel reddito di impresa a mente dell'art. 81 di tutto quello che è riconducibile alle società ires "da qualsiasi fonte provenga". Mentre poi la lettera c) fa riferimento alla mera attività commerciale esercitata, la legge delega, al punto 2) della lettera c) dell'art. 4 specifica debba trattarsi di una effettiva attività commerciale. Ciò tuttavia non vale ad inficiare la norma di specie.

Di seguito si specifica il tenore normativo della Participation exemption nel caso di azioni in società residenti in paradisi fiscali.

Tra i vari requisiti richiesti per l'accesso al regime di participation exemption, la lettera c) del comma 1 dell'articolo 87 del tuir prevede la necessità che la società partecipata abbia la propria residenza fiscale in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato, salva la dimostrazione, a seguito di interpello, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati. Il requisito della

residenza in un Paese non a fiscalità privilegiata deve sussistere, ininterrottamente, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso. E' chiaro che quest'ultima previsione ha natura spiccatamente antielusiva, volendo evitare che attraverso trasferimenti della residenza fiscale in prossimità della cessione delle partecipazioni, sia possibile conseguire plusvalenze esenti su cessioni di partecipazioni altrimenti prive dei requisiti previsti.

A tal proposito, proprio la funzione antielusiva della norma porta a ritenere che il possesso ininterrotto del requisito della residenza, nel caso in cui la società partecipata sia costituita da meno di tre anni, debba riferirsi al minor periodo intercorso tra l'atto costitutivo e la cessione della partecipazione. Tale interpretazione estensiva risulta diversa da quella relativa al requisito legato al possesso ininterrotto dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione che, appunto, prescinde dalla data di costituzione.

Occorre sottolineare che il requisito della residenza è prettamente inerente alla società partecipata, a nulla rilevando il possesso della partecipazione da parte della società che intende fruire dell'esenzione in caso di cessione; ciò significa che è irrilevante il fatto che la partecipazione sia stata posseduta, nel periodo triennale di riferimento, dallo stesso soggetto che consegue la plusvalenza ovvero dal suo dante causa, così come ininfluyente è la modalità di acquisizione della partecipazione.

Per concludere la trattazione, occorre identificare anche le modalità di applicazione del diritto d'interpello per la fattispecie de qua. Come anticipato il regime della participation exemption è applicabile nonostante la partecipata risieda in un paese a fiscalità privilegiata, qualora la partecipante ottenga dall'Agenzia delle entrate il parere favorevole a seguito della presentazione di una apposita istanza di interpello.

L'interpello in questione è volto a verificare che, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta precedente quello della cessione, dalle partecipazioni non sia conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati. In particolare il contribuente deve dimostrare che i redditi conseguiti dalla società partecipata sono stati prodotti in misura non inferiore al 75 per cento in Stati o territori diversi da quelli indicati nella black list, ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria. L'istanza di interpello può essere presentata da chiunque detenga una partecipazione potenzialmente qualificabile per l'esenzione, indipendentemente dalla esistenza di un rapporto di controllo o collegamento e, quindi, prescindendo dalla sussistenza dei presupposti per attivare l'interpello volto alla disapplicazione del regime cfc previsto dagli articoli 167 e 168 del nuovo tuir.

Analoga possibilità è, peraltro, prevista anche nell'ambito della disciplina dei dividendi, laddove, ai sensi dell'articolo 89, comma 3, del tuir, al fine di poter escludere dal reddito imponibile il 95 per cento degli utili societari distribuiti da soggetti residenti in Paesi a fiscalità privilegiata, è possibile dimostrare, sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione, la localizzazione del reddito della partecipata in un Paese diverso da quelli a fiscalità privilegiata.

Ebbene la dimostrazione utile ai fini della participation exemption è fornita anche dall'esito positivo del richiamato interpello presentato ai sensi del richiamato articolo 89, comma 3, del nuovo tuir, i cui effetti si riflettono anche sui successivi periodi d'imposta, per i quali continuano a sussistere le stesse condizioni che hanno informato la decisione dell'Amministrazione finanziaria. In sostanza, la dimostrazione concernente la delocalizzazione del reddito, resa ai fini della detassazione dei dividendi, qualifica

automaticamente per l'esenzione la partecipazione detenuta in una società residente nel Paese black list, senza necessità di dover ripresentare l'istanza di interpello; ciò a condizione che al momento della cessione sia decorso il periodo minimo triennale e i presupposti dell'interpello positivo siano rimasti invariati nel periodo successivo alla trattazione del medesimo e fino al momento del realizzo della partecipazione.

In definitiva, dunque, a prescindere dalla presenza degli altri requisiti di cui al comma 1 dell'articolo 87, una partecipazione si qualifica per il regime di esenzione nel caso in cui la società partecipata non risieda in uno dei paesi a regime fiscale privilegiato; tale requisito deve sussistere in capo alla società partecipata, almeno a partire dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo della plusvalenza, ed è richiesto anche nel caso in cui in tale arco temporale sia stata posseduta da soggetti diversi da quello che effettua la cessione; alternativamente, in sede di interpello, si può dimostrare che dal possesso della partecipazione potenzialmente qualificabile per l'esenzione non si è conseguito l'effetto di localizzare i redditi in un Paese a regime fiscale privilegiato. L'onere della dimostrazione deve essere assolto per tutto il periodo di possesso della partecipazione, comunque non inferiore a tre anni quando la società partecipata risiede in uno dei paesi a regime fiscale privilegiato, ovvero ha avuto la residenza in un paese a fiscalità privilegiata nel triennio precedente al realizzo della partecipazione.

#### **2.4 Conferimenti**

L'articolo 175 del nuovo Tuir mantiene infatti il regime di determinazione dell'imponibile relativamente a conferimenti di aziende e di partecipazioni di controllo o di collegamento, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, confermando il principio di rilevanza dei valori presenti nelle scritture contabili.

La disposizione, peraltro, risulta in linea con la previsione di irrilevanza delle plusvalenze da cessione di partecipazioni iscritte tra le immobilizzazioni e dotate dei requisiti per godere dell'esenzione. Il valore di realizzo nel conferimento coincide, di norma, con quello che si ricava dalle scritture contabili; nel caso di conferimento di partecipazioni prive dei requisiti per l'esenzione il valore di realizzo è determinato sulla base del valore normale se le partecipazioni ricevute sono anch'esse prive dei predetti requisiti.

Resta in vigore ed anzi viene ampliato il regime di doppia sospensione per i conferimenti di aziende, o rami di esse; la disciplina in questione sarà infatti applicabile anche nel caso in cui il solo conferitario rientri tra i soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b) del Tuir, indipendentemente, quindi, dalla natura del soggetto conferente. Inoltre, è stato eliminato il vincolo del possesso triennale dell'azienda al fine di coordinare la disciplina interna con quella infracomunitaria.

Altra importante novità è l'esclusione dei conferimenti in doppia sospensione nelle quali il conferente alieni la partecipazione ricevuta in cambio dell'azienda conferita dalle operazioni per le quali è applicabile l'articolo 37-bis del d.p.r. n. 600/73. Così, le plusvalenze sul trasferimento d'azienda vengono trasformate in plusvalenze da cessione di partecipazione con relativa monetizzazione in esenzione fiscale dei plusvalori sospesi sull'azienda conferita. In sostanza, conformemente al nuovo criterio della participation

exemption, la cessione delle partecipazioni non è imponibile per il cedente, ma non attribuisce costi recuperabili al cessionario. Peraltro il regime di esenzione permane solo nel caso in cui la plusvalenza resta all'interno della società. In pratica al contribuente è lasciata la scelta di operare la cessione o il conferimento o in regime di esenzione senza variazione dei valori fiscalmente riconosciuti o operare in regime di imponibilità, vendendo l'azienda e facendo concorrere la plusvalenza alla formazione del reddito imponibile, dando al proprio acquirente valori fiscalmente riconosciuti. Il tutto al fine di evitare salti d'imposta che si genererebbero per effetto della discontinuità nei valori fiscalmente riconosciuti.

Per quanto concerne la fattispecie dei conferimenti e la disciplina antielusiva, il comma 3 dell'art. 176 precisa che la norma antielusiva di cui all'articolo 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 non si applica alla operazione avente ad oggetto il conferimento a valori neutrali dell'azienda e la successiva cessione della partecipazione ottenuta in concambio al fine di potersi avvantaggiare dell'esenzione totale di cui all'art. 87 o parziale di cui agli artt. 58 e 67, comma 1, lettera c). La precisazione è d'obbligo ed opportuna al fine di eliminare incertezza e togliere attività di sindacato all'amministrazione finanziaria.

L'opportunità è particolarmente vantaggiosa se si riflette sul fatto che la cessione diretta dell'azienda sconterebbe l'imposizione ordinaria; il conferimento e la successiva cessione delle partecipazioni, invece, potrebbe godere, nel rispetto delle condizioni previste, dell'esenzione. In pratica si tratta di trasformare le plusvalenze sul trasferimento d'azienda in plusvalenze da cessione di partecipazione con relativa monetizzazione in esenzione fiscale dei plusvalori sospesi sull'azienda conferita. Il regime, in verità non è elusivo e viene espressamente ammesso dall'ordinamento perché non determina salti

di imposta ed è coerente con l'intera disciplina della tassazione societaria. Ciò perché è vero che la cessione delle partecipazioni non è imponibile per il cedente, ma allo stesso tempo non attribuisce costi recuperabili al cessionario. In pratica il regime di esenzione permane solo nel caso in cui la plusvalenza resta all'interno della società. Il contribuente può insomma scegliere se conferire in regime di esenzione l'azienda senza variazione dei valori fiscalmente riconosciuti o operare in regime di imponibilità, vendendo l'azienda e facendo concorrere la plusvalenza alla formazione del reddito imponibile, dando al proprio acquirente valori fiscalmente riconosciuti.

### **3 Rilevanza penale dell'elusione**

Il tema della rilevanza penale dell'elusione è sicuramente uno degli argomenti più controversi, sui quali, in assenza di giurisprudenza rilevante, la dottrina si è spesso dibattuta su posizioni anche diametralmente opposte. Nell'ambito dell'analisi che si intende approfondire in ordine alle interrelazioni esistenti tra la riforma del sistema fiscale e il fenomeno dell'elusione un posto di particolare importanza è sicuramente rivestito proprio da tale dibattito rilevanza penale del comportamento elusivo; ciò perché, nell'ambito della legge n. 80/2003 anche la disciplina penale tributaria, sebbene di recente emanazione, è destinata a subire nuove modifiche, giacché l'articolo 2, comma 1, lettera m) prevede espressamente fra i criteri ai quali dovrà ispirarsi la richiamata opera di codificazione il principio secondo cui la repressione penale deve essere limitata ai casi di "frode e di effettivo e rilevante danno per l'Erario", affidandosi alle sole sanzioni amministrative per la repressione delle più violazioni di minore impatto. L'attuazione della delega porterà dunque, da un lato ad una riduzione ulteriore dei reati tributari rispetto a quella già attuata

con il d.lgs. n. 74 del 2000 e dall'altro un rafforzamento del ruolo degli istituti deflativi del contenzioso in chiave penalistica.

In base a tali prospettive, pertanto, è opportuno riflettere anche sulle possibili conseguenze che la riforma potrà avere in relazione a un tema che il Dlgs n. 74/2000 ha recentemente riportato all'attenzione degli studiosi dei reati tributari: la possibile rilevanza penale del fenomeno dell'elusione fiscale.

Proponiamo di seguito un breve excursus storico della fattispecie.

Come anticipato la questione relativa alla presunta rilevanza penale dell'elusione ha origini antiche; la tematica della potenziale sanzionabilità penale delle condotte elusive era infatti ampiamente dibattuta nel vigore della ormai abrogata legge n. 516/1982, laddove non si escludeva, a priori, che, a determinate condizioni, l'elusione potesse integrare gli estremi di uno o più delitti tributari.

Ciò non di meno, la stessa struttura della disciplina penale tributaria dell'epoca si presentava spesso come baluardo difficilmente sormontabile da parte dei fautori della tesi più colpevolista; infatti, la nozione di “fatti materiali” caratterizzante la fattispecie delittuosa di cui all'articolo 4, comma 1, lettera f) della legge n. 516/1982 rappresentava un ostacolo difficilmente aggirabile in sede di applicazione della specifica norma incriminatrice. In sostanza, dal momento che l'articolo 4 della legge n. 516/1982 sanzionava comportamenti connotati da falsità materiale o ideologica, tutti i casi di esatta riproduzione documentale dei fatti economici, tipici del fenomeno elusivo, mai potevano essere attratti dall'ambito oggettivo della norma penale, anche se il disegno complessivo avesse determinato quell'indebito risparmio d'imposta disapprovato dal sistema. In definitiva dunque, la parte più garantista della dottrina fondava le sue più che valide argomentazioni sul fatto che in tutte le ipotesi criminose in materia d'imposte dirette e Iva, i fatti

incriminati si focalizzavano sulle falsità documentali e non sulla articolazione giuridica dei negozi conclusi fra le parti.

Con l'avvento della riforma del sistema penale tributario, ad opera del d.lgs. n. 74 del 2000, però, la situazione è in qualche modo cambiata, ridestando le perplessità di quanti non si erano del tutto convinti dell'assenza di pericolosità, anche a livello penale, del comportamento elusivo.

Per quanto concerne il rapporto fra fattispecie elusiva e l'attuale disciplina penale tributaria, occorre sottolineare innanzitutto, che il nuovo regime, per la prima volta, prende direttamente in considerazione il comportamento elusivo, laddove, all'articolo 16, in attuazione del criterio direttivo di cui alla lettera f) della norma di delega, stabilisce che non dà luogo a fatto penalmente punibile la condotta di chi, avvalendosi della speciale procedura disciplinata dall'articolo 21, commi 9 e 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, si sia uniformato ai pareri espressi dal Ministero delle finanze o dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, ovvero abbia compiuto le operazioni esposte nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio-assenso. Si legge, in particolare, nella relazione di accompagnamento al provvedimento, che "La previsione della non punibilità di chi si sia adeguato al parere dell'organo consultivo — manifestato anche nella forma del silenzio-assenso — si connette ai principi affermati dalla Corte costituzionale con la nota sentenza 24 marzo 1988, n. 364 e risponde alla medesima logica di fondo delle speciali disposizioni in tema di non punibilità delle valutazioni di cui all'articolo 7, in precedenza illustrate: si tratta, cioè, di un criterio legale di esclusione del dolo di evasione richiesto per la configurabilità delle diverse ipotesi criminose".

Tuttavia, proprio il fatto di aver espressamente escluso la rilevanza penale dei comportamenti supinamente adagiati sulle indicazioni del comitato dà la stura

a tutta una serie di possibili interpretazioni in via negationis che possono in qualche modo ridare valenza agli orientamenti più allarmistici. Da un'interpretazione in negativo dell'articolo 16 è infatti agevole argomentare la potenziale rilevanza penale dell'elusione. Poiché l'articolo 16 stabilisce la non punibilità del contribuente che si conformi ai pareri del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, ciò significa, in ultima analisi, che anche un comportamento di tal genere può finire per rilevare penalmente. A dire il vero, proprio la relazione di accompagnamento aveva cercato di tranquillizzare gli animi sul punto, precisando che "Nelle ipotesi di mancata sottoposizione del caso al parere del Comitato (anche perché esorbitante dai limiti delle sue attribuzioni), resta comunque pienamente salva la possibilità che la condotta del contribuente, intesa allo sfruttamento delle opzioni consentite dalla legge civile al fine di realizzare risparmi di imposta, vada ricondotta al paradigma di quella che è tradizionalmente qualificata come semplice «elusione di imposta», quale categoria concettualmente contrapposta all'evasione, rimanendo dunque priva d'ogni riflesso penale. In altre parole, la disposizione di cui all'articolo 16 è unicamente di favore per il contribuente, e non può in alcun modo esser letta, per così dire, «a rovescio», ossia come diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie lato sensu elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo".

Una delle argomentazioni più valide a sostegno della tesi dell'irrilevanza penale dell'elusione è quella che punta l'attenzione sulla peculiare configurazione del dolo specifico presupposto dalle fattispecie incriminatrici. Se è vero, come è vero che la nuova impostazione penale tributaria si fonda sull'importanza del dolo specifico da cui deve essere animato il soggetto attivo dei nuovi reati tributari, la rilevanza penale dei fenomeni elusivi non può che essere esclusa. In tale prospettiva una tesi quale quella a favore della

rilevanza penale dei fenomeni elusivi finirebbe per attribuire valenza totalizzante alla finalità evasiva, giungendo ad identificarla non nell'intento di sottrarsi agli obblighi derivanti da un'obbligazione tributaria già insorta, ma in una più generica volontà di diminuire l'onere tributario astrattamente ipotizzabile in relazione alla fattispecie concreta.

Ben più pregnanti appaiono le considerazioni che avvalorano la tesi opposta. E' infatti la struttura stessa del provvedimento a prestare il fianco a solide argomentazioni a favore della criminalizzazione dell'elusione fiscale.

Il nuovo regime penale tributario, a differenza di quello previgente, non si limita a considerare i soli comportamenti materiali o le falsità ideologiche, ma rinvia la punibilità all'atto della presentazione della dichiarazione, momento conclusivo nel quale si manifesta l'evento della falsità. Così, sia il delitto di dichiarazione infedele di cui all'articolo 4 che quello di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'articolo 3, sanzionano l'indicazione in dichiarazione annuale di "elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi". Se dunque il fenomeno criminale si concretizza nell'infedeltà dichiarativa tout court, ecco che il comportamento elusivo non può essere del tutto trascurato, visto che lo stesso si materializza in una divergenza quantitativa fra l'imponibile dichiarato e quello reale.

Per altro diverse argomentazioni viaggiano nella direzione di escludere una interpretazione limitata all'aspetto fattuale - economico delle nozioni di "non effettività" e di "fittizietà". Innanzitutto se si concorda che il bene tutelato dalla nuova disciplina è la corretta percezione del tributo, l'ambito di applicazione delle nuove norme incriminatrici deve necessariamente coinvolgere tutte quelle condotte che si rendono idonee a determinare una compressione della base imponibile, senza per questo incarnarsi in una falsa

rappresentazione della realtà economica del contribuente. In tale ottica potrebbe essere letto l'articolo 7 del d.lgs. n. 74 del 2000 che cita esplicitamente fra le cause di esclusione della punibilità quella secondo cui, a determinate condizioni, la non veridicità della dichiarazione sia il frutto della "violazione del criterio di determinazione dell'esercizio di competenza". E' chiaro che in una interpretazione volta ad escludere dall'alveo applicativo delle fattispecie incriminatrici le condotte che si configurino con l'indicazione di componenti negativi esistenti di fatto ma fiscalmente ineducibili, questa disposizione sarebbe stata superflua. Infatti, nell'ipotesi in questione il componente negativo non è di certo inesistente sotto il profilo oggettivo; tuttavia, come il mancato rispetto del principio di competenza ne cagiona la ineducibilità in sede di determinazione del reddito imponibile. Del resto, considerazioni dal tenore sostanzialmente analogo sono desumibili dall'esimente che la medesima disposizione accorda agli autori delle valutazioni estimative ove queste, sebbene non corrette, divergano per meno del 10 per cento rispetto ai valori equi. Una considerazione esclusivamente economica della non effettività e della fittizietà richiamata dalla disciplina penale negherebbe ogni potenziale rilievo alla maggior parte delle componenti negative la cui rilevazione è frutto di un procedimento valutativo e che, per ciò stesso, non potrebbero mai essere considerate fittizie.

