



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M. FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E
COMUNITARIO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE
IN ECONOMIA E DIRITTO**

TESI DI LAUREA

"IL RECESSO SOCIETARIO: DISCIPLINA E PROFILI ELUSIVI"

RELATORE:

CH.MO PROF. MAURO BEGHIN

LAUREANDO: CARLO PISTOLLATO

MATRICOLA N. 1210704

ANNO ACCADEMICO 2020 – 2021

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

Carlo Pustollato

Ai miei genitori

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO: IL RECESSO SOCIETARIO.....	3
1.1 Aspetti generali.....	3
1.2 Il recesso dalle società di capitali: assetto ante e post riforma del 2003	5
1.3 La disciplina civilistica del recesso dai modelli capitalistici.....	9
1.3.1 Le cause inderogabili di cui agli artt. 2437 e 2473.....	10
1.3.2 Le altre cause inderogabili.....	14
1.3.3 Le cause derogabili e le cause convenzionali.....	17
1.3.4 Le modalità di esercizio del recesso	19
1.3.5 I criteri per la determinazione del valore della quota	21
1.3.6 Il procedimento di liquidazione.....	24
1.4 La disciplina civilistica del recesso dalle società di persone.....	28
1.4.1 Le cause	29
1.4.2 Le modalità di esercizio del recesso	31
1.4.3 Profili procedimentali e criteri di determinazione del valore della quota	32
1.5 La disciplina fiscale.....	35
1.5.1 Imposizione diretta in capo al recedente dalle società di capitali.....	36
1.5.2 Imposizione diretta in capo al recedente dalle società di persone.....	43
1.5.3 Aspetti fiscali in capo alla società	45
CAPITOLO SECONDO: L'ABUSO DEL DIRITTO	51
2.1 Origini del fenomeno.....	51
2.2 Le reazioni dell'ordinamento in termini generali.....	52
2.3 La raccomandazione UE 2012/772 e la legge delega n. 23 del 2014.....	56
2.4 La riforma del 2015 e la direttiva ATAD	60
2.5 La normativa antiabuso vigente.....	61
2.5.1 L'assenza di sostanza economica	62
2.5.2 Il vantaggio fiscale indebito	64
2.5.3 L'essenzialità del vantaggio	67
2.5.4 Le valide ragioni extrafiscali non marginali.....	68
2.5.5 La residualità dell'abuso del diritto	71
2.5.6 Gli effetti dell'art. 10-bis.....	73
2.5.7 Onere della prova e la non rilevabilità d'ufficio.....	77
2.5.8 Profili sanzionatori	80

2.5.9 La riscossione.....	83
2.5.10 Il diritto d'interpello.....	84
CAPITOLO TERZO: PROFILI ELUSIVI DEL RECESSO.....	87
3.1 La prospettiva del socio recedente di società di capitali.....	87
3.1.1 La cessione delle partecipazioni rivalutate ex art. 5 l. n. 448/2001	87
3.2 La prospettiva della società da cui il socio recede	100
3.2.1 La trasformazione omogenea regressiva e successivo recesso	100
3.2.2 Il recesso ad nutum da società di persone e successiva entrata del nuovo socio ..	108
3.2.3 Il recesso simulato da società di persone	111
CONCLUSIONI.....	115
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	119

INTRODUZIONE

L'istituto del recesso rappresenta oggi un importante ed indefettibile strumento di tutela del socio presente nel nostro ordinamento in grado di garantire lo smobilizzo del capitale investito in società qualora si manifestino fatti che, secondo una visione molto ampia, determinano una modifica significativa del grado di rischio dell'investimento precedentemente accettato oppure fatti che rendano improseguibile la permanenza del socio nella compagine sociale.

Nell'ambito delle società di capitali, in occasione della riforma del diritto societario avvenuta con l'emanazione del d.lgs. n. 6 del 2003, l'istituto ha subito una profonda rivisitazione rispetto al passato ricevendo l'ampliamento delle cause legittimanti, la previsione di un criterio legale di valutazione della quota partecipativa e di un procedimento di liquidazione delineato secondo una logica di tutela del patrimonio sociale.

Nell'ambito delle società di persone, invece, l'istituto non ha subito modifiche dalla riforma, rimanendo incentrato prevalentemente sul concetto di giusta causa, per quanto riguarda i fatti legittimanti tale facoltà, e sull'inevitabile riduzione del capitale a seguito della liquidazione della quota, per quanto riguarda le modalità di liquidazione.