In realtà, dunque, le ipotesi delittuose di cui al d.lgs. n. 74 del 2000 non sono focalizzate soltanto sull'occultamento di dati reali, ma anche sul semplice scostamento quantitativo fra la base imponibile astrattamente corretta e quella indicata in dichiarazione. Ecco dunque che anche il comportamento elusivo diviene rilevante: l'elusione, infatti, al pari dell'evasione, dà luogo ad una divergenza quantitativa fra la materia imponibile dichiarata e quella reale.

Se dunque non è, a priori, da escludere una rilevanza penale dell'elusione, il passo successivo dell'indagine non può che essere quello volto ad inquadrare il fenomeno considerato in una delle ipotesi delittuose introdotte dal d.lgs. n. 74 del 2000.<sup>1</sup> La scelta, in verità, non può che interessare due previsioni specifiche: la fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici ex articolo 3 ovvero quella di dichiarazione infedele di cui al successivo articolo 4. In Tale scenario il fenomeno elusivo si presta, almeno all'apparenza, ad essere inquadrato in una condotta fraudolenta, mediante la quale si cerca appunto di modellare l'imponibile fiscale aggirando la normativa tributaria e ottenendo un risparmio di imposta disapprovato dal sistema. Tuttavia, se si pone mente all'elemento materiale di tale norma incriminatrice si può osservare che la conclusione troppo facilmente raggiunta non può essere condivisa. Il delitto di dichiarazione fraudolenta si configura come un qualcosa di ulteriore rispetto alla semplice falsità della dichiarazione annuale, punita a norma dell'articolo 4 del d.lgs. n. 74 del 2000. Perché il comportamento possa essere inquadrato nell'alveo dell'articolo 3, infatti è necessario che esso sia compiuto sulla base di una falsa rappresentazione

<sup>1</sup> Si veda LUNELLI R., op. cit. pag. 15377: "Premesso che la materia penale è dominata dal principio di legalità (art. 25 comma 2 della Costituzione), per effetto del quale le disposizioni incriminatrici devono essere previste da un atto avente forza di legge e gli elementi delle fattispecie devono risultare chiaramente determinati, si riscontrano – in dottrina – due orientamenti contrapposti: - il primo (garantista) afferma la irrilevanza penale della condotta elusiva: non solo, perché – come già rilevato – l'evasione integra un comportamento *contra legem* (patologico), mentre l'elusione è *extra legem* (e, in astratto, fisiologica); ma anche perché – e penalmente l'osservazione è decisiva – mancano specifiche disposizioni (di legge) che la perseguano. Conclusione: alla luce dei summenzionati principi di legalità e tassatività l'elusione (a differenza dell'evasione) non può configurarsi come ipotesi di reato; - il secondo (rigorista) considera, invece, la condotta elusiva come una forma di evasione qualificata, come tale penalmente rilevante; respingendo, pertanto, la indicata dicotomia fra evasione ed elusione, che, a parere dello scrivente, sussiste ed è assai rilevante. Ma anche al di là di tale osservazione (dirimente), nel caso di elusione non si verifica alcuna delle fattispecie incriminatrici di cui al D.Lgs. 74/2000".

degli elementi attivi e passivi nelle scritture contabili obbligatorie e attraverso mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento della falsità. La dichiarazione che risulta difforme dalla realtà dei fatti deve, insomma, essere conseguenza di una falsità a livello contabile la quale viene commessa avvalendosi di mezzi fraudolenti. Perché si possa ritenere integrato il delitto, pertanto, è necessario che l'elusore, con la propria condotta, ponga in essere mezzi fraudolenti che diano luogo a una rappresentazione contabile non veridica e siano tali da impedire una corretta ricostruzione della realtà. È proprio in relazione a questi elementi, tuttavia, che la fattispecie ex articolo 3 non può considerarsi pienamente soddisfatta dal comportamento oggettivo dell'elusore. Ed infatti, nella fattispecie elusiva l'aggiramento obliquo del precetto normativo che ne costituisce l'essenza non è mai idoneo ad ostacolare l'accertamento dei fatti materiali come esplicitamente richiesto dall'articolo 3. Nelle fattispecie elusive l'autorità non è in alcun modo ostacolata nella propria azione istruttoria. La ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti, infatti, è del tutto agevole; una mera acquisizione documentale permette d'individuare quali siano gli intenti dei contribuenti interessati, i loro comportamenti, gli effetti economici voluti e quelli effettivamente realizzati. In altri termini, il fenomeno elusivo non pone capo a una controversia sull'accertamento del fatto ma esclusivamente sull'interpretazione giuridica dello stesso.

Altra argomentazione che osta all'attrazione dell'elusore nell'ipotesi delittuosa di cui all'articolo 3 del d.lgs. n. 74/2000 è la mancanza nel comportamento elusivo, di quella falsità contabile realizzata mediante l'implementazione di mezzi fraudolenti, richiesta dalla norma. Nell'elusione, infatti, seppure per finalità chiaramente strumentali al disegno di violazione obliqua del dettato normativo, si intende concludere esattamente quei negozi

che risultano documentati, dal momento che lo scopo finale è proprio quello di realizzare gli effetti giuridici connessi a tali negozi.

In conclusione dunque, in generale, il d.lgs. n. 74/2000 pone un problema di possibile criminalizzazione delle condotte elusive e nello specifico la fattispecie incriminatrice cui sono astrattamente riconducibili i fenomeni elusivi non può che essere l'ipotesi delittuosa di dichiarazione infedele<sup>2</sup>.

Una volta delineato il processo evolutivo della normativa de qua, si può analizzare la fattispecie sotto la luce della prospettiva della riforma. In tale visione dunque, si incardina il criterio direttivo contenuto nell'articolo 2, comma 1, lettera m) della legge n. 80/2003. Per comprendere a fondo quali possano essere le implicazioni di tale precetto ai fini che qui interessano occorre valutare, innanzitutto se nella prospettiva della riforma il requisito della connotazione fraudolenta della condotta debba necessariamente ricorrere ai fini della punibilità dell'agente ovvero possa essere ritenuta sufficiente la semplice presenza, nel comportamento di un "effettivo e rilevante danno per l'Erario". Solo nel caso in cui si propenda per tale seconda soluzione avrà senso chiedersi quali possano essere le conseguenze di tale circostanza con riguardo al tema della criminalizzazione dei fenomeni elusivi in forza del d.lgs. n. 74 del 2000.

In verità, viste le finalità della riforma fiscale, nella futura struttura punitiva, la connotazione fraudolenta della condotta dovrà costituire un elemento

---

<sup>2</sup> Sull'argomento si veda NUZZOLO A. – LA COMMARA U., op. cit. pag. 801 e ss.: "D'altro canto che il legislatore abbia voluto far rientrare anche la norma antielusiva nell'ambito di applicazione della nuova disciplina penal-tributaria, lo si può ricavare indirettamente dalla disposizione, ivi contenuta, che dichiara la non punibilità del soggetto che si è conformato al parere in sede di interpello. È evidente, però, che trattandosi di figure delittuose, qualunque profilo di colpevolezza dovrà essere ricondotto al dolo specifico di evadere le imposte, cui consegue la necessità di verificare il grado di consapevolezza e volontà dell'attore, rispetto a disposizioni che, in non pochi casi appaiono nebulose e di difficile interpretazione".

imprescindibile per la configurazione di qualsiasi illecito penale tributario. La norma delegante, infatti, nel correlare esplicitamente la nozione di "frode" e il concetto "di rilevante ed effettivo danno per l'Erario" utilizza la congiunzione "e", prescindendo del tutto dall'impiego di clausole disgiuntive. Ciò avrà conseguenze immediate sulla principale fattispecie incriminatrice attualmente prevista che non sia legata per un evidente carattere frodatario, ossia l'ipotesi di dichiarazione infedele. Tale reato, infatti, risulta contraddistinto da una soglia di punibilità commisurata all'imposta evasa ma - da un punto di vista strutturale - può essere integrato anche per la semplice circostanza che il contribuente produca una dichiarazione sottomanifestante. Ecco dunque che, se si accoglie l'interpretazione che vede penalmente sanzionabile solo ciò che presenta caratteri di fraudolenza, è chiaro come in futuro non vi dovrebbe essere alcuno spazio per una fattispecie delittuosa quale quella delineata dal richiamato articolo 4. Ma se, come detto, il rischio di criminalizzazione dell'elusione fiscale è correlato essenzialmente all'attuale formulazione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 74/2000, è evidente che, nel futuro sistema, il tema della rilevanza penale delle condotte elusive è destinato a risolversi in senso negativo; non fosse altro per l'assenza di una norma incriminatrice cui potere ascrivere la condotta materiale dell'elusore.

Ovviamente, se le condotte elusive non potranno più essere ricondotte ad alcuna fattispecie criminosa, esse risulteranno comunque punibili in via amministrativa mediante l'applicazione delle ordinarie sanzioni pecuniarie, le quali, essendo di norma commisurate al tributo non regolarmente corrisposto, sono in grado di assicurare un effetto di prevenzione e di repressione spesso maggiore di quello proprio della disciplina penale.

## **4 Disposizioni antielusive già presenti**

### **4.1 *Transfer pricing***

In linea generale, con il termine di “transfer pricing” viene indicata una procedura di determinazione del prezzo delle transazioni intercorrenti tra società dello stesso gruppo allo scopo di trasferire reddito imponibile verso Paesi caratterizzati da regimi fiscali più favorevoli. La legislazione italiana, recependo la raccomandazione del consiglio OCSE del 16 luglio 1979, ha assorbito tale istituto nell’articolo 110, comma 7 (ex articolo 76, comma 5) del tuir, secondo il primo periodo del quale: “i componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente, controllano l’impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l’impresa sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati o dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del secondo comma, se ne deriva aumento del reddito”.

Lo scopo della normativa è chiaramente quello di impedire la sottrazione di base imponibile altrimenti attuabile attraverso una sottofatturazione delle esportazioni o una sovrappatturazione delle importazioni poste in essere con società in qualche modo collegate e residenti in Paesi a diverso regime fiscale. La configurabilità di un transfer pricing interno non trova riscontro nella norma citata, all’osservanza della quale sono tenuti solo i soggetti che pongano in atto transazioni con società non residenti; in tal modo la possibilità per l’amministrazione di rettificare i valori accertati in una transazione trova un limite, nell’ipotesi di operazioni tra soggetti collegati, ma entrambi residenti, nell’ambito di applicazione della disposizione.

A tale proposito appare interessante la posizione assunta dalla stessa amministrazione finanziaria, la quale, con una risoluzione per la verità

alquanto datata (10 marzo 1982), consentiva il trasferimento di pacchetti azionari tra società legate da rapporto di controllo al prezzo di libro, non potendo applicarsi a tali fattispecie il criterio del valore normale, esplicitamente richiesto per le operazioni poste in essere con società non residenti.

In tale circostanza si sottolineò che laddove non sussistano i presupposti dell'articolo 110 del tuir (allora art. 75 del d.p.r. n. 597 del 1973) “le risultanze della contabilità regolarmente tenuta fanno fede di quanto in essa rappresentato, salvo che sia possibile provarne, da parte degli uffici, l'inattendibilità totale o parziale per vizi formali o perché i dati esposti risultano incompleti, falsi o inesatti”.

L'amministrazione finanziaria non può automaticamente rideterminare sulla base del valore normale i corrispettivi pattuiti per la cessione di beni avvenuta tra società residenti facenti parte del medesimo gruppo. Questo perché la configurabilità di un “transfer pricing” interno non può essere semplicemente supposta, ma deve essere puntualmente e rigorosamente avvalorata magari facendo ricorso a presunzioni gravi precise e concordanti. Ciò al fine di arrivare a far emergere, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'imponibile sottratto all'amministrazione finanziaria.

Questa, in sintesi, la sentenza n. 577 pronunciata dalla sezione n. 1 della Commissione Tributaria Provinciale di Milano il 28 ottobre 1997, con la quale, tra l'altro, si è affrontato a livello giurisprudenziale il problema relativo alle operazioni di transfer pricing in genere. Ciò che merita, a tal fine, di essere segnalato è un aspetto particolare di tale disciplina antielusiva; cioè a dire la possibilità di sindacare anche le operazioni intragruppo intercorse tra società residenti. A volte, infatti, spinti da voler ricercare ovunque e dovunque

fenomeni elusivi o, peggio ancora, evasivi di distorcono anche le interpretazioni più piane.

L'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Milano aveva emesso un avviso di accertamento nei confronti di una nota società petrolifera italiana, recuperando a tassazione, tra l'altro, una considerevole somma a titolo di minori ricavi contabilizzati derivanti dalla cessione di partite di greggio ad una propria società controllata italiana ad un prezzo minore di quello di acquisto.

L'amministrazione finanziaria, in sostanza, ipotizzava una sorta di "transfer pricing" interno, per mezzo del quale la società capo gruppo avrebbe acquistato petrolio grezzo da una società controllata estera per poi rivenderlo ad una consociata nazionale ad un prezzo inferiore rispetto al proprio acquisto, con lo scopo evidente di ridurre i propri utili, consentendo alla società destinataria della cessione di compensare le perdite e chiudere l'esercizio con una minima quantità di utili.

In definitiva il recupero a tassazione dell'ufficio prende vita dall'applicazione alla cessione del criterio del valore normale, ritenuto principio di carattere generale nella valutazione della congruità delle cessioni di beni.

Di contro la società chiamata in causa invoca l'annullamento della pretesa, sostenendo la non rettificabilità del corrispettivo pattuito per operazioni poste in essere tra imprese residenti. Nell'accogliere la tesi difensiva, la commissione osserva preliminarmente che "la valutazione al valore normale di cessioni di beni tra soggetti residenti presuppone, di regola, l'assenza di corrispettivi. Il presupposto per l'insorgenza dell'obbligazione tributaria ai fini delle imposte sui redditi è costituito dal prezzo pattuito tra le parti e non dai valori di mercato".

In sostanza l'amministrazione finanziaria non può automaticamente rideterminare i corrispettivi delle cessioni di beni tra soggetti residenti solo sulla scorta dell'applicazione del criterio normale, ma l'eventuale discrepanza tra i valori dichiarati e quelli di mercato, per poter essere fonte di recupero a tassazione e riquantificazione del prezzo convenuto, deve essere accompagnata da presunzioni gravi, precise e concordanti e da elementi di fatto che possano indurre a ritenere che i corrispettivi dichiarati siano in realtà minori di quelli effettivamente conseguiti.

Nel caso di specie, invece, la stessa Guardia di Finanza esclude che ci sia stato occultamento di parte del corrispettivo, basando la propria richiesta esclusivamente sulla presunta configurabilità del "transfer pricing".

Quest'ultimo, a sua volta è del tutto supposto e per nulla avvalorato da elementi concordanti, così come il presunto vantaggio fiscale ottenuto dalla società capogruppo.

Ai fini irap le operazioni commerciali intercorse con società controllate non residenti, rilevano secondo i criteri di determinazione previsti per le imposte dirette.

La circolare n. 148/E del 2000 sottolinea che in sede di dichiarazione irap occorrerà apportare una variazione in aumento della base imponibile qualora il corrispettivo dei beni ceduti e dei servizi forniti dall'impresa residente sia inferiore al valore normale degli stessi, ovvero il valore normale dei beni e servizi ricevuti sia inferiore al costo di acquisizione. Interessante appare la posizione dell'amministrazione finanziaria per la quale la fattispecie inversa, quella cioè caratterizzata da corrispettivi superiori a quelli normali o costi di acquisizione inferiore agli stessi, non può determinare variazioni in diminuzione né ai fini Irap, né ai fini delle imposte dirette.

Per espressa volontà normativa, la riforma fiscale approda finalmente ad un concetto di gruppo tributario capace di evitare, o quanto meno limitare, certi fenomeni verso i quali l'orientamento ministeriale sembra tutt'altro che benevolo. Quanto alla normativa sul transfer pricing, pratica per cui, attraverso cessioni di beni o prestazioni di servizi tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo, operate sulla base di corrispettivi inferiori a quelli di mercato, si realizza di fatto un trasferimento di redditi da una società del gruppo ad un'altra, in tale ambito l'amministrazione si è spesso mostrata particolarmente agguerrita. La pratica, consiste, in sostanza, nel by passare la cessione diretta realizzata dalla società residente verso un'impresa indipendente, con il trasferimento intermedio del bene che si intende vendere ad una società controllata non residente, ad un prezzo inferiore a quello normale. In tal modo sarà la controllata a rivendere a terzi il bene, ovviamente a prezzi di mercato, con la conseguenza che la plusvalenza che sarebbe stata realizzata dalla controllante residente viene attribuita alla controllata estera. Ciò provoca un risparmio fiscale, a livello di gruppo, o perché la controllata estera è localizzata in un paese a fiscalità più bassa rispetto all'Italia o perché la stessa ha in pancia perdite utilizzabili in compensazione, capaci di sterilizzare il componente di reddito positivo.

Le potenzialità di una disposizione antielusiva in grado di rideterminare i prezzi di trasferimento sulla base dei valori normali, al fine di neutralizzare il meccanismo appena descritto sono state talmente apprezzate dall'amministrazione che più di una volta si è cercato di configurare un transfer pricing interno, normativamente non previsto. Si tratta di tutte quelle operazioni infragruppo poste in essere tra società residenti allo scopo di traslare parte del reddito imponibile presso quelle società che godono di esenzione fiscale o di minore tassazione. Anche in tale circostanza, il

vantaggio può derivare dal fatto che le società beneficiarie sono situate in regioni che beneficiano di particolari agevolazioni oppure che hanno perdite fiscali pregresse utilizzabili.

La circolare n. 53/E del 26 febbraio 1999, e ancor più il Protocollo d'intesa del 25 ottobre 2000 stilato di concerto tra la Guardia di Finanza, la Direzione Regionale delle Entrate e la Procura della Repubblica di Trento, evidenziano infatti tale particolare attenzione riservata ai prezzi di trasferimento anche alle operazioni interne.

Come detto tali misure di contrasto a manovre elusive potrebbero venire ridimensionate con l'avvento della riforma fiscale e in particolar modo con l'introduzione del consolidato fiscale.

Innanzitutto la disciplina che più interessa in questa sede è sicuramente quella del consolidato internazionale che appunto coinvolge tutte le società del gruppo non residenti nel territorio della repubblica. E' chiaro infatti che la tassazione di gruppo internazionale, sebbene appesantita da alcune complicazioni operative quali la riclassificazione del bilancio delle società estere e l'imputazione proporzionale dei redditi alla controllante interna, si presta come valida alternativa per ovviare a quelle storture che fino ad ora si erano evitate con il transfer pricing; se infatti si intrattengono rapporti con controllate estere fisiologicamente in perdita è inutile modificare i prezzi di trasferimento per cercare di spostare la plusvalenza imponibile su queste ultime; ciò perché, in ogni caso l'imponibile di gruppo non verrebbe modificato, potendo la controllante fruire delle perdite della controllata. In verità, l'articolo 135 del nuovo tuir disciplina, proprio nell'ambito del consolidato internazionale, il trasferimento infragruppo dei beni diversi da quelli che producono ricavi e dalle partecipazioni esenti a norma dell'articolo 87. Si prevede che le plusvalenze e le minusvalenze in questione fra le società

non residenti, concorrono alla formazione del reddito complessivo solo in misura corrispondente alla differenza tra la percentuale di partecipazione agli utili del soggetto controllante nella controllata cedente e quella se minore nella controllata acquirente. Il costo fiscalmente riconosciuto del bene trasferito alla società acquirente sarà pari a quello precedente il trasferimento maggiorato della quota di plusvalenza che ha concorso alla formazione del reddito imponibile.