Sotto il profilo fiscale l'elemento di principale interesse in entrambe le famiglie di società è dato dagli effetti in grado di generare il criterio legale di valutazione della partecipazione, ovvero sia tendente al valore di mercato, il quale determina, molto spesso, l'emersione di un differenziale tra il valore di patrimonio netto contabile rappresentato dall'azione o quota ed il valore di liquidazione della stessa, identificabile, in concreto, nella proporzionale valorizzazione dei plusvalori insiti nel patrimonio e dell'avviamento dell'impresa.

Tale differenziale costituisce, ai sensi dell'art. 47 del TUIR, un utile da partecipazione per il socio recedente, mentre per la società liquidante la rilevanza fiscale di quest'ultimo sorge solamente, secondo le indicazioni della prassi amministrativa stante il silenzio sul punto da parte della legge, nel caso in cui questa sia una società a base personale.

La posizione dell'Amministrazione finanziaria a favore della deducibilità dal reddito di questa componente limitatamente per le società di persone determina così una asimmetria del sistema impositivo riguardo l'operazione, ravvisabile potenzialmente come una delle tipiche "imperfezioni" dell'ordinamento in grado di far insinuare il contribuente con pratiche elusive.

A fronte di tale rischio è bene ricordare che oggi vi è la presenza nel nostro ordinamento, a seguito della riforma attuata con il d.lgs. n. 128 del 2015, della clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-bis della legge n. 212 del 2000, in grado di recuperare ogni eventuale vantaggio fiscale indebito conseguito in qualsivoglia operazione eseguita dal contribuente.

Ecco quindi che l'oggetto d'indagine del presente elaborato mira ad identificare e discutere una serie di fattispecie in cui l'esercizio del recesso, esercitato in determinati contesti o in determinate modalità, potrebbe far ricadere la fattispecie nel terreno dell'elusione fiscale.

Nel primo capitolo verrà trattata la disciplina del recesso sia in ambito civilistico che fiscale per entrambe le famiglie societarie. Per quanto riguarda gli aspetti civilistici del recesso dai modelli di società di capitali verrà, inoltre, proposto un inquadramento generale dell'assetto normativo ante riforma del 2003 al fine di poter cogliere gli elementi che ne hanno aumentato la rilevanza rispetto al passato.

Nel secondo capitolo, invece, verrà presentato il tema dell'abuso del diritto o elusione fiscale. Le due figure, infatti, nascono come ben distinte per poi riunirsi nel 2015 con l'introduzione dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente. All'interno del capitolo verrà dunque esposto un veloce riepilogo delle reazioni dell'ordinamento a tali fenomeni, approfondendo, inoltre, il contenuto dell'attuale disciplina.

Nel terzo capitolo si procederà ad una composizione dei due concetti precedenti indagando quindi su possibili fattispecie dal carattere abusivo nelle operazioni di recesso del socio sia nell'ambito delle società di capitali che nelle società di persone. In particolare, nell'ambito delle società di capitali verranno discusse le possibili ricadute in termini di abusività dell'eventuale rivalutazione, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 448/2001, delle azioni o quote da parte di soci persone fisiche prima del compimento del recesso, mentre nell'ambito delle società di persone verranno discusse una serie di fattispecie ipotizzate tese a conseguire la deduzione dal reddito della c.d. "differenza da recesso".

CAPITOLO PRIMO: IL RECESSO SOCIETARIO

1.1 Aspetti generali

Con il termine *recesso* (dal latino “andare all’indietro”, rinunciare, venire meno) viene identificata nel generale ambito contrattualistico la posizione giuridica soggettiva, qualificabile come diritto potestativo, attributiva della facoltà di sciogliere unilateralmente un rapporto contrattuale in deroga al principio di cui all’art. 1372 del Codice civile.

Con specifico riferimento al contratto di società, il recesso è, dunque, il potere del socio di determinare lo scioglimento del proprio rapporto partecipativo. Tale potere, circoscritto al manifestarsi di determinati eventi, è esercitabile attraverso una dichiarazione negoziale, anch’essa denominata “recesso”, qualificabile giuridicamente come atto unilaterale recettizio¹ tra vivi dal contenuto patrimoniale.

Sebbene l’istituto, sotto il profilo della sua funzione generale, sia teso alla tutela del socio, la relativa disciplina civilistica varia tra società di persone e società di capitali.

La divergenza risiede sostanzialmente nei fatti legittimanti questa facoltà, la cui sopravvenienza altera l’originario assetto del contratto al punto da rendere preferibile, per una parte, la cessazione del vincolo partecipativo rispetto alla realizzazione della normale vicenda negoziale².

Nelle società di persone, in cui prevale l’elemento soggettivo rispetto al capitale, il diritto viene assegnato, oltre che nei casi previsti dal contratto sociale, quando viene irreparabilmente a mancare il rapporto di fiducia tra i soci, mentre nelle società di capitali, in cui prevale invece il capitale, il diritto di *exit* viene assegnato al socio di minoranza a fronte di modifiche operate dalla maggioranza negli elementi fondanti della società o più in generale quando vengono a mutare in modo significativo le condizioni di rischio che erano presenti nel momento in cui avvenne l’entrata del socio in origine. In entrambe le tipologie di modelli societari il diritto di recesso è comunque in ogni caso ammesso al fine di evitare che il socio rimanga “prigioniero” della società, sulla base del principio generale presente nel nostro ordinamento secondo il quale non sono ammessi vincoli perpetui di natura patrimoniale.

¹ La natura recettizia dell’atto comporta che la produzione degli effetti avviene nel momento in cui la dichiarazione che lo esprime perviene a conoscenza del destinatario ai sensi dell’art. 1334 del Codice civile. La categoria si contrappone agli atti non recettizi, i quali producono i relativi effetti nel momento in cui vengono posti in essere prescindendo dalla conoscenza del destinatario.

² STASSANO G., STASSANO M., *Il recesso e l’esclusione del socio nella s.r.l. e nella s.p.a. La nuova disciplina civilistica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 5.

Osservando singolarmente l'istituto nell'ambito delle società di capitali, tale diritto costituisce oggi *“un efficiente e insostituibile strumento di tutela dei soci”*³ in quanto realizza un compromesso tra l'interesse della minoranza nel non subire decisioni di alterazioni organizzative dalle quali potrebbe derivare un pregiudizio al valore di disinvestimento della partecipazione e l'interesse della maggioranza al poter adottare tali decisioni⁴.

Il riconoscimento del diritto di recesso dai modelli capitalistici nell'ordinamento giuridico italiano viene pacificamente fatto risalire all'abbandono della concezione contrattualistica del rapporto sociale⁵, la quale esigeva l'unanimità dei consensi per qualsiasi modifica del contratto, e l'affermazione del principio maggioritario, il quale garantisce oggi al capitale di comando la possibilità di adeguare più agilmente lo statuto alle necessità emerse durante la vita della società⁶.

Il mutamento dell'istituto è avvenuto nel passaggio dal Codice del commercio del 1865, il quale si limitava ad un generico cenno prevedendo che l'eventuale recesso *“deve risultare da espressa dichiarazione o deliberazione dei soci”* (art. 163), al Codice del commercio del 1882, il quale invece lo inquadrava per la prima volta nella disciplina delle deliberazioni assembleari prevedendo che potesse essere esercitato dai soci dissenzienti di deliberazioni in tema di fusione, reintegrazione o aumento di capitale, cambiamento oggetto sociale e proroga della società (art. 158 co. 3).

Successivamente, il legislatore del Codice civile del 1942, nonostante la scarsa area di operatività e la generale diffidenza verso lo strumento in forza dell'orientamento a garantire la stabilità delle società di capitali, ha optato per il suo mantenimento collocandolo nell'ambito della disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo. Con la riforma del diritto societario del 2003⁷, infine, l'istituto è stato profondamente modificato, ampliandone le ipotesi di

³ DACCÒ A., *“Diritti particolari” e recesso dalla s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 5

⁴ Il mutamento del programma imprenditoriale originario, accordato nel momento in cui il socio decise l'entrata in società, potrebbe infatti determinare un pregiudizio al valore della quota di partecipazione qualora l'impresa esercitata abbia già raggiunto un proprio “avviamento” riconosciuto dagli stakeholder. Ai fini di tutelare il socio a fronte di possibili cambiamenti non condivisi viene concesso pertanto un diritto di uscita senza dover subire l'effetto di tali modifiche, concedendo comunque al resto della compagine sociale di compierle. In questo senso GINEVRA E., *La partecipazione azionaria*, in *Diritto commerciale*, vol II, a cura di Marco Cian, Torino, Giappichelli, 2014, p. 284.

⁵ La concezione contrattualistica del rapporto sociale è tutt'ora prevalente in riferimento alle società di persone. L'art. 2252 c.c., disponendo che *“Il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente”* costituisce applicazione del principio generale di cui all'art. 1372 c.c., secondo il quale un contratto può essere modificato solamente tramite un nuovo accordo tra le stesse parti che hanno stipulato quello originario. Così facendo l'elemento personale prevale su quello organizzativo, e viene sostanzialmente assegnato un diritto di veto a ciascun socio in merito alle modifiche del contratto sociale.

⁶ Sul punto, CALIFANO G.V., *Il recesso nelle società di capitali*, Padova, Cedam, 2010, p. 2.