#### ***4.2 Indeducibilità dei costi***

L'art. 110, comma 10, del tuir (vecchio articolo 76) prevede l'indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti ed imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regimi fiscali privilegiati.

Come noto per disapplicare il regime di indeducibilità occorre, alternativamente, o che la società estera fornitrice eserciti prevalentemente ed effettivamente un'attività commerciale o che le operazioni di acquisto rispondono a un effettivo interesse economico.

Da sottolineare, innanzitutto proprio l'alternatività delle due esimenti; basta cioè che una delle due sia provata per poter sfuggire alla rideterminazione del reddito. Nella circolare n. 29/E del 23/05/2003 erano stati elencati alcuni documenti idonei a dimostrare l'effettiva attività commerciale. E' necessaria, in sostanza, la necessità di fornire la prova del collegamento fisico di una struttura commerciale o industriale con il territorio cfc anche attraverso la produzione di documenti essenziali quali il bilancio, la sua certificazione, il prospetto descrittivo dell'attività esercitata, i contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, la copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili

utilizzati, i contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte, i conti correnti bancari aperti presso istituti locali, gli estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate, la copia dei contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici e le autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali. Ebbene per quanto riguardava la dimostrazione che il fornitore estero svolga prevalentemente un'attività commerciale effettiva, l'agenzia, con l'ultima risoluzione richiamata, ha ritenuto insufficienti le prove addotte, ossia la presentazione di documenti comprovanti, in effetti, solo l'esistenza formale dell'impresa. Per dimostrare lo svolgimento effettivo dell'attività si sarebbero dovuti presentare altri documenti più pertinenti quali un prospetto descrittivo dell'attività esercitata, i contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, la copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati, i contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte o i conti correnti bancari aperti presso istituti locali.

Dalla stessa pronuncia ricaviamo invece un esempio concreto di come possa essere fatto valere l'altro presupposto per la disapplicazione, quello legato all'economicità dell'operazione. Il fatto che il fornitore estero pratici un prezzo più basso rispetto ad altri fornitori nazionali configura un effettivo interesse economico della società ad effettuare la transazione. Ciò però a condizione che le altre condizioni di vendita, quali ad esempio i termini di consegna e di pagamento, la qualità dei materiali, il costo del trasporto siano identiche a quelle praticabili in Italia.

### **4.3 Trasferimento della sede all'estero**

La disposizione che riguarda il trasferimento della sede all'estero è stata interessata, anch'essa, dalla riforma fiscale. Prima dell'introduzione dell'ires era l'articolo 20-bis del Tuir ad occuparsi delle ipotesi in questione. In particolare la disposizione chiamava in causa i soggetti esercenti imprese commerciali che appunto intendono trasferire all'estero la propria residenza o la propria sede. Il trasferimento all'estero della residenza o della sede dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che questi ultimi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione è applicata se i componenti confluiti nella stabile organizzazione residente ne sono successivamente distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero.

Per quanto riguarda i fondi in sospensione d'imposta, inclusi quelli tassabili nel solo caso di distribuzione, iscritti nell'ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza o della sede, questi vengono assoggettati a tassazione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione.

Nella sostanza la ratio della norma è chiaramente antielusiva e tende ad equiparare il trasferimento della sede aziendale all'estero al realizzo dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che tali componenti non confluiscono in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. Ed infatti, se il trasferimento della sede non comporta la fuoriuscita completa dei beni dalla sfera imponibile interna, grazie appunto alla presenza

di una stabile organizzazione in Italia, non si applica, relativamente agli stessi, la regola del realizzo al valore normale.

La novità principale introdotta dalla riforma è l'allargamento dell'ambito soggettivo di applicazione della norma, che, nei suoi tratti salienti, è rimasta identica. In particolare non si parla più di soggetti che esercitano imprese commerciali, ma la disposizione elenca tutte le categorie interessate.

L'inclusione dei soggetti non imprenditori, oltre a dare peso normativo alla forzata interpretazione ministeriale appena vista, chiude il cerchio ed evita situazioni che la precedente formulazione non erano in grado di contrastare. Si pensi all'azienda posseduta da una società di fatto, o da una società semplice; in tali circostanze, l'assenza della qualifica imprenditoriale, in vigenza del vecchio articolo 20-bis, avrebbe provocato l'inapplicabilità della norma antielusiva.

Chiaramente, il problema principale di una disposizione del genere è che essa potrebbe comportare una doppia imposizione nel momento in cui i beni aziendali, tassati all'atto del trasferimento, determinassero poi, una reale plusvalenza derivante dalla cessione all'estero dell'azienda stessa.

Per quanto concerne il trasferimento all'estero, si evidenzia la presenza di una sua connessione con la fattispecie, precedentemente analizzata, della Participation exemption.

Nella circolare n. 36/E del 4 agosto 2004, l'agenzia ha sottolineato che deve essere assimilata al realizzo anche l'ipotesi di trasferimento all'estero della sede della società. Due sono le problematiche principali che collegano il regime di esenzione delle plusvalenze alla norma antielusiva appena vista. Da un lato l'agenzia delle entrate ha chiarito che tra le ipotesi di realizzo deve essere annoverata anche quella disciplinata dall'articolo 166, comma 1, del nuovo tuir.

Così, se al momento del trasferimento della sede all'estero, in assenza della costituzione in Italia di una stabile organizzazione dell'impresa estera, si determinerà il realizzo delle partecipazioni, sarà possibile evitare la tassazione sulle eventuali plusvalenze emergenti in applicazione del regime di esenzione di cui all'articolo 87, evidentemente dopo aver verificato la sussistenza dei quattro requisiti richiesti dalla normativa inerenti l'ininterrotto possesso, l'iscrizione tra le immobilizzazioni, la residenza fiscale della società e la commercialità dell'attività svolta.

Secondariamente, occorre affrontare anche il problema relativo alla presenza, nel patrimonio aziendale della società che si trasferisce, di partecipazioni potenzialmente esenti. E' chiaro infatti che, nel momento in cui il complesso aziendale che viene trasferito include partecipazioni potenzialmente assoggettabili al regime di cui all'articolo 87, da un lato il valore da attribuire alle stesse in sede di realizzo dovrà essere, appunto, quello normale; ciò determinerà il riconoscimento di tale valore in regime di esenzione, ossia senza che possano emergere plusvalenze o minusvalenze rilevanti; parimenti, l'eventuale successiva cessione rimarrebbe esente da tassazione.

A **livello comunitario** la tassazione delle plusvalenze latenti su partecipazioni detenute a seguito del trasferimento di residenza è contraria alla libertà di stabilimento garantita a livello comunitario; ciò perché le finalità antielusive sottese da tale disposizione non possono consentire una limitazione così pesante allo spostamento dei beni e delle persone all'interno della comunità; ciò per lo meno secondo l'orientamento della Corte di Giustizia UE che nella causa C-9/02 dell'11 marzo 2004, ha dichiarato incompatibile con il trattato CE, una disposizione francese volta ad assoggettare a tassazione le plusvalenze maturate ma non realizzate nel momento in cui il possessore

trasferiva all'estero il proprio domicilio fiscale; situazione questa di grande interesse anche in Italia.

La questione discussa dagli organi di giustizia comunitari si incardina sulla presunta incompatibilità con il principio della libertà di stabilimento sancito dall'articolo 52 del Trattato CE della disciplina impositiva francese che prevede una imposizione sulle plusvalenze mobiliari non ancora realizzate, dovuta in caso di trasferimento del domicilio fiscale di un contribuente al di fuori della Francia.

In verità il pagamento di tale imposta può essere rinviato al momento dell'effettiva realizzazione della plusvalenza, ma solo nel rispetto di precise condizioni. In particolare l'ottenimento del rinvio è subordinato alla condizione che i contribuenti costituiscano garanzie atte ad assicurare la riscossione dell'imposta. Inoltre è previsto il beneficio di uno sgravio, se dopo cinque anni dal trasferimento le plusvalenze latenti non sono ancora realizzate.

Secondo la corte, posto che il divieto per gli Stati membri di introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento si applica anche alle disposizioni fiscali, un'imposta sulle plusvalenze latenti per il solo fatto del trasferimento al di fuori della Francia del domicilio di un contribuente, limita l'esercizio della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 52 del Trattato. Nella fattispecie, anche se la norma francese non vieta ad un contribuente francese di esercitare il suo diritto di stabilimento, questa disposizione è tuttavia idonea a limitare l'esercizio di tale diritto avendo, perlomeno, un effetto dissuasivo nei confronti dei contribuenti che desiderano andare a stabilirsi in un altro Stato membro.

Tale disparità di trattamento relativa all'imposizione di plusvalenze, che può avere considerevoli ripercussioni sul patrimonio del contribuente che intende

trasferire il suo domicilio al di fuori della Francia, è di natura tale da scoraggiare un contribuente ad effettuare un trasferimento di questo tipo.

#### **4.4 CFC**

La disciplina cfc per le società controllate, trasfusa nell'articolo 167 del nuovo tuir, resta sostanzialmente invariata. L'unica modifica, peraltro di natura pressoché formale, è quella che coinvolge il comma 5; In pratica rispetto alla previgente versione viene semplicemente chiarito, in via normativa che le due possibilità concesse per la disapplicazione del regime sono tra loro alternativa; situazione questa, peraltro recentemente sottolineata dall'amministrazione anche in relazione alla speculare disciplina dell'indeducibilità dei costi con partners residenti in analoghi paradisi fiscali.

L'articolo 168 del nuovo tuir estendere invece l'ambito di applicazione del regime cfc anche alle società estere collegate residenti in Paesi a regime fiscale privilegiato. In verità oltre all'allargamento della disciplina fondamentali risultano le modalità di determinazione del reddito del soggetto non residente e di attribuzione dello stesso al soggetto nazionale che detiene il rapporto di collegamento.

Il rapporto di collegamento rilevante viene individuato attraverso la detenzione, diretta o indiretta, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, di una partecipazione agli utili di imprese, società o altro ente residente o localizzato in Stati a fiscalità privilegiata non inferiore al 10% se trattasi di società quotate in borsa, ovvero al 20 per cento per le altre. A differenza di quanto previsto dal regime per le controllate, non sono soggette all'imputazione diretta le partecipazioni in soggetti residenti in stati esteri a

regime fiscale ordinario che a loro volta conseguono redditi attraverso stabili organizzazioni situate in territori inquadrabili come paradisi fiscali.

La differenza fondamentale tra le due normative è sicuramente data dalle diverse modalità con le quali deve essere determinato il reddito dell'impresa estera da imputare, pro quota al soggetto controllante o collegato, italiano. Così, il nuovo articolo 167 continua a prevedere per le società estere controllate, che i redditi della cfc si determinino secondo le disposizioni nazionali del tuir per i redditi d'impresa, fatte salve le disposizioni sulla rateizzazione delle plusvalenze patrimoniali e sugli ammortamenti anticipati. Si applicano peraltro le disposizioni sulle perdite, sugli utili da società collegate e da società controllate, nonché le norme relative alle imprese di assicurazione e agli istituti di credito. Il reddito determinato va imputato pro quota ai soggetti residenti controllanti che lo sottopongono a tassazione separata con aliquota pari a quella media calcolata sul proprio reddito complessivo e comunque non inferiore al 27%. Da tale imposta si scomputano le imposte pagate all'estero a titolo definitivo sugli stessi utili dalla cfc.

Per le imprese collegate, invece, vengono previsti due criteri di determinazione del reddito; il primo legato all'utile risultante del bilancio prima dell'imposte e il secondo determinato forfetariamente in base a dei coefficienti di rendimento differenziati per i vari componenti dell'attivo patrimoniale. In particolare il comma due dell'articolo 168 prevede le modalità di determinazione del reddito da imputare ai soggetti residenti, facendo riferimento al maggiore fra l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di un obbligo di legge e un reddito induttivamente determinato sulla base dei coefficienti di rendimento riferiti alle categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale. Per la determinazione forfettaria del reddito si fa riferimento

all'1% del valore delle partecipazioni e degli strumenti finanziari assimilati alle azioni, al 4% del valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili indicati nell'articolo 8-bis del d.p.r. n. 633/72 e al 15% del valore complessivo delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

A differenza di quanto previsto dal regime per le controllate, non sono soggette all'imputazione diretta le partecipazioni in soggetti residenti in stati esteri a regime fiscale ordinario che a loro volta conseguono redditi attraverso stabili organizzazioni situate in territori inquadrabili come paradisi fiscali.

Il fulcro della normativa cfc è sicuramente costituito dalla possibilità che il contribuente ha di evitare l'imputazione per trasparenza attraverso la procedura di interpello volta a dimostrare, alternativamente, la presenza di una delle due condizioni indicate dal comma 5 dell'articolo 167. Tale sterilizzazione è ovviamente praticabile anche nel caso di società collegate, visto il richiamo dell'articolo 168 alla disciplina generale.

La prova dell'effettivo esercizio di attività della cfc o della mancanza di volontà di localizzare i redditi nei paradisi fiscali è sempre stata problematica. Si ricorderà, tanto per stare sul concreto, che l'amministrazione finanziaria, con circolare n. 29/E del 23 maggio 2003, aveva sottolineato che la carenza della documentazione a supporto dell'effettiva localizzazione della struttura organizzativa nel paese a fiscalità privilegiata potrebbe costituire causa di impedimento alla disapplicazione del regime delle cfc.

In particolare venne ribadita la necessità di fornire la prova del collegamento fisico di una struttura commerciale o industriale con il territorio cfc anche attraverso la produzione di documenti essenziali quali il bilancio, la sua certificazione, il prospetto descrittivo dell'attività esercitata, i contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività, la copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri

immobili utilizzati, i contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte, i conti correnti bancari aperti presso istituti locali, gli estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate, la copia dei contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici e le autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali. E' chiaro che l'allargamento della disciplina alle società collegate costituirà un appesantimento notevole degli adempimenti previsti al fine di sfuggire all'attribuzione per trasparenza, dal momento che la documentazione richiesta potrebbe essere ancor più difficilmente reperibile nei confronti di soggetti che non sono controllati, ma semplicemente collegati.

Le diverse modalità di determinazione del reddito da imputare potrebbero condurre a considerazioni strategiche particolari, per ciò che attiene il mantenimento della partecipazione all'estero e la sua eventuale dismissione. La necessità di assumere il maggiore tra i due valori ricavati dal bilancio della collegata estera e l'eventuale presenza di voci patrimoniali rilevanti di ammontare cospicuo a fronte di redditività complessiva non elevata potrebbero determinare un carico fiscale elevato per il soggetto residente. Si pensi a società dalla profittabilità non eccelsa che però hanno in carico un notevole apparato immobiliare, indispensabile per le funzioni esercitate, è chiaro che il valore delle immobilizzazioni immateriali costituite da immobili giocherà un ruolo fondamentale nell'individuazione del reddito da imputare determinato in maniera forfettaria. Stesso discorso può essere sviluppato per le collegate estere fortemente impegnate in attività di compravendita su strumenti finanziari; in tali circostanze saranno proprio le caratteristiche di tali attività finanziarie, sia quelle che costituiscono immobilizzazioni finanziarie sia quelle iscritte tra l'attivo circolante, a dare un

forte impulso al reddito da calcolare. Meno rilevante dovrebbe essere l'apporto delle immobilizzazioni immateriali, soprattutto per la particolare natura di tali attività. Ciò non toglie, peraltro, che società fortemente impegnate in campi innovativi e tecnologici possano avere una dotazione importante di beni immateriali e, in generale, di immobilizzazioni immateriali, a fronte di redditività, soprattutto per i primi anni di vita, del tutto assente.

E' dunque evidente che in situazioni come quella descritta l'allargamento delle cfc alle imprese collegate penalizza notevolmente i soci italiani, dal momento che la normativa antielusiva finisce per adottare addirittura due presunzioni al fine di generare materia imponibile; da un lato infatti resta ferma la caratteristica principale della normativa cfc, ossia quella di imputare al socio italiano i redditi prodotti all'estero a prescindere dalla effettiva distribuzione; dall'altro, però, si aggiunge nella situazione di specie, anche la determinazione forfaitaria a monte di tali redditi.

Ecco perché in alcuni casi la detenzione di una partecipazione in tali società con caratura intermedia tra quella che nega il semplice collegamento e quella che porta al controllo potrebbe risultare del tutto priva di convenienza fiscale. Ciò perché se si resta nel bacino di applicazione dell'articolo 169 si rischia di vedersi imputato un reddito del tutto privo di agganci con la realtà; meglio allora o dismettere fino a perdere anche il requisito del collegamento e sfuggire così alla norma antielusiva, o addirittura, laddove la partecipazione sia strategicamente imprescindibile, forzare la mano e cercare di scavalcare la soglia partecipativa per il controllo; in tal modo, infatti, si passerebbe nel campo di applicazione della disciplina sulle cfc classica, quella per le controllate che fa riferimento all'effettivo reddito conseguito dall'impresa estera. Si noti, infatti, che nell'esempio proposto, nell'ipotesi semplificatrice che l'utile prima delle imposte sia quello effettivamente identico al reddito

attribuibile secondo le disposizioni di cui all'articolo 167, il socio residente riceve un maggior reddito in sede di collegamento (20%) rispetto a quello che si sarebbe visto imputare in caso di controllo (50%).

*Il rapporto tra la tassazione dei dividendi e il regime CFC.*

Come noto, uno degli istituti più innovativi della nuova ires è sicuramente quello della participation exemption, in base al quale sono esenti da imposizione le plusvalenze realizzate da società di capitali derivanti dalla cessione di partecipazioni societarie che posseggano alcuni requisiti fondamentali. Tale nuova impostazione, a ben vedere, è la diretta conseguenza di quella che può essere considerata la novità strutturale più importante nell'ambito della tassazione delle società di capitali, vale a dire l'abrogazione del credito d'imposta sui dividendi distribuiti nell'ambito dei soggetti ires e la conseguente esenzione degli stessi dal reddito imponibile per il 95%.

E' evidente che una volta resi esenti i dividendi distribuiti la sorte delle plusvalenze da cessione di partecipazioni era segnata; ciò perché l'eventuale disparità di trattamento avrebbe generato ingiustificati vantaggi e scelte arbitrarie in ordine al conseguimento delle due tipologie di proventi direttamente rinvenibili dal possesso di quote societarie. Prova né è che anche la tassazione di dividendi e plusvalenze in capo ai soggetti irpef risulta ora armonizzata.

Un trattamento del tutto particolare viene riservato agli utili distribuiti da soggetti residenti in Paesi a fiscalità privilegiata; in tale circostanza devono essere analizzate separatamente diverse ipotesi. Come noto l'articolo 167, al comma 5 illustra due modalità, espressamente definite alternative, attraverso le quali è possibile disapplicare l'imputazione per trasparenza dei redditi della cfc; ai fini della tassazione dei dividendi distribuiti da tali società, però, le due

dimostrazioni non sono tra loro equivalenti. Ciò perché, mentre quella prevista dalla lettera a) del citato comma 5 basata sull'effettivo svolgimento dell'attività da parte della società estera, non serve ad evitare la tassazione complessiva sui dividendi distribuiti; al contrario, il trattamento penalizzante può essere evitato solo attraverso la dimostrazione, prevista dalla lettera b) del comma 5, incentrata sul fatto che dalla partecipazione in dette società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata, non si consegua l'effetto di localizzare ivi i relativi redditi. In tal modo se il regime delle cfc viene scardinato perché l'impresa svolge effettivamente la propria attività nel paese di residenza, tutti gli utili saranno imponibili per intero; se invece il regime di cui agli articoli 167 e 168 non trova applicazione perché si dimostra che i redditi della società estera non sono stati localizzati nel territorio a bassa fiscalità, non solo la tassazione è rinviata al momento della distribuzione effettiva ma è anche applicabile l'esenzione parziale sugli utili; in particolare per il socio persona fisica non in regime di impresa verrà tassato solo il 40% del dividendo mentre per i soggetti ires sarà il 95% dell'importo ad essere escluso. Tale diversità di trattamento è specificata dalla circolare in relazione agli utili percepiti dai soggetti privati a seguito di partecipazioni qualificate. Peraltro la stessa impostazione può essere rinvenuta dalla relazione illustrativa al decreto n. 344 del 2003 con riguardo ai soggetti ires; nel commento al comma 3 dell'articolo 89 si legge infatti che "Per l'applicazione della predetta esclusione le predette società devono comunque risiedere in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata individuati dal decreto emanato per effetto della disciplina contenuta nel comma 4 dell'articolo 167 (CFC); o se ivi residenti devono dimostrare, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità previste dal medesimo articolo 167, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o paesi CFC. La

disciplina prevista nel presente articolo risulta applicabile anche alle distribuzioni di utili che avvengono da parte delle società residenti in territori o Paesi a fiscalità privilegiata controllate o collegate per la parte che eccede gli utili già imputati ai sensi dell'articolo 167 e 168. Resta ferma la tassazione nel loro intero ammontare degli utili distribuiti dai soggetti residenti in Stati o paesi CFC nei casi diversi da quelli sopra rappresentati”.

I casi diversi che la relazione richiama fanno riferimento certamente alla circostanza che la disciplina cfc non si renda applicabile perché sterilizzata a norma della lettera a) del comma 5 dell'articolo 167; tuttavia è possibile supporre che anche altre circostanza determinino la tassazione integrale degli utili distribuiti da società paradisiache in assenza dell'applicazione delle disposizioni sulle cfc; si pensi, tanto per stare sul concreto, al caso in cui le partecipazioni non determinino alcun rapporto di collegamento o di controllo da parte del soggetto residente; la tassazione per trasparenza non è attuabile ma gli utili distribuiti, per il solo fatto di provenire da un paese a fiscalità privilegiata, dovrebbero essere sottoposti a tassazione integrale. Ciò a meno che non si voglia ammettere che, pur non essendo applicabile la disciplina cfc, il soggetto residente possa inoltrare una istanza di interpello volta a fornire la dimostrazione di cui alla lettera b) del comma 5 dell'articolo 167.

Nel caso in cui la disciplina cfc risulti applicabile senza che venga attivato alcun procedimento per la sua sterilizzazione, gli utili concorrono alla formazione del reddito imponibile, per la parte che eccede quella imputata al socio ai sensi della stessa disciplina cfc. Tale affermazione, però, non è priva di problematiche. Infatti, rileggendo il passo della relazione di accompagnamento citato sopra, sembra chiaro che gli utili eccedenti quelli imputati per trasparenza possano fruire dell'esclusione sul 95% del loro importo. Tale possibilità non viene invece espressamente indicata dalla

circolare nel caso di utili percepiti da soggetti irpef non in regime di impresa. In più parti, infatti si afferma l'imponibilità integrale degli utili provenienti da cfc, naturalmente per la parte che eccede quelli imputati per trasparenza.

Come noto il sistema di participation exemption si applica nel rispetto di quattro requisiti fondamentali che devono sussistere in capo alle partecipazioni e alla partecipante che intende fruire dell'esenzione stessa.

L'articolo 89, invece, che regola la tassazione delle distribuzioni di dividendi all'interno dei soggetti ires, non fa riferimento ad alcuno dei requisiti appena illustrati; ciò significa, ad esempio, che mentre la cessione di partecipazioni iscritte nell'attivo circolante da luogo a plusvalenze o minusvalenze rilevanti ai fini della determinazione del reddito d'impresa, il conseguimento dei dividendi derivanti dal possesso delle stesse partecipazioni resta in ogni caso esente da tassazione al 95%.

L'unico dei requisiti previsti per l'esenzione delle plusvalenze che si può ritrovare anche nella disciplina dei dividendi è proprio quello che fa riferimento a partecipazioni in società residenti in paradisi fiscali.

Così è la lettera c) dell'articolo 87 a disporre che per fruire della participation exemption la residenza della società partecipata debba necessariamente essere in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato così come individuati ai fini della disciplina contenuta nel comma 4 dell'articolo 167 sulle CFC; diversamente il soggetto partecipante deve dimostrare, a seguito dell'esercizio dell'interpello, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del possesso della partecipazione, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o paesi a regime fiscale privilegiato.

Quanto ai dividendi distribuiti, il comma 3 dell'articolo 89 disciplina la tassazione dei dividendi distribuiti dai non residenti stabilendo che l'esclusione dal reddito imponibile nella misura del 95% si applica anche

qualora la distribuzione avvenga da parte delle società non residenti; in particolare, per l'applicazione dell'esclusione le società devono comunque risiedere in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata o proporre la stessa dimostrazione prevista dall'articolo 87.

Dunque se le società estere residenti in paradisi fiscali sfuggono alla disciplina cfc, non sorgono problemi né per la tassazione delle plusvalenze né per quella dei dividendi; i regimi di esenzione tornano comunque applicabili.

Ma cosa accade, in concreto, nel momento in cui le società coinvolte rientrano a pieno titolo nella disciplina cfc? Nel caso di partecipazioni detenute da società italiane le plusvalenze diverranno integralmente imponibili e, parallelamente, le minusvalenze realizzate potranno essere dedotte dal reddito d'impresa. E ciò a prescindere dal meccanismo di attribuzione per trasparenza del reddito della società estera partecipata.

Quanto ai dividendi, invece, nel caso in cui si renda applicabile il regime cfc, gli utili effettivamente distribuiti dai soggetti non residenti non concorrono alla formazione del reddito dei residenti fino all'ammontare assoggettato a tassazione per trasparenza; le imposte pagate all'estero su tali utili che non concorrono alla formazione del reddito sono ammesse in detrazione secondo i meccanismi del credito per imposte estere di cui all'articolo 165. In tal modo, i dividendi distribuiti da società cfc saranno imponibili per intero per la parte che eccede gli utili già imputati.

La discrepanza tra tassazione delle plusvalenze e dei dividendi, nel caso di regime cfc è sicuramente più marcata e viaggia tutta a favore delle distribuzioni; innanzitutto perché la sterilizzazione delle distribuzioni stesse fino a concorrenza degli utili attribuiti per trasparenza può risultare vantaggiosa nel momento in cui tale ammontare viene tassato con l'aliquota media sul reddito imponibile italiano della società residente; secondariamente

il meccanismo del credito per le imposte pagate all'estero può mitigare gli effetti della doppia tassazione subita dalle distribuzioni imponibili integralmente. Nel caso della plusvalenza da cessione, invece si potrebbe assistere ad una doppia tassazione del tutto priva di correttivi. Si pensi al caso in cui la partecipazione in società cfc si sia apprezzata, nel corso del tempo, per i risultati positivi realizzati dal soggetto estero; se la stessa viene ceduta, con evidente realizzazione della plusvalenza, si assisterà sia alla tassazione in capo al soggetto residente della plusvalenza stessa, sia degli utili, per trasparenza, che hanno determinato, appunto, l'apprezzamento della partecipazione.

Dividendi e regime cfc		
<u>Regime applicabile</u>	<u>Tassazione dei dividendi e dei redditi della cfc</u>	
Regime cfc applicabile	Imputazione per trasparenza dei redditi della cfc	Imponibilità delle eccedenze*
Regime cfc non applicabile per effettività dell'attività esercitata; lettera a), comma 5, articolo 167	Nessuna imputazione per trasparenza	Imponibilità integrale dei dividendi complessivamente erogati
Regime cfc non applicabile per mancata localizzazione dei redditi nello stato a fiscalità privilegiata; lettera b), comma 5, articolo 167	Nessuna imputazione per trasparenza	Imponibilità parziale dei dividendi complessivamente erogati
Regime cfc non applicabile per assenza del requisito di controllo o di collegamento	Nessuna imputazione per trasparenza applicabile	Imponibilità integrale dei dividendi complessivamente erogati
* per i soggetti ires la relazione al d.lgs. n. 344/03 sembra prevedere l'esenzione al 95% sull'importo delle eccedenze, per i soggetti privati non in regime di impresa, non viene specificato alcunché.		

## 5 Nuovi istituti tipicamente antielusivi

### 5.1 *Pro rata patrimoniale*

Sulle plusvalenze da cessione di partecipazioni. Con essa si prevede, nella sostanza, una riduzione della deducibilità degli interessi passivi direttamente collegata alla differenza tra il valore di libro di partecipazioni in regime di esenzione e il corrispondente patrimonio netto della partecipata. Per comprendere la ratio della norma basta immaginare le conseguenze della sua assenza nel caso in cui un soggetto si indebitasse esclusivamente per l'acquisto di partecipazioni su cui può essere applicata l'esenzione delle plusvalenze. A fronte di oneri finanziari deducibili, in assenza, appunto, del pro rata, il soggetto in questione potrebbe realizzare proventi esenti, derivanti dalla cessione della partecipazione acquisita con realizzo di plusvalenza. Il nuovo articolo 97, chiama dunque in causa tutte le società che detengono partecipazioni che, in caso di cessione, determinerebbero plusvalenze esenti; tuttavia il riferimento non è al momento di cessione ma alla fine di ogni periodo di possesso delle partecipazioni stesse. Altra caratteristica da sottolineare è che l'indeducibilità pro quota è riferita non agli interessi passivi nel loro complesso, ma solo alla parte di essi che eccede l'ammontare degli interessi attivi.

In presenza dunque di partecipazioni rilevanti la partecipante dovrà individuare il valore di libro della partecipata così come risultante dal proprio stato patrimoniale e raffrontarlo al proprio patrimonio netto contabile ridotto dei crediti per conferimenti ancora da eseguire e delle perdite subite, nella misura in cui entro la data di approvazione del bilancio relativo al secondo esercizio successivo a quello in cui le stesse si riferiscono non avvenga la loro ricostruzione. Se il patrimonio netto contabile rettificato è inferiore al valore delle partecipazioni occorre determinare tale eccedenza, calcolare il residuo

attivo di bilancio costituito dalla differenza tra il totale attivo e l'importo delle partecipazioni corrispondente al patrimonio netto contabile integrato dei debiti commerciali e riportare i due aggregati. La percentuale che ne scaturisce è il pro rata di indeducibilità da applicare al totale degli interessi.

Il pro rata di indeducibilità non si applica nei casi di partecipazioni che non posseggono i requisiti previsti per godere dell'esenzione, né a quelle in società che hanno optato, insieme alla partecipante per il consolidato fiscale e a quelle in regime di trasparenza fiscale. Tuttavia, nel caso in cui, entro il terzo anno successivo all'acquisto delle partecipazioni avvenga la cessione il reddito imponibile è rettificato in aumento dell'importo corrispondente a quello degli interessi passivi dedotti nei precedenti esercizi.

I debiti commerciali. La determinazione del rapporto di indeducibilità chiama in causa alcuni elementi patrimoniali ben determinati: il valore di libro delle partecipazioni soggette al regime di esenzione delle plusvalenze, il patrimonio netto contabile della società che deve applicare il pro rata, ridotto dei crediti per conferimenti ancora da eseguirsi da parte dei soci e delle perdite subite se non ricostruite entro due anni, il totale attivo della situazione patrimoniale e i debiti commerciali.

Proprio con riferimento a questa ultima componente la relazione di accompagnamento sottolinea che "Con la scelta di attribuire rilevanza ai fini del rapporto in argomento ai debiti commerciali, si è inteso evitare che i termini di pagamento praticati dall'impresa nei confronti dei propri fornitori di beni e servizi assumesse una valenza fiscale. In particolare la norma intende evitare la convenienza a contenere l'indebitamento finanziario mediante un corrispondente aumento dell'indebitamento commerciale ottenuto con l'allungamento dei termini di pagamento. Solo l'indebitamento finanziario infatti è produttivo di oneri finanziari espliciti che in quanto tali

rilevano ai fini dell'applicazione della norma in commento. Al contrario l'elemento finanziario connesso al termine di pagamento influenza il prezzo dei beni e servizi acquistati solo implicitamente e pertanto non subisce l'effetto del pro rata patrimoniale". Il pericolo avvertito è dunque legato alla commistione tra oneri finanziari espliciti ed impliciti; tuttavia, il meccanismo delineato opera in direzione univoca, nel senso che protegge dalle manovre sottolineate dalla relazione; è evidente che proprio tale scelta potrebbe influenzare l'imprenditore ad agire in senso opposto, ossia riducendo l'indebitamento commerciale per scongiurare il pro rata.

### **5.2 *Thin capitalization***

Il contrasto alla sottocapitalizzazione delle imprese è uno dei punti qualificanti dell'intera riforma fiscale; la delega prevede alla lettera g) del comma 2 dell'articolo 4 una serie di principi e criteri direttivi capaci di limitare le situazioni patologiche di sfruttamento della sottocapitalizzazione delle imprese. L'articolo 98 introduce l'indeducibilità della remunerazione dei finanziamenti e degli apporti direttamente o indirettamente erogati o garantiti da un socio qualificato o da una sua parte correlata al manifestarsi di alcune ipotesi di base: innanzitutto occorre che il rapporto tra l'ammontare complessivo dei finanziamenti e la quota di patrimonio netto contabile di pertinenza del socio medesimo e delle sue parti correlate in qualsiasi momento durante l'esercizio sociale sia superiore a quattro contro uno (cinque contro uno per il primo anno di applicazione); secondariamente la remunerazione non deve confluire nel reddito imponibile ai fini delle imposte personali del socio o delle sue parti correlate. La sterilizzazione è in ogni caso evitabile nel momento in cui il contribuente debitore fornisce la dimostrazione

che l'ammontare dei finanziamenti predetti eccedenti il rapporto è giustificato dalla propria esclusiva capacità di credito e che conseguentemente gli stessi sarebbero stati erogati anche da terzi indipendenti con la sola garanzia del patrimonio sociale.

Si considerano parti correlate al socio qualificato le società da questi controllate ai sensi dell'art.2359 c.c. e se persona fisica anche i familiari; quanto alla nozione di socio qualificato il riferimento è alla partecipazione diretta o indiretta al capitale sociale con una percentuale pari o superiore ad una soglia da stabilire, alla determinazione della quale concorrono le partecipazioni detenute da sue parti correlate; inoltre per la determinazione del rapporto limite ai finanziamenti erogati o garantiti dal socio qualificato devono aggiungersi quelli erogati o garantiti da sue parti correlate; infine per il calcolo della quota di pertinenza del socio qualificato e di sue parti correlate si considera il patrimonio netto contabile comprensivo dell'utile dell'esercizio rettificato in diminuzione per tenere conto dei crediti risultanti nell'attivo patrimoniale relativi ad obblighi di conferimento ancora non eseguiti, del valore di libro della azioni proprie in portafoglio, delle perdite subite nella misura in cui entro la data di approvazione del bilancio relativo al secondo esercizio successivo a quello cui le stesse si riferiscono non avvenga la ricostituzione del patrimonio netto mediante l'accantonamento di utili o l'esecuzione di conferimenti in danaro o in natura e del valore di libro delle azioni, quote e strumenti finanziari, relativi a partecipazioni in società controllate o collegate.

Rilevano inoltre i finanziamenti erogati o garantiti dal socio qualificato o da sue parti correlate intendendo per tali quelli derivanti da mutui, da depositi di danaro e da ogni altro rapporto di natura finanziaria. Non hanno influenza al contrario i finanziamenti assunti nell'esercizio dell'attività bancaria. Si

intendono garantiti dal socio o da sue parti correlate i debiti assistiti da garanzie reali, personali e di fatto fornite da tali soggetti anche mediante comportamenti ed atti giuridici che seppure non formalmente qualificandosi quali prestazioni di garanzia ottengono lo stesso effetto economico.

Aspetti problematici

Una delle prime problematiche è quella relativa alla possibilità di sterilizzare la norma attraverso la dimostrazione che l'ammontare dei finanziamenti predetti eccedenti il rapporto è giustificato dalla propria esclusiva capacità di credito e che conseguentemente gli stessi sarebbero stati erogati anche da terzi indipendenti con la sola garanzia del patrimonio sociale.

Sul punto preme sottolineare un altro aspetto di criticità che finisce per rendere diabolica e per ciò stesso irraggiungibile la prova richiesta. La norma, in sostanza, non indica il momento in cui tale dimostrazione dovrebbe essere effettuata; in assenza di specifici riferimenti alla possibilità di presentare istanza di interpello, come invece previsto per altre disposizioni di natura antielusiva, sembra del tutto logico ritenere che tale prova andrebbe fornita in sede di verifica, o, comunque, una volta che l'amministrazione abbia contestato la deducibilità degli interessi. In tal modo il contribuente parte già in una situazione di disagio, dal momento che deve adoperarsi per ribaltare un atto già emanato, potendo, al più, invocare l'accertamento con adesione. Sembra insomma che il comma 2 dell'articolo 98 non agevoli affatto il compito del contribuente mettendolo di fronte ad un rebus la cui soluzione potrebbe anche non esistere.

Il comma 6 del ricordato art. 98 dà una interpretazione autentica a tale concetto. Si dice infatti che si intendono garantiti dal socio o da sue parti correlate, i debiti assistiti da garanzie reali o personali e "di fatto fornite da tali soggetti anche mediante comportamenti ed atti giuridici che, seppure non

formalmente qualificandosi come prestazioni di garanzia, ottengono lo stesso risultato economico.”

Il problema è costituito dal fatto che la disposizione rinvia genericamente ai debiti e non solo ai debiti di carattere finanziario; così, una piana lettura porterebbe ad attrarre nell’orbita della norma antielusiva anche eventuali garanzie fornite dai soci e dalle parti correlate in relazione ai debiti di carattere commerciale; si pensi, tanto per stare sul concreto, alle dilazioni di pagamento o agli interessi impliciti dei leasing garantiti dai soci; è chiaro che se tale interpretazione estensiva dovesse pagare l’ambito di applicazione della thin risulterebbe smisurato; specie se associato alle considerazioni più volte sottolineate in ordine alla reale situazione finanziaria delle imprese italiane, il cui indebitamento, anche presso istituti di credito, ben difficilmente risulta svincolato del tutto da un qualche rapporto con soci o ”parti correlate” che fungono, in un modo o nell’altro, da garanti, formali, informali, espliciti o impliciti, delle somme erogate. E’ dunque fondamentale sgombrare il campo da possibili dubbi in materia e chiarire specificatamente che la garanzia dei soci e delle parti correlate per debiti commerciali non alimenta il rapporto di indebitamento da sorvegliare.