⁷ La riforma è avvenuta ad opera del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, emanato in attuazione della Legge Delega 3 ottobre 2001, n. 366.

accesso e concedendo spazio anche all'autonomia statutaria, al fine di costituire uno strumento di stimolo all'investimento nel capitale di rischio.

Nell'ambito delle società di persone, invece, la novella legislativa non ha apportato nessun elemento di novità, rimanendo così disciplinato da una normativa lacunosa ed imperfetta, sulla quale la giurisprudenza si è pronunciata in molteplici occasioni.

1.2 Il recesso dalle società di capitali: assetto ante e post riforma del 2003

Nell'impostazione codicistica precedente alla riforma del diritto societario il ruolo dell'istituto del recesso era relegato ad una posizione di marginalità. Dal momento che l'esercizio di questo diritto determinava l'obbligo di pagamento della quota di liquidazione del socio, costituendo potenzialmente una minaccia per l'assetto patrimoniale e finanziario della società, l'opinione corrente riguardo il quadro normativo di riferimento era che il legislatore avesse inteso privilegiare l'interesse all'integrità del patrimonio sociale⁸, il quale è, oggi come allora, a presidio sia delle ragioni dei creditori sia al mantenimento dell'impresa, a discapito dell'interesse contrapposto del singolo socio ad uscire dalla compagine sociale.

Nel dettaglio, il quadro normativo originario del Codice del 1942 era caratterizzato da:

- a) Una sostanziale omogeneità della disciplina per tutti i tipi di società di capitali. Il recesso era infatti disciplinato dagli artt. 2437 e 2343, comma 3, del Codice civile dettati specificamente per le società per azioni, ma applicabili anche agli altri modelli in forza dei rinvii operati dall'art. 2464 per le s.a.p.a. e dagli artt. 2476 e 2494 per le s.r.l.;
- b) Un numero limitato di cause legali legittimanti, a cui giurisprudenza e dottrina tendevano ad assegnare carattere tassativo⁹ giungendo ad affermare l'impossibilità di prevedere in via statutaria ulteriori e diverse ipotesi di recesso rispetto a quelle contemplate dal Codice. Nello specifico, l'art. 2437 del Codice prevedeva la possibilità di recedere "*per i soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero*", mentre il terzo comma dell'art. 2343 attribuiva il diritto di recesso ai soci conferenti crediti o beni in natura, quando fosse risultato, a seguito della revisione della stima da parte degli amministratori, un valore inferiore di oltre un quinto a quello

⁸ GRANELLI C., *Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma*, Giur. comm., fasc. 5, 2013, p. 862

⁹ ANNUNZIATA F., *Recesso del socio*, in Società a responsabilità limitata, a cura di L.A. BIANCHI, in Commentario alla riforma delle società, a cura di MARCHETTI P.G., GHEZZI F., NOTARI M., Milano, 2008, p. 521. In giurisprudenza si veda Cass. civ. n. 2480/1950 e n. 5790/1980.

per cui era avvenuto il conferimento, oppure, in alternativa al recesso, il socio poteva in ogni caso versare la differenza in denaro o accettare la riduzione del valore della quota.

- c) Una ratio unitaria ravvisata comunemente nella tutela del socio dissenziente a fronte di modifiche statutarie approvate a maggioranza pur incidendo in maniera non irrilevante sull'organizzazione della società o dello statuto della partecipazione sociale. In altre parole, garantendo l'operatività del principio di maggioranza per le modifiche statutarie in grado di incidere in modo significativo sulle condizioni in base alle quali il socio aveva deciso il proprio investimento in società, veniva assegnato, unicamente e solamente nelle ipotesi previste dall'art. 2437 del Codice civile, un diritto di uscita in luogo del diritto di veto di cui sarebbe stato titolare nel caso fosse stato richiesto il consenso unanime.
- d) Una legittimazione all'esercizio di tale diritto limitata ai soli soci di minoranza dissenzienti, salvo il caso previsto dal terzo comma dell'art. 2343 che ammetteva il recesso per qualunque socio, rispetto alle delibere in tema di modifiche statutarie indicate specificamente dal legislatore all'art. 2437 del codice.
- e) Un criterio di liquidazione disincentivante in caso di recesso da società non quotate. L'art. 2437 del Codice disponeva come criterio di valutazione delle azioni *“in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio”*¹⁰, salvo invece prevedere per le società quotate la valutazione in base al *“valore medio dell'ultimo semestre”*.
- f) Dei termini concessi per l'esercizio del diritto relativamente ristretti. Sotto il profilo procedimentale la disciplina del recesso prevedeva infatti che la dichiarazione dovesse essere comunicata con raccomandata dai soci intervenuti in assemblea *“non oltre tre giorni dalla chiusura di questa”*, mentre per i soci non intervenuti *“non oltre quindici giorni dalla data dell'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese”*.