Anche la concreta operatività della disposizione si presta ad alcune osservazioni critiche; l’assenza di qualunque riferimento temporale porta a concludere che il monitoraggio della soglia di indebitamento debba essere effettuato praticamente con cadenza quotidiana. Così, se la norma entrasse in vigore il 1 gennaio 2004, bisognerebbe sorvegliare costantemente, anche con riferimento ai finanziamenti precedenti, il rispetto del rapporto di sicurezza. Ciò appare ancora più problematico laddove si consideri che nella determinazione del rapporto in questione entra, in qualche modo, anche l’utile o la perdita d’esercizio, la cui destinazione viene decisa in sede di redazione

del bilancio. Così, nei primi mesi dell'anno appare alquanto problematico il monitoraggio di tale rapporto che non può nemmeno contare su parametri ufficialmente definiti. Meglio sarebbe stato prevedere valori medi sia dei finanziamenti che del patrimonio netto da quantificare in determinati momenti; magari introducendo contemporaneamente meccanismi di tutela contro eventuali manovre elusive quali il rimborso fittizio del finanziamento al momento di determinazione della media e l'immediata riaccensione da parte del socio.

Un ulteriore problema si pone in ordine ai riflessi della disciplina in capo ai soci e alle parti correlate erogatori dei finanziamenti che vengono colpiti dalla thin.

Come noto, infatti, l'ultimo periodo della lettera e) del comma 1 dell'articolo 44 qualifica come utili, per la parte che li percepisce, gli interessi che eccedono il rapporto previsto dall'articolo 98. sorgono alcune perplessità in ordine alle modalità di tassazione di tali importi in capo al soggetto percettore. Se è vero infatti che la qualifica di socio assunta dall'erogatore del prestito determina automaticamente il regime fiscale applicabile ai presunti dividendi, più difficile appare la tassazione nel caso in cui la thin colpisca finanziamenti erogati da parti correlate. Ciò perché, nell'impossibilità di tenere in considerazione la percentuale di partecipazione posseduta, specie nel caso di persone fisiche correlate al socio, non è agevole determinare se la tassazione debba avvenire con l'imposta sostitutiva del 12,5% o se invece occorre far confluire il 40% del dividendo nel reddito imponibile del soggetto percettore.

La disposizione in via di introduzione in Italia, non può non tener conto delle esperienze già presenti negli ordinamenti più moderni; in verità anche il Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE è intervenuto a più riprese

sull'argomento con l'elaborazione di alcuni criteri applicabili per contrastare tale fenomeno.

Nel 1987 è stato redatto un rapporto, nel quale vengono analizzate le problematiche connesse con l'applicazione delle normative nazionali volte a scoraggiare l'uso di tale pratica elusiva, tra le quali spiccano i problemi di doppia imposizione e di discriminazione.

Le conclusioni raggiunte dall'OCSE nel rapporto del 1987 sono state riprese nel Commentario dell'OCSE del 1992, all'art. 9 si afferma che il disposto di tale norma - il quale predispone lo strumento normativo, in seno alla Convenzione, per l'eliminazione di fattispecie elusive in materia di transfer pricing - deve essere interpretato nel senso per cui la stessa disposizione può essere "rilevante non solo per determinare se il tasso di interesse stabilito in un contratto di finanziamento sia congruo in base al principio del valore normale, ma anche per stabilire se ciò che assume la forma giuridica di un finanziamento debba essere riclassificato come un conferimento di capitale".

Con tale posizione l'OCSE estende l'ambito oggettivo di applicazione di una norma tradizionalmente interpretata come applicabile all'unico fine di stabilire il valore normale dei beni e servizi in oggetto di una cessione transnazionale per farla assorgere a norma di per sé stessa sufficiente per contestare la deducibilità degli interessi passivi.

Il problema dell'individuazione dei casi in cui è necessario disconoscere la deducibilità degli interessi passivi corrisposti nell'ambito delle operazioni di finanziamento effettuato tra società collegate è stato risolto in molti paesi con specifiche normative.

In particolare, l'Australia, già nel 1936 inserì nell'Income Tax Assessment Act (ITAA) delle disposizioni atte a contrastare tale pratica elusiva, le quali comportano l'indeducibilità degli interessi passivi corrisposti da una società

residente ad un soggetto non residente, nella misura in cui i debiti verso tale soggetto superino di tre volte la quota capitale della società finanziata detenuta dal soggetto medesimo.

Un'analogia norma è stata recepita nel sistema Canadese nel 1972 per il quale, in ulteriore analogia con l'Australia, l'ammontare dei debiti da considerare nel calcolo del rapporto è il più elevato che si sia registrato nel corso del periodo d'imposta, senza che a tal fine rilevino però le garanzie eventualmente fornite dalla società controllante non residente.

In Germania, con una legge datata 9 luglio 1993, sono state introdotte nuove regole per riqualificare come dividendi le spese sostenute per interessi da una società di capitali in relazione ai prestiti ricevuti da un proprio azionista che abbia in essa un rilevante interesse e non sia titolare di credito d'imposta, ovvero da un terzo interposto dell'azionista medesimo.

Tale norme si applicano, però, solo qualora si verifichi il superamento di percentuali di capitale, determinate peraltro in misura differente a seconda che il soggetto che effettua il prestito sia o meno qualificabile come holding; occorre inoltre che gli interessi dovuti siano determinanti in misura fissa ovvero in relazione ai profitti conseguiti.

Tuttavia, per i soli interessi fissi tali somme non saranno riqualificate come dividendi qualora si dimostri che la società avrebbe potuto ottenere gli stessi fondi alle medesime condizioni da un terzo soggetto non collegato o dagli investitori istituzionali.

Nel Regno Unito si possono tassare alla stregua di dividendi gli interessi passivi corrisposti da una società residente ad una non residente che detenga almeno il 75% del suo capitale, qualora alla società finanziatrice sia riconosciuta la possibilità di convertire il finanziamento in capitale di rischio, ovvero tra le due partecipanti all'operazione sia stato pattuito un tasso diverso

da quello che sarebbe stato convenuto in condizioni normali o comunque correlato al volume degli utili conseguiti dalla mutuataria. Una tale riqualificazione opererà anche quando il soggetto percettore, in virtù della propria legislazione interna, possa mandare esenti da tassazione gli interessi attivi. In questo caso la riqualificazione riguarda l'intero ammontare degli interessi e non solo quelli relativi alla quota di debito eccedente il rapporto predetto.

**ALLEGATO A: PARERI COMITATO CONSULTIVO**

<b>Tutti i pareri del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive</b>	
<u>2004</u>	
Parere	Massima
Parere n.2 24 febbraio 2004	<i>L'operazione di scissione parziale proporzionale di una società, con contestuale costituzione di una nuova impresa, cui sarebbero conferiti i fattori produttivi afferenti all'attività commerciale esercitata dalla scindenda - ferma restando la manifestata intenzione dei soci di non cedere le partecipazioni della scindenda - non presenta aspetti di elusività, a condizione che non sia preordinata alla successiva vendita delle quote della beneficiaria o, comunque, a privare di operatività le imprese partecipi della complessiva riorganizzazione societaria. In tal caso, infatti, l'iniziativa delineata risulterebbe priva di valide ragioni economiche e diretta a conseguire, usufruendo del regime di neutralità fiscale tipico della scissione, un indebito risparmio d'imposta, in quanto realizzato attraverso l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario.</i>
Parere n. 1 24 febbraio 2004	<i>Le spese di rappresentanza sono sostenute al fine di creare, mantenere e accrescere il prestigio della società e di migliorarne l'immagine, senza dar luogo ad aspettative di incremento delle vendite. Inoltre, sono spese di rappresentanza quelle che comportano una particolare utilità o un particolare beneficio a favore di determinati soggetti. Sono, invece, spese di pubblicità le spese che possono determinare un incremento delle vendite, acquisendo nuova clientela o incrementando le vendite alla clientela già esistente.</i>
Parere n. 9 25 marzo 2004	<i>Una scissione parziale non proporzionale che determini la ripartizione del patrimonio immobiliare della società scissa fra due costituende società beneficiarie, mentre la società scissa continua a svolgere l'attività d'impresa già in atto senza gestione di compendi immobiliari, e che non sia preordinata alla sottrazione degli immobili ad una gestione imprenditoriale in forma societaria, né al trasferimento a terzi delle partecipazioni sociali nelle due beneficiarie, né alla liquidazione di queste o al compimento di altri atti o negozi che possano concretizzare, complessivamente, un disegno elusivo, appare sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie, giacché consente, in primo luogo, di separare l'attività immobiliare dalle altre attività d'impresa della società scissa e, in secondo luogo, di suddividere il patrimonio immobiliare della scissa fra le due società beneficiarie, in modo da consentire ai differenti soci di ciascuna di queste di gestire i diversi immobili secondo differenti criteri e strategie imprenditoriali.</i>

Parere n. 8 25 marzo 2004	<i>Ai fini del comma 11 dell'articolo 110 del Tuir non è sufficiente la prova dell'esistenza "formale" dell'impresa residente in un paese a fiscalità privilegiata quando manchi la dimostrazione documentale che la stessa svolge prevalentemente un'attività commerciale effettiva. Inoltre, la semplice dichiarazione che l'operazione prospettata abbia un effettivo interesse economico non è sufficiente a esonerare dalla dimostrazione documentale prevista dal comma 11 dell'articolo 110 del Tuir della logica economica sottesa all'effettuazione di un'operazione commerciale con un fornitore residente in un Paese a fiscalità privilegiata.</i>
Parere n. 7 25 marzo 2004	<i>Ai sensi dell'art. 5 del D.M. 13 giugno 1997, n. 194, è inammissibile la richiesta di parere, rivolta al Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, che non contenga "la dettagliata e precisa esposizione del caso concreto" e non sia corredata dei documenti rilevanti "ai fini della individuazione e della qualificazione della fattispecie prospettata, nonché della reale portata dell'operazione", risultando inadeguata a consentire al Comitato di effettuare una valutazione obiettiva, attendibile e congruamente argomentabile in merito alla sussistenza dei profili di elusività indicati dall'art. 37-bis, del D.P.R. n. 600/1973.</i>
Parere n. 4 25 marzo 2004	<i>Malgrado gli elementi addotti dall'istante a supporto della tesi della deducibilità dei costi, la non ravvisabilità degli elementi di fatto idonei a consentire il superamento della presunzione prevista dal comma 7-bis dell'articolo 76 del Tuir, come novellato dall'edizione dell' articolo 110 Tuir, suggerisce di offrire al contribuente l'opportunità di proseguire nell'esercizio del proprio onere probatorio.</i>
Parere n. 5 25 marzo 2004	<i>Senza la prova documentale dello svolgimento di una attività commerciale da parte della società estera e dell'effettivo interesse economico dell'operazione non si blocca la norma sull'indeducibilità dei costi con imprese residenti in paradisi fiscali.</i>
Parere n. 16 10 maggio 2004	<i>Non è elusiva la scissione parziale, mediante la quale un bene proveniente da una società di capitali viene scorporato e assegnato a una costituenda società che svolgerà attività di gestione immobiliare; ciò però a condizione che l'operazione sia supportata da valide ragioni economiche e non costituisca il presupposto per porre in essere, tramite altre manovre, la sottrazione dei beni dal regime d'impresa.</i>
Parere n. 6 11 maggio 2004	<i>L'operazione mediante la quale viene scorporato un bene da una società di capitali da assegnare a una nuova società che svolgerà attività di gestione immobiliare non presenta aspetti elusivi, a condizione che non costituisca la prima fase di un disegno unitario volto a sottrarre il fabbricato al regime fiscale proprio dei beni d'impresa.</i>

Parere n. 13 11 maggio 2004	<i>I costi che un'impresa intende sostenere per il viaggio e l'ospitalità della propria clientela abituale, invitata a partecipare ad un meeting – con asserite finalità promozionali di nuovi prodotti - da tenersi, per un periodo variabile dai sette ai dieci giorni, presso una rinomata località turistica, in assenza di una comprovata, diretta connessione tra oneri sofferti e ricavi conseguiti, costituiscono spese di rappresentanza.</i>
Parere n. 14 21 luglio 2004	<i>Se una SAS svolge prestazioni accessorie all'attività professionale di uno studio dentistico, si ravvisa l'interposizione di un soggetto fittizio tra l'attività svolta dai professionisti e la clientela se: 1) le sfere di attività della società e dello studio professionale non risultano definite con chiarezza sotto il profilo organizzativo ed operativo-contabile;2) l'operazione si traduce in un comportamento finalizzato esclusivamente a realizzare un risparmio fiscale non giustificato da una corrispondente realtà economica. Trova applicazione, pertanto, l'articolo 37 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.</i>
Parere n. 19 23 luglio 2004	<i>Le spese con finalità promozionali sostenute a titolo gratuito da un'impresa di mediazione non possono aprioristicamente essere riconosciute come spese gestionali, ma richiedono una rigorosa dimostrazione del requisito dell'inerenza Il criterio discretivo delle spese di pubblicità non può essere ricostruito valorizzando esclusivamente il profilo teleologico - promozionale, ma deve essere incentrato su elementi oggettivi, rappresentati dall'utilizzo di mezzi pubblicitari destinati ad una collettività indeterminata della quale si tende a sollecitare l'interesse del prodotto, anche eventualmente attraverso la mediazione della ditta o dei segni distintivi dell'impresa e a provocare l'acquisizione di nuovi clienti.</i>
Parere n. 15 28 luglio 2004	<i>Anche le operazioni che non rientrano tra quelle potenzialmente elusive possono essere sindacate dall'amministrazione finanziaria; così, pure se il comitato non può esprimersi in tale ambito, ciò non toglie che possano emergere "profili di contrarietà con altre norme".</i>
Parere n. 17 28 luglio 2004	<i>La corrispondenza societaria e i bonifici bancari possono essere sufficienti a dimostrare l'effettivo interesse economico di un rapporto commerciale con società residenti in paradisi fiscali; ciò al fine di disapplicare la norma antielusiva che rende ineducibili costi sostenuti con tali partners.</i>
Parere n. 21 29 settembre 2004	<i>Non è elusivo il trasferimento del diritto di affrancamento gratuito del disavanzo da scissione a seguito di conferimento azionario; ciò perché l'agevolazione rimasta in vigore fino al 30 aprile 2004 deriva dalla necessità di evitare una doppia tassazione sui medesimi imponibili; se infatti le plusvalenze partecipative in questione sono già state sottoposte a tassazione l'intassabilità del disavanzo è conseguenza diretta di tale imposizione e non può più essere messa in discussione nemmeno nel caso di passaggio ad altra società del gruppo.</i>

Parere n. 23 29 settembre 2004	<i>Ai fini della verifica della non elusività di un'operazione soggetta al previo interpello di cui all'art. 21 legge n. 413 del 1991 e' onere del contribuente dare prova delle ragioni di non elusività dell'operazione. In particolare, dalla mancata esplicazione delle modalità attraverso le quali dovrà essere effettuata un'operazione di scissione parziale con attribuzione di beni aziendali ai soci, nonché dalla mancata allegazione di bilanci ed altri documenti contabili comprovanti l'effettivo svolgimento dell'attività, conformemente all'oggetto sociale, possono desumersi argomenti circa l'elusività dell'operazione.</i>
Parere n. 22 29 settembre 2004	<i>L'operazione di scissione parziale non proporzionale non è di per sé elusiva, non mancando di sottolineare, tuttavia, che permangono dubbi interpretativi sulla normativa civilistica in materia societaria, attesa la novità della stessa e sempre che essa non sia preordinata all'intenzione di porre in essere, successivamente, attività tese alla sottrazione di plusvalenze latenti alla tassazione. Inoltre, va precisato che, se gli interessi economici di un socio risultassero pregiudicati dall'operazione di scambio delle partecipazioni e fosse, pertanto, necessario corrispondere un eventuale ristoro in denaro o in natura da parte dell'altro socio, questo andrà assoggettato a tassazione ordinaria in capo al socio percipiente. Infine, non va trascurato, proprio in ragione della non ben precisata situazione dei fatti, se sia vietato al socio della beneficiaria di possedere partecipazioni nella società scissa. Ove ciò non fosse ritenuto possibile si realizzerebbe, più che una completa autonomia delle due società, una vera e propria separazione e quindi si assisterebbe ad uno smembramento di azienda difficilmente riconducibile ad una ristrutturazione aziendale.</i>
Pareri n. 24 25 - 27 ottobre 2004	<i>E' legittima la fusione in neutralità fiscale, in assenza di perdite pregresse; almeno se non risulta preordinata al trasferimento a terzi delle partecipazioni sociali o al compimento di altri atti o negozi che possano concretizzare, complessivamente, un disegno elusivo; l'operazione è infatti strutturalmente pensata per consentire un rafforzamento economico-finanziario del soggetto imprenditoriale societario, principalmente attraverso la riduzione dei costi e la congiunzione in unica società di diversi rami aziendali.</i>
Parere n. 26 27 ottobre 2004	<i>Occorre sempre, all'interno delle spese sostenute per convegni, distinguere quelle che possono essere considerate interamente deducibili perché inerenti l'attività d'impresa, quelle qualificabili come spese di pubblicità, anch'esse riconosciute integralmente e quelle di rappresentanza, che portano con sé limitazioni alla rilevanza fiscale.</i>
Parere n. 27 27 ottobre 2004	<i>E' elusiva la cessione del contratto di leasing mascherata attraverso successive e articolate operazioni straordinarie volte a far passare la titolarità dell'accordo all'interno del gruppo societario, sfuggendo alla tassazione prevista per tali fattispecie; soprattutto se nell'istanza si invoca lo stesso risparmio di imposta come fonte della validità delle ragioni economiche sottostanti il progetto di ristrutturazione.</i>

<u>2003</u>	
Parere n. 1 3 aprile 2003	<i>L'operazione di scissione parziale e proporzionale di una società non presenta margini di elusività, a condizione che la medesima operazione non sia strumentale alla trasformazione di beni di primo grado in beni di secondo grado al fine di beneficiare del più vantaggioso regime fiscale delle plusvalenze, ovvero che non rientri in un ampio complesso di atti attraverso i quali la società scissa venga svuotata di immobilizzazioni materiali e la beneficiaria venga privata di operatività, risultando mero "contenitore" dei beni in essa trasferiti, al solo fine di spostare nel tempo le plusvalenze sui beni stessi, beneficiando del regime di neutralità fiscale tipico della scissione.</i>
Parere n. 3 4 aprile 2003	<i>L'operazione di scissione parziale, mediante la quale vengono scorporati da una società agricola dei beni immobili da assegnare a valori di libro ad una nuova società che svolgerà attività immobiliare, non è di per sé elusiva, salvo che non vengano posti in essere, in seguito, atti, fatti o negozi volti ad aggirare norme impositive, onde la scissione risulterebbe ex post come il primo stadio d'un ampio disegno elusivo.</i>
Parere n. 4 8 maggio 2003	<i>Se una società in accomandita semplice, accendendo un mutuo decennale acquisisce le quote di una società in nome collettivo e successivamente la incorpora, l'operazione è da considerarsi elusiva, in quanto diretta a preconstituire componenti negativi dl reddito in capo all'incorporante, non costituendo valide ragioni economiche, né il risparmio delle contribuzioni previdenziali ed il beneficio della responsabilità limitata per i soci cedenti, né la liquidazione di quote difficilmente cedibili a terzi, perché riferibili anche all'ipotesi della trasformazione societaria.</i>
Parere n. 6 10 aprile 2003	<i>La cessione di partecipazioni da parte di persone fisiche non imprenditori a favore di una società dalle stesse interamente partecipata, ad un prezzo pari al valore fiscalmente riconosciuto ma inferiore al valore di mercato e con pagamento dilazionato sine die, è elusiva in assenza di valide ragioni economiche. Tale cessione, aggirando le norme sul conferimento a valore normale ai sensi dell'art. 9 del tuir previste per le persone fisiche non esercenti attività d'impresa, è posta in essere al fine esclusivo di conseguire un indebito risparmio d'imposta identificabile nella mancata emersione della plusvalenza tassabile in capo alle persone fisiche cedenti.</i>

Parere n. 7 30 luglio 2003	<i>Ha carattere elusivo l'operazione di scissione parziale proporzionale di una società, nel caso in cui la scelta dello specifico schema operativo scaturisca, in via del tutto prevalente, dall'intendimento di conseguire i vantaggi di natura fiscale previsti dall'art. 37-bis d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, da individuare, in particolare, nel trattamento fiscale delle perdite che, invece, nell'ambito della diversa operazione di fusione incontrano il limite di cui all'art. 123, quinto comma del tuir.</i>
Parere n. 11 29 ottobre 2003	<i>In assenza di una comprovata connessione tra spese sostenute e ricavi conseguiti, i costi sostenuti per incontri - degustazioni con la clientela per presentazioni di vino commercializzato e/o destinato ad essere utilizzato con prodotti finanziari mirate ad un gruppo ristretto di potenziali clienti, nonché i costi sostenuti per gli incontri - degustazioni per presentazioni rivolte ad un ampio numero di clienti non possono essere ricondotti nell'ambito dei costi direttamente connessi al conseguimento dei ricavi e, in quanto tali, ordinariamente deducibili ai sensi dell'art. 75, comma 5, del tuir ma costituiscono, invece, spese di rappresentanza soggette al regime previsto dall'art. 74, comma 2, del tuir.</i>
Parere n. 15 20 ottobre 2003	<i>L'operazione di scissione parziale e proporzionale è fiscalmente neutrale e non assume valenza elusiva se non quando rappresenta il primo passo di un disegno più generale volto non a creare sistemi aziendali operanti medio tempore ma finalizzato unicamente alla successiva rivendita di quote di beni senza che vi sia in concreto una continuazione nell'attività aziendale. Ciò in quanto i plusvalori relativi agli immobili oggetto di trasferimento - rimanendo attratti al regime dei beni d'impresa - concorreranno al reddito secondo le ordinarie regole vigenti al momento in cui gli stessi verranno ceduti o assegnati ai soci. La conseguente cessione reciproca tra i soci, delle partecipazioni nelle società risultanti dalla scissione, darà luogo all'emersione di corrispettivi da assoggettare a tassazione secondo le regole ordinarie del capital-gain.</i>
Parere n. 16 20 ottobre 2003	<i>L'operazione di scissione parziale proporzionale, mediante la quale vengano scorporati da una società dei beni immobili, da assegnare con continuità di valori fiscali ad una nuova società, che concederà gli stessi immobili in locazione a prezzi di mercato alla società scindenda, non è di per sé elusiva, anche nel caso in cui la partecipazione azionaria nella società scindenda venga trasferita, previa rivalutazione, alla società costituenda, salvo che non vengano posti in essere ulteriori atti, fatti o negozi, connessi a tale operazione, volti ad aggirare norme impositive.</i>

Parere n. 17 22 dicembre 2003	<i>L'operazione di scissione totale non proporzionale di una società, con contestuale estinzione della medesima e costituzione di tre nuove aziende -fermo restando la manifestata intenzione dei soci delle beneficiarie di non cedere le pertinenti partecipazioni - non presenta aspetti di elusività, a condizione che non sia preordinata all'assegnazione ai titolari del capitale sociale delle imprese costituende dei beni a queste trasferiti. In tal caso, infatti, le aziende beneficiarie, private di operatività, risulterebbero mero "contenitore" dei beni da esse posseduti, al solo fine di differire nel tempo la tassazione delle relative, plusvalenze, usufruendo del regime di neutralità fiscale tipico della scissione.</i>
Parere n. 18 22 dicembre 2003	<i>E' elusiva l'operazione di scissione totale non proporzionale di una società immobiliare in tre nuove società immobiliari il cui capitale verrebbe attribuito in modo che nessuno dei tre soci detenga l'intero patrimonio della società a lui spettante.</i>
Parere n. 19 23 dicembre 2003	<i>Non presenta profili di elusività, l'operazione, che si concretizza in una trasformazione della s.n.c. in s.r.l., ed in una successiva scissione parziale proporzionale, a valori di libro, in quanto la stessa non appare finalizzata al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali. Nella fattispecie, i cespiti sono dapprima interessati da un'operazione di trasformazione omogenea realizzata tra società, i cui redditi sono considerati redditi d'impresa e sono determinati unitariamente secondo le norme relative a tali redditi e, successivamente, dalla scissione per effetto della quale i beni permangono, comunque, all'interno del reddito d'impresa. Considerato che né l'operazione di trasformazione, attuata in neutralità in quanto operazione "straordinaria" sui soggetti e non sui beni, né quella di scissione con attribuzione degli immobili alla società a responsabilità limitata neo costituita, comportano la fuoriuscita dei beni dal regime dei beni d'impresa, non si configura alcun risparmio d'imposta, non venendo meno le condizioni di latenza d'imposta sui plusvalori dei predetti beni, che concorreranno alla formazione del reddito della società beneficiaria, secondo le regole ordinarie, al momento della cessione o assegnazione ai soci.</i>

<u>2002</u>	
Parere n. 3 3 aprile 2002	<i>Un progetto di riorganizzazione fra tre società inteso ad ottenere la separazione della proprietà immobiliare dai rischi di natura imprenditoriale non presenta profili di elusività, trattandosi di operazione neutrale sotto l'aspetto fiscale non comportante la sottrazione al regime d'impresa dei beni trasferiti (la prospettata fusione verrebbe posta in essere nel rispetto della previsione della neutralità fiscale di cui all'art. 123 tuir.</i>
<b>Parere n. 4</b> 3 aprile 2002	<i>La spesa sostenuta da un operatore turistico nel settore dei soggiorni di studio linguistico in Paesi esteri per viaggi, alloggio, apprestamento di locali idonei ad incontri collettivi con insegnanti di lingue straniere e/o rappresentanti di gruppi di genitori in funzione dell'illustrazione degli specifici servizi e della loro qualità non può essere ricondotta alla nozione di spesa di pubblicità o propaganda e neppure alla nozione di costo direttamente connesso al conseguimento dei ricavi e costituisce invece spesa di rappresentanza soggetta al regime previsto dall'art. 74, comma II, del tuir.</i>
Parere n. 6 4 luglio 2002	<i>L'operazione di scissione parziale, e non proporzionale, di una società volta esclusivamente a consentire la divisione in regime di neutralità fiscale (per la società ed i relativi soci) di un'azienda in due complessi autonomi funzionanti, non presenta profili di elusività, non essendo preordinata né alla successiva liquidazione della società beneficiaria, né alla dismissione delle relative partecipazioni, né alla vendita dei relativi beni immobili ed in generale all'effettuazione di altri fatti, atti o negozi volti ad un più ampio disegno elusivo.</i>
Parere n. 9 5 luglio 2002	<i>E' inammissibile la richiesta di parere su operazione di scissione parziale, non proporzionale, atteso che l'impostazione dell'intervento di ristrutturazione societaria risulta non conforme alla normativa civilistica. Le modalità tecniche di perfezionamento della scissione non fanno emergere né disavanzi o avanzi conseguenti al rapporto di cambio delle azioni della società scissa, né tanto meno disavanzi o avanzi conseguenti all'annullamento di azioni o quote detenute. Impropriamente, pertanto, le differenze in capo alle due società vengono considerate avanzo o disavanzo di gestione. Il caso esaminato, nel suo schematismo essenziale, è catalogabile tra le ipotesi di puro trasferimento a nuova società di un immobile, senza che emergano plusvalenze fiscalmente rilevanti e, pertanto, ove si potesse prescindere dal profilo dell'inammissibilità del parere, l'operazione sarebbe da ritenere - stante il ricorrere di diversi elementi sintomatici - elusiva in quanto non assistita da valide ragioni economiche.</i>

Parere n. 11 19 luglio 2002	<i>La cessione d'azienda tra controllante e controllata, seguita dalla liquidazione della cedente, posta in essere quale alternativa alla fusione per incorporazione, costituisce operazione elusiva allorché - pur destinata a realizzare un risultato organizzativo economicamente valido - sia prescelta per ottenere il riconoscimento fiscale della differenza tra costo della partecipazione e patrimonio nella controllata aggirando, la norma che subordina il riconoscimento fiscale del disavanzo di fusione al pagamento dell'imposta sostitutiva.</i>
Parere n. 13 19 luglio 2002	<i>Sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli effetti derivanti da un complesso coordinato di operazioni la cui scissione con trasferimento di singoli beni risulti strettamente concatenata ed esclusivamente preordinata alla successiva cessione delle partecipazioni delle società beneficiarie posto che sono assenti le valide ragioni economiche nel caso in cui manchi la volontà di operare in base al contratto societario e perché, così agendo, si consegue un vantaggio tributario che, in quanto realizzato attraverso l'aggiramento delle regole sulle plusvalenze, è da considerarsi indebito.</i>
Parere n. 14 30 luglio 2002	<i>L'operazione di scissione parziale, e non proporzionale, di una società volta esclusivamente a consentire la divisione a consentire la divisione, in regime di neutralità fiscale, di un complesso aziendale in due sistemi economici, ciascuno dei quali proporzionalmente idoneo a svolgere attività imprenditoriale, non presenta profili di elusività, non essendo preordinata né alla successiva rivendita delle quote societarie da parte dei soci persone fisiche - al mero scopo di spostare la tassazione dei beni di primo grado (immobile), normalmente più onerosa, ai beni di secondo grado (quote di partecipazione), soggetta al più mite regime del capital gains - né al compimento di altri fatti, atti o negozi volti ad un più ampio disegno elusivo.</i>
Parere n. 18 24 settembre 2002	<i>E' consentito ridurre il valore della partecipazione nella società controllata basandosi sui criteri di computo tributari previsti dagli articoli 59, 61, 66 e 75 del tuir e dall'articolo 2426 c.c.</i>
Parere n. 19 9 dicembre 2002	<i>Affermata l'insussistenza dei requisiti richiesti dal disposto del Comma 7-ter dell'art. 76 del tuir per la deducibilità di voci di costo generate in Paesi a fiscalità agevolata, per società facente parte di un gruppo multinazionale che - stante la necessità di costante consulenza in diversi settori - aveva costituito una società di servizio, disciplinata dal diritto svizzero e non soggetta, per effetto di ruling, ad imposte cantonali e municipali. Malgrado gli elementi addotti dall'istante a supporto della tesi della deducibilità di costi, non e' stata ravvisata la sussistenza di elementi fatto e di diritto idonei a consentire il superamento della presunzione prevista dal comma 7-bis dell'art. 76 del tuir.</i>

<u>2001</u>	
Parere n. 1 19 febbraio 2001	<i>Le spese sostenute per il viaggio e l'ospitalità di clienti invitati a partecipare ad una fiera mercato nella quale sono esposti e venduti i prodotti trattati da una società non costituiscono spese di rappresentanza né spese di pubblicità e propaganda quando, per le specifiche caratteristiche delle manifestazioni e dei prodotti trattati e per l'organizzazione degli inviti mirata a conseguire, secondo ragionevole previsione, la normale conclusione di contratti di vendita di consistenza significativa con una spesa inferiore a quella inerente alle forme tradizionali della loro acquisizione (rete di vendita propria, rappresentanti di commercio, etc.).</i>
Parere n. 4 5 luglio 2001	<i>Non ha carattere elusivo delle disposizioni contenute nella convenzione italo-elvetica contro le doppie imposizioni l'operazione di ristrutturazione societaria da realizzarsi mediante la scissione - in forma proporzionale e senza la realizzazione di avanzi o disavanzi - degli elementi di produzione degli immobili industriali, il conferimento dei primi ad una società di nuova costituzione e la successiva cessione delle quote di questa ad una società di diritto elvetico interessata all'acquisto, con le suddette modalità, del ramo di azienda, essendo indubbia la validità delle ragioni economiche connesse alla dismissione a quest'ultimo e rispettoso dell'accordo italo-svizzero il regime fiscale conseguente a tale operazione.</i>
Parere n. 5 18 luglio 2001	<i>L'operazione di scissione parziale, e non proporzionale, di una società operante nel settore del Commercio all'ingrosso di apparecchiature di laboratorio ad alto contenuto tecnologico - da effettuarsi ai sensi dell'art. 123-bis TU dicembre 1986, n. 917, mediante la costituzione di una nuova società alla quale attribuire la proprietà di un immobile strumentale, ritenuto non più idoneo allo svolgimento dell'attività commerciale, con conseguente assegnazione a soggetti o criteri diversi dall'originaria attività commerciale e dell'attività di gestione del suddetto immobile - non presenta profili di elusività trattandosi di operazione neutrale sotto l'aspetto fiscale, atteso che non comporta la sottrazione del regime di impresa dell'immobile attribuito alla società di nuova costituzione e risponde al tempo stesso ad apprezzabili ragioni economiche.</i>
Parere n. 7 18 luglio 2001	<i>Ha carattere elusivo la precostituzione artificiosa della qualità di socio, previa acquisizione di quote, qualora sia finalizzata all'applicazione dell'art. 55, quarto comma del tuir, che esclude la configurazione di sopravvenienza attiva nel caso in cui la rinuncia al credito provenga dai soci.</i>

Parere n. 8 19 luglio 2001	<i>La partecipazione totalitaria di una Fondazione in una società titolare di immobili anche solo parzialmente diversi da quelli strumentali integra un comportamento elusivo e ciò in quanto ai sensi del quarto comma dell'art. 12 del DLG 17 maggio 1999, n. 153 la Fondazione perde la sua natura di ente non commerciale e la conseguente agevolazione dell'art. 6 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, qualora risulti titolare di diritti reali diversi da quelli strumentali per l'attività esercitata.</i>
----------------------------------	--

**2000**

Parere n. 1 2 febbraio 2000	<i>Nel presupposto che i maggiori valori iscritti per effetto del disavanzo sono da assumere in corrispondenza agli incrementi del valore delle partecipazioni relative alla società incorporata già acquisiti a tassazione, è consentito, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, il riconoscimento in franchigia fiscale del disavanzo da annullamento di azioni o quote fino a concorrenza delle plusvalenze da cessione delle stesse a condizione che l'incorporante documenti le plusvalenze realizzate dalla società stessa o dai precedenti possessori.</i>
Parere n. 4 21 febbraio 2000	<i>Il giudizio sull'esistenza di valide ragioni economiche cui fa riferimento l'art. 37-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n.600 deve essere condotto avendo riguardo al concreto atteggiarsi dell'operazione prospettata e in base a criteri oggettivi, con riferimento cioè ai soggetti che pongono in essere il negozio e perciò, nel caso di scissione, alla società che prevede di scindersi e a quella beneficiaria, senza tener conto dell'eventuale beneficio economico riferibile a soggetti diversi e, in particolare, ai soci.</i>
Parere n. 5 24 febbraio 2000	<i>E' illegittima l'operazione di cessione di quote sociali da parte dei soci di una società a responsabilità limitata nella misura in cui viene prospettata una determinazione del valore delle plusvalenze di cessione secondo criteri difformi da quelli stabiliti dall'art. 82, quinto comma, del tuir, a nulla rilevando che la cessione di quote riguarda solo il 50% delle quote stesse e non la loro totalità.</i>
Parere n. 6 13 marzo 2000	<i>Agli effetti della fruizione dei benefici fiscali previsti dall'art. 2 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 544, non costituisce valida ragione giustificativa dell'operazione di scambio di azioni fra una società con sede legale in Italia ed una con sede legale in un Stato aderente all'Unione europea - con conseguente assunzione da parte della seconda del controllo maggioritario, seppure indiretto, sulla prima - la mera prospettiva di una possibile collocazione in borsa ovvero di un più favorevole ricorso al mercato creditizio del suddetto Stato.</i>

Parere n. 9 22 marzo 2000	<i>Ai sensi dell'art. 3, comma 3, lett. a), del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 466, il Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, e' tenuto ad esprimere parere favorevole sulle istanze dei contribuenti allorché sia provato che non vi è stato l'effetto moltiplicatore degli incrementi del capitale investito di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 466 del 1997, che invece si verificherebbe qualora il medesimo ammontare di capitale investito da una società italiana per capitalizzare una partecipata estera fosse successivamente, per effetto di ulteriore capitalizzazione a cascata fra società direttamente o indirettamente controllata dalla società italiana, utilizzato per capitalizzare a sua volta un'altra società italiana partecipata.</i>
Parere n. 10 13 marzo 2000	<i>Le spese di una società costituita per l'attuazione di iniziative di promozione del turismo sopportate per offrire ospitalità ad operatori professionali del settore e per organizzare e gestire manifestazioni comunque intese a conseguire lo sviluppo dell'attività turistica, attività svolte contro pagamento di corrispettivi determinati tenendo conto dei costi generali e dei costi specifici sostenuti, non costituiscono spese di rappresentanza, ma spese inerenti ad attività che generano ricavi, deducibili ai sensi dell'art. 75 del tur.</i>
Parere n. 13 8 maggio 2000	<i>Non ha contenuto elusivo l'aumento del capitale sociale, statuito da una società al fine di rafforzare la struttura aziendale, che sia stato sottoscritto, per la maggior parte, da una società con sede legale all'estero, nel caso in cui il rapporto fra quest'ultima società e la sua controllante italiana non determini un travaso di mezzi finanziari dall'una all'altra tale da comportare una duplicazione dei benefici di cui al d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 466.</i>
Parere n. 14 8 maggio 2000	<i>Non sussistono valide ragioni economiche, ex art. 37-bis d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600, nella scissione di una società a favore di altra società costituenda, nel caso in cui la prima già da tempo non svolge più alcuna attività di impresa, con la conseguenza che scopo effettivo dell'operazione non è quello di incentivare e razionalizzare i fattori produttivi dell'impresa sociale (che già da tempo non esiste più) ma di distribuire il patrimonio tra i titolari del capitale sociale.</i>