Pertanto, a fronte di una disciplina così disincentivante, con particolare riferimento ai criteri di valutazione ed i ristretti termini, l'istituto del recesso, sebbene fosse prevista una tutela assoluta per effetto della previsione di cui al terzo comma dell'art. 2437 del Codice civile, secondo il quale sarebbe stato nullo ogni patto che avesse escluso questo diritto o ne avesse

¹⁰ La valutazione della quota secondo il relativo valore contabile risultava evidentemente penalizzante per il recedente dal momento che questo difficilmente avrebbe corrisposto al valore equo della stessa. La scelta del legislatore in tal senso avvenne ai fini di tutelare la solidità patrimoniale della società. In questo senso, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, II, Torino, 1992, p. 486.

reso più gravoso l'esercizio, è stato uno strumento limitato con un rilievo del tutto marginale nella prassi, come peraltro emerge indirettamente dalla ridotta conflittualità in giurisprudenza. Ne discende quindi, come fatto notare dalla dottrina¹¹, che l'obiettivo economico sociale di fornire uno strumento in grado di condizionare le determinazioni della maggioranza in merito alle modifiche statutarie e di incentivare l'investimento nel capitale di rischio è rimasto fino a quel momento incompiuto. Per rimediare, tra le varie cose, all'inefficacia di questo istituto, la riforma del diritto societario, avvenuta con l'emanazione del d.lgs. n. 6 del 2003, ha modificato profondamente, come già anticipato, la relativa disciplina.

La legge delega per la riforma, legge n. 366 del 2001, sul presupposto di invertire la rotta, indicava quali criteri direttivi per il legislatore delegato il superamento dei due principi cardine: la tassatività delle cause legittimanti il recesso, principio affermatosi nel diritto vivente, e i criteri penalizzanti di valutazione della quota per il recedente.

L'art. 4, comma 9, lett. d) della legge delega, con riferimento all'ambito delle società per azioni, si esprimeva infatti in tal senso: *“rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente, anche per il caso di proroga della durata della società, individuare in proposito criteri di calcolo del valore di rimborso adeguati alla tutela del recedente”*.

In ambito delle società a responsabilità limitata la legge delega prevedeva, all'art. 3, comma 2, lett. f), di *“ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina (...) del recesso”*.

Infine, riferendosi ad entrambi i modelli il legislatore delegante chiedeva di trovare un punto di equilibrio tra il maggiore spazio concesso all'aspirazione del socio e l'esigenza di salvaguardare *“in ogni caso l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali”*.

Sulla base di queste indicazioni così innovative, il legislatore delegato non poteva che delineare un assetto normativo ampiamente diverso rispetto a quello precedente.

A seguito della riforma, il quadro normativo risulta essere oggi caratterizzato da:

- a) Una marcata disomogeneità nella disciplina a seconda dei modelli societari. In particolare tra società per azioni e società a responsabilità limitata, nonché all'interno della S.p.A. stessa a seconda che questa sia quotata, che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio oppure sia una società chiusa. L'obiettivo di tale diversità viene ricondotto al tentativo del legislatore di rendere il recesso *“tanto più facilmente*

¹¹ Cfr. CAPPIELLO S., *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, in Riv. dir. comm., 2001, I, 247, nota 13.

*accessibile quanto più difficilmente praticabile può risultare l'alternativa del disinvestimento della partecipazione sociale attraverso la sua alienazione a terzi*¹².