Parere n. 15 22 maggio 2000	<i>Non presenta aspetti di elusività delle norme fiscali ex art. 37-bis d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600, essendo supportate da valide ragioni economiche, l'operazione condotta da due società con sede legale in Italia - entrambe parti di un gruppo societario multinazionale operante nel settore della commercializzazione di prodotti cartacei e per il trattamento dell'incontinenza - volta alla costituzione di una società di capitali alla quale ciascuna di esse conferirebbe ex artt. 2341 e 2345 c.c., a titolo di aumento di capitale, un proprio ramo di azienda, mentre continuerebbe ad operare in settori diversi da quello conferito, a nulla rilevando in contrario, insieme a sicuri vantaggi di ordine economico ed organizzativo, non sia possibile a priori quantificare gli eventuali vantaggi fiscali derivanti dall'operazione.</i>
Parere n. 18 12 giugno 2000	<i>La spesa sostenuta da un imprenditore per organizzare una crociera riservata ai propri fedeli clienti nel corso della quale vengono presentati ai clienti medesimi nuovi prodotti in anteprima costituisce spesa di rappresentanza, deducibile nei limiti e con le modalità previsti dall'articolo 74, comma 2, del tur.</i>
Parere n. 19 28 luglio 2000	<i>Agli effetti dell'indagine circa l'esistenza di una valida ragione economica dell'operazione, il progetto di scissione da realizzarsi in modo proporzionale, in base a valori contabili e senza che si evidenzino avanzi o disavanzi di scissione e che, del pari, prevede l'attribuzione delle poste e delle riserve in misura proporzionale, è tale da escludere la sussistenza di aspetti elusivi.</i>
Parere n. 20 28 luglio 2000	<i>Il conferimento di un'impresa individuale in una società in accomandita semplice - di cui il titolare della prima sarà l'unico socio accomandatario e di maggioranza, mentre gli altri soci accomandanti verseranno in contanti, oltre ad una quota del 10% di capitale sottoscritto, anche un fondo sovrapprezzo - è operazione che può usufruire delle agevolazioni dettate dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, che consente il conferimento dell'unica azienda dell'imprenditore individuale in franchigia fiscale, rinviando la tassazione dei plusvalori latenti al momento dell'alienazione, anche a titolo gratuito, delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento; infatti detta operazione non presenta profili elusivi, atteso che la costituzione di un fondo sovrapprezzo al momento dell'ingresso dei soci accomandanti nella compagine sociale assolve proprio alla funzione economica di rapportare al valore effettivo della società, rimasto latente, la quota di partecipazione dei soci.</i>

Parere n. 21 28 luglio 2000	<i>Il conferimento in società di un'azienda gestita da un imprenditore individuale comprendente contratti di locazione finanziaria non dà luogo alla realizzazione di sopravvenienze attive ai sensi dell'art. 55, comma 5, del tuir e non costituisce operazione elusiva ai fini dell'art. 37 bis, comma 1, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.</i>
Parere n. 22 28 luglio 2000	<i>La cessione, anche a titolo gratuito, delle partecipazioni ricevute in cambio dell'unica azienda individuale conferita, con la conseguente perdita della veste di imprenditore, si considera effettuata - ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 358/1997 - nell'esercizio d'impresa se posta in essere entro tre anni dal conferimento. Ne consegue che la plusvalenza derivante da tale operazione e' assoggettabile a tassazione ordinaria interamente nell'esercizio di realizzo della cessione stessa, senza possibilità di usufruire della rateizzazione prevista dall'art. 54, comma 4, del tuir. La plusvalenza imponibile è costituita dalla differenza tra il valore di realizzo ed il costo di iscrizione dell'azienda conferita nelle scritture contabili della società conferitaria, che, per il conferente, viene a costituire costo fiscale delle partecipazioni, ai fini delle successive vicende realizzative. E' fatta salva, comunque, la possibilità di optare per la tassazione separata di cui all'art. 16, comma 1, lettera g), del tuir, in quanto trattasi di azienda posseduta da oltre un quinquennio alla data del conferimento.</i>
Parere n. 23 5 ottobre 2000	<i>Non sussistono i presupposti per l'applicazione del trattamento tributario previsto dall'art. 6, comma 2, decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 358, nel caso di fusione c.d. inversa, cioè di incorporazione della società controllante in quella controllata, ove non ricorrano valide ragioni economiche alla base dell'operazione e quest'ultima risulti sostanzialmente rivolta al conseguimento di un trattamento fiscale estraneo alla sua reale natura.</i>
Parere n. 26 24 ottobre 2000	<i>Non sussistono valide ragioni economiche che giustifichino l'inapplicabilità dell'art. 37-bis, commi 1 e 2 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 - nell'operazione effettuata da una società Y, controllata dagli stessi azionisti della società X, di acquisto del 90% del capitale della società X attraverso un aumento del capitale della società Y, ottenuto anche a mezzo di un prestito oneroso, mirando tale operazione in realtà a far conseguire ai soci della società X la liquidità del valore della loro partecipazione, senza corrispondere il tributo che sarebbe dovuto nell'ipotesi in cui una notevole parte della liquidità fosse conseguita tramite la distribuzione ai soci degli utili disponibili dalla società X.</i>

<b>1999</b>	
Parere n. 1 18 marzo 1999	<i>Poiché sono illegittimi i comportamenti tesi a moltiplicare, a fronte della medesima immissione di nuovo capitale investito, la base di calcolo del beneficio di cui all'art. 1 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 466, non si manifesta alcuna situazione ostativa a che il soggetto che ha proceduto all'aumento di capitale di una società residente, sottoscritto da un socio non residente a sua volta controllato da un soggetto residente, possa legittimamente dare rilevanza, ai fini dit, all'operazione, allorquando l'aumento di capitale non abbia dato luogo a duplicazione o moltiplicazione dei benefici ritraibili.</i>
Parere n. 2 11 marzo 1999	<i>Ai fini della deducibilità delle spese di rappresentanza, si ravvisano i presupposti per l'applicazione dell'art. 74, comma 2, tuir, allorquando per la partecipazione ad una trasmissione televisiva gli ospiti vengano spesati di vitto e alloggio sempreché le prestazioni siano rese in via occasionale e che a fronte di un costo esse non configurino corrispettivi imponibili in capo al beneficiario.</i>
Parere n. 4 23 marzo 1999	<i>Non e' giustificata da valide ragioni economiche la scissione societaria che comporterebbe un cospicuo indebolimento patrimoniale della società scissa, con conseguenze negative sulla relativa affidabilità.</i>
Parere n. 5 4 febbraio 1999	<i>Laddove vengano rispettate le previsioni contenute nell'articolo 76, comma 5, del tuir, in base alle quali la cessione di partecipazioni deve avvenire ad un valore non superiore al valore normale, come definito dall'articolo 9 dello stesso tuir, l'operazione di fusione per incorporazione non può considerarsi elusiva allorquando sussistano le valide ragioni economiche che ne giustificano la realizzazione, rappresentate, nella fattispecie, dalla integrazione verticale delle fasi successive dello stesso processo produttivo e dal raggiungimento di rilevanti vantaggi in termini di economia di scala con conseguente risparmio di costi ed aumento della produttività, atteso che il risparmio d'imposta realizzato non e' in contrasto con la normativa fiscale e civilistica</i>
Parere n. 6 8 luglio 1999	<i>Poiché per conferimento di ramo di azienda si intende il trasferimento di uno specifico settore dell'azienda composto da un insieme di beni tra loro coordinati e utilizzabili per realizzare un determinato ciclo produttivo, allorquando non emergono elementi univoci per ritenere sussistente ab origine una effettiva distinzione funzionale ed organizzativa delle attività svolte dalla società che effettua il conferimento, trova applicazione l'art. 37-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.</i>

Parere n. 7 8 marzo 1999	<i>Attesa l'obiettiva differenza fra il c.d. diritto di piazza (da qualificare come obiettiva potenzialità di profitto di un determinato esercizio, in funzione della sua dislocazione geografica all'interno di un determinato complesso territoriale, più o meno urbanizzato) e il c.d. diritto di esercizio (da ascrivere al novero delle posizioni giuridiche soggettive perfette, che ricorrendo ogni altra condizione di legge, possono, in determinati casi, costituirsi in capo al soggetto privato in conseguenza e per effetto di un apposito provvedimento amministrativo) non e' dato alle parti di una compravendita di farmacia di definire di comune accordo la quota del prezzo corrispettivo da imputare al valore economico del diritto di esercizio, e, di conseguenza, sottrarre quella stessa quota ad ogni possibile rilevanza sul piano tributario.</i>
Parere n. 8 8 marzo 1999	<i>Con riguardo ad un'operazione di scissione, può ravvisarsene la valida ragione economica (art. 37-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600) allorché la crescita di produttività in uno specifico settore viene perseguita attraverso il collegamento con aziende simili e per il tramite di operazioni che richiedono lo snellimento della struttura operativa, in modo da tenere distinti i mezzi necessari all'esercizio dell'attività propria dell'impresa, rispetto a quelli più tipicamente immobiliari, che non concorrono in ugual misura all'oggetto della produzione industriale (c.d. spin off immobiliare).</i>
Parere n. 9 9 marzo 1999	<i>Non presenta i connotati propri dell'operazione elusiva il conferimento d'azienda che venga effettuato nel rispetto di quanto stabilito dall'articolo 3, comma 1 e 3, del decreto legislativo 8 ottobre 1997, n. 358. La fattispecie si riferisce al conferimento, in una società di nuova costituzione, di un'impresa individuale organizzata in due rami d'azienda, uno dei quali gestito direttamente dal titolare e l'altro dato in affitto ad una società. Affinché il conferimento dell'intera azienda possa fruire del regime tributario previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 1997, n. 358, è necessario tuttavia che il titolare dell'impresa individuale, al momento del conferimento, si trovi nella disponibilità del ramo d'azienda dato in affitto, non essendo consentito, riguardo a quest'ultimo, conferire la società che lo gestisce a titolo di affittuario.</i>
Parere n. 10 11 marzo 1999	<i>Non dà luogo all'applicazione dell'art. 37-bis, commi 1 e 2, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, la scissione realizzata assicurando, nel rispetto delle norme civili e tributarie, la neutralità fiscale dell'operazione, con previsione di un conguaglio al fine di evitare un vantaggio economico in capo ad una delle parti.</i>

Parere n. 12 7 maggio 1999	<i>Le spese sostenute da un'impresa farmaceutica per l'acquisizione e la realizzazione della documentazione tecnica illustrativa contenente il riassunto delle caratteristiche del prodotto secondo le previsioni degli artt. 8, comma 1, e 9, comma 4, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 541, costituiscono spese di pubblicità ai fini dell'art. 74, comma 2, del tuir.</i>
Parere n. 14 7 maggio 1999	<i>Costituiscono spese di rappresentanza, deducibili nel limite e con le modalità risultanti dall'art. 74, comma 2, del tuir, quelle spese specificamente finalizzate a determinare un'immagine positiva delle strutture commerciali presenti in un certo comprensorio, favorirne lo sviluppo e promuovere futuri ricavi.</i>
Parere n. 15 7 maggio 1999	<i>Presenta il carattere di una manovra elusiva la ristrutturazione aziendale caratterizzata da operazioni che, sebbene sotto il profilo civilistico possono configurare, singolarmente considerate, un conferimento di azienda o di un ramo di azienda, nel loro insieme integrano un disegno elusivo, volto a conseguire esclusivamente vantaggi fiscali senza che si possa ravvisare la sussistenza delle valide ragioni economiche richieste dalla legge.</i>
Parere n. 16 4 agosto 1999	<i>Fa emergere l'esistenza di valide ragioni economiche, che escludono finalità elusive, l'operazione societaria con la quale tra l'altro e' stabilito che la cessione di un'azienda avvenga ad un prezzo in linea con il valore di mercato, con realizzo di plusvalenze che concorrerebbero alla tassazione dei redditi della società cedente in unica soluzione nell'esercizio di realizzo, con utilizzo di perdita fiscale pregressa nei limiti e nei tempi di cui all'art. 102 del tuir, e che il disavanzo derivante dalla fusione sia allocato ad avviamento con determinazione della quota di avviamento ai sensi dell'art. 7 d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358.</i>
Parere n. 17 27 luglio 1999	<i>Nel caso in cui una società residente partecipi interamente al capitale di una società non residente, di diritto olandese, e la seconda società, a propria volta, costituisca un'altra società residente, partecipando interamente al capitale di quest'ultima, il conferimento in conto capitale dalla prima a favore della seconda società, effettuato per consentire, con il concorso altresì di risorse proprie della seconda società, la costituzione del capitale della terza società, non deve reputarsi operazione elusiva ai sensi dell'art. 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, in relazione all'art. 3, comma 3, lett. a), del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 466, sempreché le risorse costituenti il predetto conferimento non abbiano già fruito dei benefici di cui in capo alla prima società, e le medesime risorse confluiscono nel capitale della terza società insieme a risorse originariamente proprie della seconda società, non residente.</i>

Parere n. 18 21 luglio 1999	<i>Si considera elusiva l'operazione di cessione delle eccedenze d'imposta nell'ambito di un gruppo, quando i soggetti che intervengono nell'operazione non sono tenuti ovvero non hanno l'obbligo di redazione del bilancio consolidato, atteso che l'art. 43-ter del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 (disciplina della cessione delle eccedenze d'imposta nell'ambito del gruppo), al quarto comma, secondo periodo, consente la cessione delle eccedenze d'imposta, a prescindere dalla sussistenza delle condizioni di cui al primo periodo dello stesso comma, tra i soggetti che hanno l'obbligo e non la mera facoltà di redigere il bilancio consolidato.</i>
Parere n. 19 4 ottobre 1999	<i>Il riconoscimento, ai fini fiscali, del disavanzo di fusione risultante da annullamento delle quote di partecipazione possedute dalla società incorporante è subordinato al pagamento dell'imposta sostitutiva di cui all'art. 6, comma 1, decreto legislativo 8 ottobre 1997, n. 358 per la parte eccedente la plusvalenza già assoggettata ad imposizione come componente del reddito dell'impresa cedente.</i>
Parere n. 21 7 settembre 1999	<i>L'operazione di trasformazione in società semplice rientra nel concetto di trasformazione, cui fa riferimento l'art. 37-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, in quanto quest'ultimo articolo ha portata generale e non presuppone una sua coincidenza con l'ambito applicativo delle trasformazioni tipizzate di cui agli artt. 2498 del codice civile (che contempla unicamente la c.d. trasformazione progressiva) e 122 del tuir (che contempla unicamente le trasformazioni delle società lucrative). Deve considerarsi quindi elusiva l'operazione di trasformazione in società semplice quando e' posta in essere con l'intento di fruire delle agevolazioni di cui all'art. 29 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 (assoggettando ad imposta sostitutiva le plusvalenze sugli immobili) al fine di sottrarre all'imposizione le plusvalenze realizzate sugli immobili stessi a seguito della loro cessione.</i>
Parere n. 24 4 ottobre 1999	<i>Il costo sostenuto per l'erogazione di doni alle persone che accettano di organizzare, nella propria abitazione, incontri collettivi finalizzati alla dimostrazione delle qualità dei prodotti commercializzati da un'impresa nonché a persone estratte tra i partecipanti alla dimostrazione medesima, finalizzata alla fissazione di successivi incontri individuali destinati alla realizzazione delle vendite degli stessi prodotti, non costituisce spesa di rappresentanza né spesa di pubblicità e propaganda, ma, purché ragionevolmente proporzionato, spesa relativa ad attività dalla quale derivano ricavi, deducibile ai sensi dell'art. 75 del tuir</i>

Parere n. 25 7 dicembre 1999	<i>In ipotesi di cessione delle rispettive quote sociali da parte di tutti i soci di una società a responsabilità limitata, sostanzialmente assimilabile ad una cessione d'azienda, ai fini della determinazione delle plusvalenze occorre applicare i criteri stabiliti dall'art. 82, comma 5, del tuir e pertanto, quanto alla individuazione del valore iniziale di riferimento, occorre tener conto separatamente per ogni quota delle relative modalità di acquisto, sia con riguardo alla data, sia con riguardo al titolo giuridico (sottoscrizione, acquisto a titolo oneroso, successione ereditaria, donazione).</i>
Parere n. 29 7 dicembre 1999	<i>Poiché non evidenzia alcuna valida ragione economica e si sostanzia in una divisione d'immobile perseguibile con altri strumenti giuridici che comporterebbero più gravosa imposizione, è da ritenersi elusiva l'operazione di scissione non proporzionale di una società in accomandita semplice, proprietaria di un immobile, con attribuzione ad ognuno dei tre soci accomandanti delle quote di eguale valore alle tre costituende società beneficiarie.</i>
Parere n. 31 2 dicembre 1999	<i>Sono ammessi al regime della c.d. Dual income tax previsto dal decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 466, i conferimenti in danaro provenienti da società non residente controllata da società residente, allorquando la società controllante non abbia effettuato né direttamente né indirettamente conferimenti o finanziamenti alla controllata estera e a condizione che in futuro non effettuerà né direttamente né indirettamente, trasferimenti di risorse a favore della controllata medesima.</i>
Parere n. 32 14 dicembre 1999	<i>Poiché dà luogo ad una mera compravendita immobiliare, è priva di valide ragioni economiche l'operazione con la quale una società a responsabilità limitata proprietaria di immobili, parte dei quali locati ad un'altra società, si scinde attribuendo al nuovo soggetto i beni locati, per cedere poi al conduttore l'intero pacchetto di quote.</i>
Parere n. 33 2 dicembre 1999	<i>Appare sostenuta da valide ragioni economiche l'operazione di scissione parziale, con la quale si persegue la migliore gestione di due distinte attività sociali mediante la separazione dei relativi costi e ricavi e la separazione del patrimonio in funzione del rischio d'impresa.</i>

<b>1998</b>	
Parere n. 2 30 marzo 1998	<i>Pur sussistendo alla data del 1 gennaio 1997 lo stato di liquidazione ultraquinquennale della società, ai fini della applicabilità del regime di c.d. scioglimento agevolato, previsto dall'art. 3, commi da 37 a 45, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, non possono estendersi per analogia le precisazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria con la circolare n. 140/E del 15 maggio 1995 (punto 3.2), riferite alla disciplina delle c.d. società di comodo, introdotta dalla legge n. 724 del 1994.</i>
Parere n. 4 13 maggio 1998	<i>Non da' luogo ad effetti elusivi l'operazione di scissione di società immobiliare a responsabilità limitata, appartenente a due compagini sociali, con la quale si attribuisce ad una delle due compagini, mediante conferimento in una società di nuova costituzione, una quota del patrimonio (nella fattispecie: una porzione di fabbricato) della società scissa di valore proporzionale alla quota già posseduta nella società medesima.</i>
Parere n. 5 13 maggio 1998	<i>E' riconducibile tra le operazioni per le quali trova applicazione l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, in quanto risultano insussistenti le ragioni economiche addotte dalla società istante, consistenti nell'esigenza del compratore di non acquisire direttamente l'azienda per non incorrere nell'ipotesi della stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente, ed e' riconducibile, sul piano sostanziale, ad una mera compravendita di azienda, l'operazione societaria descritta in fattispecie.</i>
Parere n. 6 13 maggio 1998	<i>Prima dell'entrata in vigore dell'articolo 4 del D.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, il conferimento di azienda effettuato da una società in nome collettivo in una società a responsabilità limitata, in occasione di un aumento di capitale deliberato dalla seconda, previa stima del valore dell'azienda ai sensi dell'art. 2343 c.c., costituisce operazione suscettibile di dare luogo a plusvalenze in capo alla società conferente, ai sensi degli artt. 9, comma 2 e 4, e 54, c. 5, del tuir. Alla società conferitaria non è consentito assumere dell'azienda il valore già iscritto dalla società conferente prima dell'operazione di conferimento e più basso rispetto a quello emerso dalla perizia di cui all'art. 2343 c.c., con contestuale rinuncia ai maggiori ammortamenti, né, di riflesso, alla società conferente assumere la corrispondente partecipazione nella società conferitaria in relazione a quello stesso valore, onde evitare di conseguenza la formazione di plusvalenze fiscalmente rilevanti</i>