- b) Un numero di cause legali legittimanti il recesso, derogabili e non, considerevolmente più ampio rispetto all'impostazione normativa precedente, con la possibilità, inoltre, di inserire convenzionalmente, nello statuto delle società che non fanno ricorso al mercato, ulteriori cause di recesso. Così facendo il legislatore ha voluto consentire ai soci *“di modellare la disciplina del loro diritto al disinvestimento alla singola, concreta, realtà aziendale”*¹³, al punto da ammettere la possibilità, nei casi previsti dalla legge, di esercitare un recesso *ad nutum*.
- c) Una pluralità di ratio sottostanti alle singole ipotesi di recesso previste dalla legge, molte delle quali non sono riconducibili a quella tradizionale della tutela del socio all'interno dei rapporti tra maggioranza e minoranza. Per approfondire tale argomento è necessario esaminare singolarmente le cause legali: si rinvia pertanto al paragrafo del presente elaborato in cui avviene tale disamina. In ogni caso, la generica ratio di favorire il disinvestimento della partecipazione, con l'auspicio di incentivare l'investimento nel capitale di rischio, rimane sullo sfondo così come lo era nel precedente assetto normativo.
- d) Il riconoscimento della legittimazione all'esercizio di tale diritto, per quanto riguarda alle cause legali, ai soci di minoranza che non hanno acconsentito a talune modifiche a prescindere che queste abbiano modificato lo statuto, es. in caso di non consenso alla delibera di revoca dello stato di liquidazione, nonché agli stessi soci di maggioranza, es. in caso di s.r.l. in cui fosse prevista statutariamente l'intransferibilità delle quote.
- e) Da un carattere non punitivo dei criteri di determinazione del valore della quota di liquidazione del recedente. Invero, disponendo espressamente di dover tenere conto del suo *valore di mercato*, rientrano ora nella valutazione della quota del recedente anche le prospettive reddituali della società, venendo così eliminato il disincentivo della sottovalutazione della quota.
- f) Un nuovo iter procedimentale per la liquidazione della quota articolato in tre passaggi. La presenza di quest'ultimo ed i nuovi criteri di liquidazione costituiscono un punto di equilibrio tra l'interesse del socio di uscire dalla società con un rimborso che rispecchi quanto più il valore di mercato della partecipazione, l'interesse della società a non vedersi privata delle risorse necessarie per lo svolgimento della propria attività e

¹² GRANELLI C., *op. cit.*, cit. p. 865.

¹³ GRANELLI C., *op. cit.*, cit. p. 865.

l'interesse dei terzi creditori nel non veder depauperato il patrimonio che costituisce loro principale garanzia.

Esaminato l'assetto complessivo del quadro normativo si procede ora con la disamina della disciplina del recesso del socio dalle società di capitali, secondo una prospettiva di parallelismo tra i modelli di società per azioni e società a responsabilità limitata.

1.3 La disciplina civilistica del recesso dai modelli capitalistici

Nota la parziale disomogeneità della disciplina del recesso tra i due modelli organizzativi, si ritiene opportuno, al fine di far emergere le ragioni sottostanti, proporre alcuni punti di riflessione riguardo aspetti generali del diritto delle società di capitali.

La disciplina della società per azioni, concepita quale modello in grado di canalizzare investimenti verso l'impresa, *“realizza un temperamento tra l'esigenza che all'organizzazione di imponenti attività commerciali siano destinati stabilmente capitali di “rischio” e l'interesse di chi li ha apportati a poterne operare il disinvestimento anche anteriormente alla fine di tali attività”*¹⁴. Il temperamento, infatti, avviene attraverso la possibilità per il socio di trasferire la propria partecipazione, in tutto o in parte, sul mercato. Tale meccanismo, però, funziona sulla base del presupposto che le azioni hanno un mercato in grado di soddisfare le aspettative degli azionisti, e cioè un mercato che riconosca un valore di scambio in linea con il valore effettivo della partecipazione.

La società a responsabilità limitata invece, essendo un modello societario in cui viene enfatizzata la figura dei singoli soci¹⁵, è caratterizzata da una regolamentazione composita in cui compenetrano elementi sia di matrice capitalistica che personalistica¹⁶, attingendo, invero, dalla disciplina di entrambe le famiglie societarie. Solitamente in questo modello organizzativo i soci sono un numero limitato nonché interessati a partecipare attivamente alla vita della società, diversamente dalla S.p.A., invece, in cui la gestione spetta esclusivamente agli amministratori ed il numero dei soci è ampiamente più numeroso. Dinanzi a tali richiami è di facile comprensione la previsione normativa volta ad impedire che le partecipazioni dei

¹⁴ GINEVRA E., *La partecipazione azionaria*, in *Diritto commerciale*, vol II, a cura di Marco Cian, 2014, cit. p. 283.

¹⁵ L'enfaticizzazione del socio avviene assegnando ampi poteri di *voice* oltre che di *exit*. L'autore pone l'accento anche sul ruolo dell'autonomia negoziale e dei rapporti contrattuali tra i soci, facendo notare che i principali limiti all'autonomia discendono da norme imperative a tutela dei terzi considerando l'autonomia patrimoniale perfetta di cui è dotato il modello. Vedi DACCÒ A., *La società a responsabilità limitata*, in *Diritto commerciale*, vol. II, a cura di Marco Cian, 2014, p. 564 e ss.

¹⁶ Si pensi alla facoltà di adottare sistemi di amministrazione congiuntivi o disgiuntivi (art. 2475, co. 3), alla possibilità di introdurre clausole di esclusione per giusta causa (art. 2473-bis) o alla possibilità di conferire prestazioni d'opera o di servizi (art. 2464).

soci di s.r.l. siano rappresentate da azioni e l'impossibilità di queste di essere oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari (art. 2468 comma 1). Le quote di s.r.l., pertanto, non seguendo il principio di "spersonalizzazione" della partecipazione, tipico dei titoli azionari, sono caratterizzate per loro natura da una maggiore difficoltà di circolazione nota l'assenza di un mercato analogo a quello delle azioni.

Sulla base di tali presupposti, il legislatore ha comunque delineato la disciplina del recesso con un tenore sostanzialmente analogo fra i due modelli, concedendo, ragionevolmente, maggiori spazi all'autonomia statutaria tanto più il modello societario presenta elementi di "chiusura".

1.3.1 Le cause inderogabili di cui agli artt. 2437 e 2473

Analizzando nel dettaglio la disciplina, il diritto di recesso dalle società di capitali è contemplato dagli artt. 2437 e 2473 del Codice civile, previsti rispettivamente per la società per azioni e per la società a responsabilità limitata.

Per il modello azionario la legge distingue cause inderogabili, derogabili, e convenzionali, a differenza di quanto previsto per la S.r.l. in cui le ipotesi menzionate dalla legge sono, invece, tutte inderogabili.

Le cause legali inderogabili identificate dall'art. 2437 sono:

- a) *la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società*¹⁷;
- b) *la trasformazione della società*¹⁸;
- c) *il trasferimento della sede sociale all'estero*¹⁹;
- d) *la revoca dello stato di liquidazione*²⁰;
- e) *l'eliminazione di una o più cause di recesso [derogabili o convenzionali]*²¹;

¹⁷ La norma identifica quale causa legittimante l'uscita dalla società la modificazione *significativa* dell'oggetto sociale. Si ritiene che l'aggettivo utilizzato voglia intendere che essa debba essere in grado di determinare un mutamento delle condizioni di rischio dell'investimento previamente valutate da parte del soggetto in occasione dell'ingresso in società. In tal senso, CAVALAGLIO L., artt. 2437-2437-sexies, in Commentario del codice civile, a cura di GABRIELLI, Delle società - Dell'azienda. Della concorrenza, artt. 22379-2451, a cura di SANTOSUOSSO, p. 1180.

¹⁸ Prima della riforma la causa veniva identificata dalla legge con la formula "*cambiamento del tipo*".

¹⁹ L'ipotesi, considerata da una parte della dottrina come inattuale alla luce del principio di libera circolazione tra gli Stati UE, viene giustificata dal fatto che il trasferimento della sede sociale all'estero determina un mutamento delle condizioni di investimento dovuta alla modifica della normativa applicabile. In tal senso, anche se in tema di S.r.l., art. 2473, Commentario codice civile DeJure

²⁰ La revoca dello stato di liquidazione è oggi ammessa, a seguito della riforma del 2003, dall'art. 2487-ter tramite una decisione a maggioranza. Precedentemente a tale modifica, la legittimità della revoca a maggioranza era una questione dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza. Il diritto di recesso, in tale fattispecie, "*costituisce il contrappeso all'interesse della società alla prosecuzione dell'attività sociale*". Così, anche se in tema di S.r.l., art. 2473, Commentario codice civile DeJure.

f) la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso²²;
g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione²³.

L'inderogabilità delle ipotesi esposte, per le quali la legge prevede una tutela assoluta, discende direttamente dall'ultimo comma dell'art. 2437, il quale dispone che “È nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma del presente articolo”²⁴.

Nello stesso senso, ma utilizzando la formula “in ogni caso il diritto di recesso compete a soci che non hanno consentito”, l'art. 2473 del Codice civile identifica le cause inderogabili di recesso da società a responsabilità limitata. La disposizione contempla, nel dettaglio, le seguenti ipotesi:

- Il cambiamento dell'oggetto²⁵ o del tipo di società²⁶;
- La fusione o scissione della società;
- La revoca dello stato di liquidazione;
- Il trasferimento della sede all'estero;
- La eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo;

²¹ Tale previsione è volta ad impedire che la maggioranza alteri l'ampiezza del potere di disinvestimento, a prescindere che questa sia migliorativa o peggiorativa, attraverso l'eliminazione delle ipotesi di recesso introdotte statutariamente. Art. 2437 cc, Commentario codice civile DeJure.

²² L'ipotesi mira ad impedire che la maggioranza vanifichi il diritto di recesso del socio attraverso la modifica dei criteri di liquidazione. In tali ipotesi i criteri da utilizzare sono quelli vigenti in precedenza alla delibera legittimante. In tal senso, DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, III, Torino, 2006, p. 228.