Parere n. 7 22 maggio 1998	<i>In caso di fusione l'iscrizione in contabilità dei valori fiscalmente riconosciuti, la mancata rilevazione di avanzi o disavanzi di fusione da destinarsi ad incrementi di valori patrimoniali dei beni appartenenti alle società partecipanti e l'esclusione di concambi di quote sociali giustificano il riconoscimento degli effetti fiscali dell'operazione.</i>
Parere n. 10 22 giugno 1998	<i>Quando può essere riconosciuto un effettivo interesse economico nei rapporti fra l'impresa italiana e la controllata residente in uno Stato estero considerato paradiso fiscale, e tale rapporto si configuri come rappresentanza di affari, sono deducibili gli importi per provvigione, e per indennità ed i costi di stabilimento sempre che gli stessi corrispondano ai criteri di inerenza, certezza e congruità.</i>
Parere n. 11 2 luglio 1998	<i>In caso di scissione non proporzionale la mancata indicazione delle percentuali di ripartizione del patrimonio tra i soci e la contemporanea costituzione tra uno di essi ed un soggetto terzo di una nuova società legittimano l'applicazione dell'art. 37 bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.</i>
Parere n. 12 22 giugno 1998	<i>Le norme antielusive recate dall'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 si rendono applicabili nel caso di cessione frazionata, da parte dei soci di una società in accomandita semplice, di una partecipazione pari all'80% del capitale sociale ad una società cooperativa, con contestuale trasformazione della società di persone in società a responsabilità limitata, in quanto detta operazione, realizzata mediante adozione di due atti distinti, configurando taluna delle fattispecie previste dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 461 del 1997, comporta il conseguimento di un oggettivo risparmio di imposta (applicabilità della imposta sostitutiva delle imposte sui redditi con aliquota del 12,50%), non ottenibile mediante la cessione delle stesse partecipazioni in unica soluzione (applicabilità della imposta sostitutiva delle imposte sui redditi con aliquota del 27%, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 461 del 1997), e risulta priva di valide ragioni economiche, ben potendo le esigenze di garanzia reciproca delle parti essere salvaguardate anche attraverso la stipula di un unico atto di cessione, opportunamente integrato con clausole idonee a garantire gli adempimenti contrattuali.</i>
Parere n. 13 7 luglio 1998	<i>Le spese sostenute per ospitare clienti, loro personale ovvero professionisti operanti nel settore di attività dell'impresa rientrano tra quelle di rappresentanza contemplate nell'art. 74, comma 2, del tuir se non viene dimostrato che si riferiscono ad attività dalle quali derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito.</i>

Parere n. 16 22 giugno 1998	<i>I costi sostenuti per l'acquisto di espositori finalizzati ad ottenere la migliore visione e valorizzazione dei beni oggetto di vendita, ancorché sui beni stessi compaia il marchio della società produttrice, non si configurano quali spese di pubblicità, deducibili ex art. 74, comma 2, primo periodo, del tuir, non manifestandone le funzioni tipiche di informazione e persuasione, bensì quali costi sostenuti per l'acquisto di beni strumentali, ammortizzabili ai sensi dell'art. 67 del tuir.</i>
Parere n. 17 2 luglio 1998	<i>Il processo di ristrutturazione aziendale descritto in fattispecie non e' suffragato da valide ragioni economiche e pertanto e' riconducibile tra le operazioni per le quali trova applicazione l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973. La costituzione della nuova società Z -di cui alla fattispecie- non avviene, in effetti, con l'apporto di nuovo capitale, in quanto i soci della costituenda società sono gli stessi che partecipano al capitale della società X che, al termine del processo di ristrutturazione, viene incorporata nella neosocietà Z. La nuova società Z avrebbe quindi solo il compito di rigenerare il patrimonio della società X che non può beneficiare della Dual Income Tax.</i>
Parere n. 20 24 settembre 1998	<i>Deve considerarsi elusiva, ai sensi dell'art. 37-bis del d.p.r. n. 600/73, l'operazione di cessione di un credito nell'ambito di un gruppo, nel caso in cui gli atti, i fatti ed i negozi giuridici posti in essere per la realizzazione dell'operazione stessa comportino vantaggi tributari per le diverse società interessate e siano privi di una valida ragione economica opponibile all'amministrazione finanziaria. Per valida ragione economica deve intendersi l'apprezzabilità economico-gestionale degli atti, dei fatti e dei negozi giuridici posti in essere nell'ambito della ordinaria attività dell'impresa interpellante (con esclusione, quindi, delle operazioni svolte nella fase di liquidazione o nel corso di procedure concorsuali); inoltre la valida ragione economica del comportamento deve configurarsi nei riguardi del soggetto interpellante e non di soggetti terzi, anche se gli stessi potrebbero (come nel caso di specie i soci creditori ed i creditori terzi) trarre vantaggio economico dal comportamento medesimo.</i>
Parere n. 21 24 settembre 1998	<i>Il costo relativo agli acquisti di beni di valore modesto, da abbinare come omaggio per l'acquirente ad un prodotto oggetto di vendita, non costituisce spesa di rappresentanza, ma spesa relativa ad attività dalla quale derivano ricavi, deducibile ai sensi dell'art. 75 del tuir.</i>
Parere n. 23 6 novembre 1998	<i>Ai fini del godimento dei vantaggi recati dalla Dual income tax non è d'ostacolo il fatto che il conferimento sia stato effettuato da un soggetto non residente, controllato indirettamente da un soggetto residente.</i>

Parere n. 25 6 novembre 1998	<i>Non e' consentito concentrare in capo ad una società, che gestisce un esercizio commerciale di bar, i redditi imputabili ad un diverso soggetto persona fisica, titolare di concessione di rivendita di generi di monopolio e di accettazione di giocate del lotto, che svolge la propria attività nel medesimo locale.</i>
Parere n. 26 3 novembre 1998	<i>L'operazione di scissione, in quanto tale, non è elusiva. L'art. 37-bis, comma 3, del d.p.r. n. 600 del 1973 la enumera fra le operazioni suscettibili di comportare una conseguenza elusiva come operazione strumentale ad altri atti, fatti e negozi privi di valide ragioni economiche e diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario o ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti.</i>
Parere n. 28 23 dicembre 1998	<i>E' riconducibile tra le operazioni per le quali trova applicazione l'art 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, l'operazione societaria in cui le ragioni economiche addotte, quali la riduzione delle immobilizzazioni, l'abbattimento del rischio d'impresa sopportato dai soci e la valorizzazione degli immobili aziendali mediante l'instaurazione di un rapporto di locazione all'interno del gruppo, sono insussistenti. Inoltre, la fattispecie così come prefigurata consente di spostare in misura maggiore su una delle due società di nuova costituzione il carico fiscale che ne consegue, raggiungendo il risultato economico della corresponsione di un conguaglio fra le partecipazioni originarie della società scissa ed evitando l'applicazione dell'art. 123-bis, comma 3, del tuir, in relazione all'art. 44, comma 3, dello stesso tuir.</i>

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV.**, *La capacità contributiva*, a cura di Moschetti F., Padova 1993
- AMATUCCI A.**, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Napoli, 1956.
- ANDRIOLA M.**, *La lotta all'elusione come primario obiettivo*, in *Fisco oggi*, rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate, del 7 luglio 2004
- ANELLO P. - DI DOMENICO F.**, *Profili applicativi della norma antielusiva*, in *Corriere Tributario*, 1998
- ANTONINI L.**, *Evasione ed elusione di imposte (Gli atti simulati e le imposte di registro e sulle successioni)*, in *Gior. it.*, 1959, IV, 97
- ASCARELLI T.**, *Il negozio indiretto (1931)*, in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949
- BATISTONI FERRARA F.**, *Atti simulati e invalidi nell'imposta di registro*, Napoli, 1969
- BERLIRI A.**, *Principi di diritto tributario*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1952
- BERLIRI A.**, *Interpretazione delle leggi tributarie*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1942
- BIANCA C.M.**, *Il contratto*, Milano, 1984
- BLUMENSTEIN E.**, *Sistema di diritto delle imposte*, 1954, traduzione di FORTE, Milano, Giuffrè, 1954
- BOBBIO N.**, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, in *Giur. It.*, 1968

**BUCCI L.**, *La norma “generale” antielusiva nell’interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni*, in *Rass. Trib.* n. 2/2002.

**CAPOLUPO S.**, *Diritto di interpello*, in *Il Fisco* n. 36/97

**CARACCILO F.**, *Sui profili penali del ruling*, in *Diritto penale tributario* n.30/92

**CARRARO L.**, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943

**CIPOLLINA F.**, *Elusione fiscale*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1988, I

**CIPOLLINA F.**, *La legge civile e la legge fiscale, (Il Problema dell’elusione fiscale)*, Padova, 1992

**CONTRINO A.**, *Diritto Commerciale*, Padova, 1987

**CONTRINO A.**, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996

**CONTRINO A.**, *Sull’applicabilità dell’art. 10 l. n. 408 del 1990 (così come modificato dall’art. 28 della l. n. 724 del 1994) alle fusioni di carattere elusivo*, in *Dir. Prat. Trib.* n. 5/1996

**COSCIANI C.**, *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1953

**COSCIANI C.**, *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, 1964

**D’AYALA VALVA F.**, *I problemi dell’evasione e dell’elusione nell’attuale normativa*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1989

**DE BRANCO S.C. – DE BRANCO S.**, *La disapplicazione delle norme antielusive nel tendenziale rapporto paritario tra contribuente e Fisco*, in *Il Fisco* n. 5/2000

**DESIDERI S.**, *La valutazione di partecipazioni può essere elusiva*, in *Corr. Trib.*, 1994,

**DUS S.**, *Elusione , un problema irrisolto*, in *Il Fisco* n. 45/1996

**DUS S.**, *Norme antielusive in materia di operazioni societarie*, in *Il Fisco*, n. 8/1991

**FALSITTA G.**, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, Cedam, 1999

**FANTOZZI A.**, *Diritto Tributario*, Torino, 1998

**FERRARA F.**, *Della simulazione nei negozi giuridici*, 1992

**FIorentino S.**, *L'elusione tributaria*

**GALEOTTI FLORI M. A.**, *L'elusione tributaria*, in *Il Fisco* n. 14/1989

**GALGANO F.**, *Il negozio giuridico*, Tratt. Dir. Civ. comm., Milano 1988

**GALLI G. B.**, *L'elusione fiscale nelle operazioni di concentrazione e scorporo*, in *Fisco*, 1992

**GALLO F.**, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rassegna Tributaria* 1989, I

**GALLO F.**, *Elusione, risparmio di imposte e frode alla legge*, in *Giur. Comm.* 1989

**GALLO F.**, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992

**GALLO F.**, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. Trib.* 2001

**GALLO F.**, *Sulla compatibilità dell'attuale procedura con la disciplina in tema di tutela della privacy*, in *Il fisco*, n. 43/1997

**GARBARINO F.**, *Riporto delle perdite ed elusione*, in *Riv. Dir. Trib.* 2001, I

**GARCEA A.**, *Il legittimo risparmio d'imposta*, CEDAM, 2000

**GIANNINI M. S.**, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, Utet, 1956

**GIUNTA F.**, *La nuova normativa antielusione*, Il sole 24 Ore, Milano, 1998

**GOLINO S.**, *L'interposizione fittizia di persona*, Il Fisco 1988

**GONZALES GARCIA E.**, *La cosiddetta evasione fiscale legittima*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1974

**GOTHOT C.**, *The purpose test and abuse of right*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1985

**GRASSI E.**, *L'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973 e il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguenti ad operazioni elusive*, in *Il Fisco* n. 41/97

**GRIZIOTTI B.**, *L'interpretazione funzionale delle leggi finanziarie*, in *Riv. Dir. Fin.* 1953

**GROSSO C.F.**, *L'evasione fiscale*, Torino, 1980; *RAU, Problemi fiscali di evasione, di sanzioni e di garanzie*, Milano, 1984

**HENSEL A.**, *Diritto tributario*, traduzione di D. Jarach, Milano, Giuffè, 1956

**LA ROSA S.**, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968

**LOVISOLO A.**, *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1984

**LOVISOLO A.**, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in Dir. Prat. Trib. 1993

**LUNELLI R.**, *L'elusione Tributaria*, in Il fisco n. 38/2003

**LUNELLI R.**, *Normativa antielusione*, in Il Fisco, n. 30/1997

**LUNELLI R.**, *Diritto di Interpello*, in Il Fisco n. 38/1997

**LUNELLI R.**, *Nuova normativa antielusione*, in La sett. fiscale, n. 3/1997.

**LUPI R.**, *Diritto Tributario*, parte generale, Milano, 1996

**LUPI R.**, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in Rassegna Tributaria 5/1997

**LUPI R.**, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, Ipsoa

**LUPI R.**, *Detrazioni forfettarie dell'IVA ed elusione fiscale*, in Il Fisco, 1993

**LUPI R.**, *Elusione fiscale: modifiche normative e prime sviste interpretative*, in Rassegna Tributaria n. 3/1995

**MAGNANI C.**, *Interposizione fittizia ed imputazione del reddito*, in Le nuove leggi civ. comm., Padova, 1990

**MICHELI G.A.**, *Corso di diritto tributario*, 7<sup>a</sup> edizione, Torino, UTET, 1984

**MICHELI G.A.**, *Legge (dir. Trib.)*, in Enciclopedia Diritto, vol XXIII, 1973

**MORELLO U.**, *Frode alla legge*, Milano 1969

**MORELLO U.**, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, 1991.

**MORELLO U.**, *Negoziio giuridico (negoziio in frode alla legge)*, in Enc, giur. XX, Roma, 1990

**NUZZOLO A. – LA COMMARA U.**, *L'elusione Fiscale*, in Rivista della Guardia di Finanza, n. 2/2002

**NUZZOLO A.**, *Profili problematici in materia di elusione fiscale alla luce dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, Fisco oggi, Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate

**PACITTO P.**, *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, in Riv. Dir. Fin. 1987

**PALUMBO P. A.**, *Soggettività tributaria della società ed interposizione di persona*, in Dir. Prat. Trib.

**PARRAVICINI G.**, *Scienza delle finanze*, Milano, 1975.

**PERRUCCI U.**, *Ruling e responsabilità del tributarista*, in Il Bollettino Tributario, n. 21/1991

**PICCONE FERRAROTTI P.**, *Riflessioni sulla normativa antielusiva introdotta dall'art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37- bis del D.P.R. n. 600/1973)*, in Rass. Trib. n. 5/1997

**PISTONE P.**, *Finanziaria '95: fusioni, scissioni e norme antielusive*, in Corr. Trib. 1995

**PISTONE P.**, *L'abuso del diritto e l'elusione fiscale*, Padova, 1995

**PODDIGHE F. – VIVALDI P. G.**, *Le norme antielusive analitiche. Lineamenti interpretativi ed applicativi*, in il Fisco n. 24/1999

**POLLARI N.**, *Diritto penale e processuale penale e tributario*, Milano 1995

**POLLARI N.**, *Problemi dell'elusione fiscale: cause endogene ed esogene che possono favorirne la patologia*, in *Il Fisco* n. 34/1985

**POTITO L.**, *Le valide ragioni economiche di cui all'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973: considerazioni di un economista*, in *Rass. Trib.* n. 1/1999

**RUBINO S.**, *Negoziato indiretto*, Milano, 1937

**RUSSO P.**, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.* n. 1/1999

**RUSSO P.**, *Manuale di diritto Tributario*, Milano 1994

**SACCO R.**, *Il contratto*, Torino, 1975

**SANTAMARIA B.**, *La frode fiscale*, Milano, 1987

**SANTORO PASSARELLI F.**, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966

**STEVANATO D.**, *Normativa antielusione: le novità della finanziaria 1995*, in *Rass. Trib.*, 1995

**TABELLINI P. M.**, *Elusione fiscale*, Milano, Giuffrè, 1988

**TABELLINI P. M.**, *Fusioni di società ed elusione d'Imposta*, in *Rass. Trib.* 7- 8/1994

**TABELLINI P. M.**, *Il progetto governativo antielusione*, in *Bollettino tributario* n. 14/1997

**TABELLINI P. M.**, *L'elusione fiscale*, Milano 1987

**TABELLINI P. M.**, *L'elusione fiscale*, Milano, 1987

**TABELLINI P. M.**, *La normativa antielusiva dopo il recepimento della delega della Finanziaria 1997*, Paradigma, Torino, 1997

**TABELLINI P. M.**, *Le operazioni di natura elusiva e la nuova normativa antielusione*, Paradigma, Torino, 1997

**TESAURO F.**, *Istituzioni di diritto tributario - Parte generale*, 5<sup>a</sup> edizione, UTET, 1997

**TESAURO F.**, *Istituzioni di diritto tributario - Parte generale*, 7<sup>^</sup> ed., Torino Utet, 2000

**TREMONTI G.**, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1985 e in *La fiscalità industriale*, Bologna 1988

**TRIVOLI A.**, *Contro l'introduzione di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento tributario vigente*, in Dir. Prat. Trib., 1992

**UCKMAR A.**, *Interpretazione funzionale delle norme tributarie*, in Dir. Prat. trib.

**UCKMAR V.**, *General reporte at the IFA congress on tax avoidance and evasion*, 1983

**UCKMAR V. - DOMINICI R.**, *Imposta di registro*, Nov. Gig. It. Appendice, Vol. VI, 1980

**UCKMAR V.**, *Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte a un fenomeno tutto italiano*, in Dir. Prat. Trib., 1991

**VALENTE P.**, *Connessione motivazionale e concatenazione esecutiva nella disciplina antielusione*, in Il Fisco n. 42/1997

**VALENTE P.**, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1995

**VANZ G.**, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rassegna Tributaria* n. 5/2002

**VASAPOLLI G. – VASAPOLLI A.**, *Analisi critica della nuova norma antielusiva*, in *Corriere Tributario*, n. 50/1997

**ZICCARDI G.**, *Interpretazione (Interpretazione del negozio giuridico)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVIII

**ZIZZO G.**, *In tema di qualificazione dei contratti ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib. II*, 1992

**GIURISPRUDENZA**

Sentenza Cassazione Sez. trib. 18 aprile 2002 n. 5582

Sentenza Cassazione del 9 maggio 1979 n. 2658, in banca dati Juris Data

Sentenza Cassazione Sez. I, 20 agosto 1987, n. 6970; Cass. 27 ottobre 1984, n. 5515

Sentenza Cass. n. 2293. del 20.03.1983, in banca dati Juris Data.

**PRASSI**

Delibera SECIT N. 105/1994 del 5 luglio 1994, in Rassegna Tributaria n. 3/1995

Circolare ministeriale n. 128 del 1997

Circolare n. 25 del 16/06/2004 - Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale e Contenzioso. Circolari IRES/1. Legge delega 7 aprile 2003, n. 80. Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344

Circolare n. 26 del 16/06/2004 - Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale e Contenzioso. Circolari IRES/2. Il nuovo regime di tassazione dei dividendi. Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344

Circolare n. 36 del 04/08/2004 - Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale e Contenzioso. Circolari IRES/3. Il nuovo regime fiscale delle plusvalenze da realizzo delle partecipazioni. Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344

Circolare n. 49 del 22/11/2004 - Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale e Contenzioso. Circolari IRES/4. Il nuovo regime della trasparenza fiscale delle società di capitali. Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344

***FINITO DI STAMPARE A GENNAIO 2005***