²³ La formula di cui alla lettera g), nota la sua ambiguità, ha determinato l'emersione di posizioni divergenti sia in quanto ai diritti la cui modifica è suscettibile di far sorgere il recesso, secondo alcuni solamente quelli patrimoniali per altri invece anche quelli amministrativi, sia quanto al tipo di modifiche dei diritti dei soci, e cioè quando questi siano oggetto della delibera oppure la modifica di questi sia effetto indiretto della delibera. Per approfondimenti e dottrina in merito vedi GINEVRA E., *La partecipazione azionaria*, in *Diritto commerciale*, vol II, a cura di Marco Cian, 2014, cit. p. 285.

²⁴ La sanzione pertanto è limitata a proteggere le cause inderogabili di recesso. La nullità colpirebbe oltre che clausole statutarie anche eventuali patti parasociali limitativi di tale diritto. CAVALAGLIO L., op. cit, p. 1183. Ulteriormente, secondo una parte della dottrina, sarebbero nulle anche eventuali clausole derogative in senso favorevole ai soci in quanto lesive dei diritti dei creditori. DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, III, Torino, 2006, p. 233.

²⁵ Sebbene non venga utilizzato, come nell'art. 2437, l'aggettivo *significativo* si ritiene comunque che il mutamento debba determinare una sensibile alterazione del rischio dell'investimento. Di tale avviso, tra i vari, CIAN M., in *La s.r.l.: la struttura finanziaria*, in *Diritto commerciale*, vol. II, a cura di M. CIAN, p. 597. Attribuiscono invece rilevanza anche a mutamenti non significativi, VENTORUZZO M., *Recesso da società a responsabilità limitata e valutazione della partecipazione del socio recedente*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, p. 442; REVIGLIONE P., *Il recesso nelle società a responsabilità limitata*, Milano, 2008, p. 75 ss.

²⁶ Secondo la dottrina si tratta di un mancato coordinamento delle norme. Non parlando di “trasformazione”, come l'art. 2437, si potrebbe aprire la possibilità di non concedere il recesso in caso di trasformazione della società in ente non societario. Viene proposta comunque una lettura estensiva della norma riconoscendo il diritto di recesso in ogni caso di trasformazione, omogenea o eterogenea. In tal senso, VENTORUZZO M., op. cit., p. 443.

- Il *compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo*²⁷;
- Il *compimento di operazioni che determinano una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'articolo 2468, quarto comma*²⁸.

Dalla disamina risulta una sostanziale corrispondenza tra le cause legali non sopprimibili da parte dell'autonomia statutaria, le cui uniche divergenze rilevabili sono: il mancato diritto di recesso del socio azionista in caso di fusione o scissione nonché la mancanza del diritto di uscita per il socio di società a responsabilità limitata in caso di modifica da parte della maggioranza dei criteri di determinazione del valore della partecipazione in caso di recesso²⁹.

Con riferimento al primo punto, la cui motivazione del diverso trattamento viene ricondotta alla più marcata impronta personalistica della s.r.l. rispetto al modello azionario³⁰, è opinione comune che il diritto per il socio azionista sorga qualora in occasione di operazioni di fusione o scissione a cui lui non ha acconsentito avvenga una o più vicende di cui all'art. 2437.

In merito è intervenuto, tra i vari, anche il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con la Massima n. L.A.9., esprimendosi nei seguenti termini:

“in caso di fusione o di scissione di spa è riconosciuto agli azionisti il diritto di recesso quando l'operazione sia tale da importare un cambiamento significativo dell'attività della società, o la sua trasformazione, o altra ipotesi attributiva della facoltà di recedere”.

È stato inoltre fatto notare da autorevole dottrina di estrazione notarile che in caso di fusione per incorporazione per effetto della quale i soci azionisti dell'incorporata, a seguito dell'operazione, dovranno sottostare alle difformi previsioni statutarie dell'incorporante rispetto alle proprie precedenti clausole, in linea astratta, può determinare il sorgere del diritto di recesso ai sensi dell'art. 2437, comma 1, lett. g)³¹.

A seguito dell'esposizione delle cause inderogabili di recesso previste dalla legge appare necessario ora richiamare l'attenzione su due aspetti particolarmente rilevanti a riguardo e

²⁷ L'ipotesi ha ad oggetto le modifiche sostanziali dell'oggetto sociale, presentandosi dunque come fattispecie complementare a quella del cambiamento formale dell'oggetto sociale. Con tale disposizione il legislatore intende riferirsi alle operazioni gestorie di competenza esclusiva dei soci, di cui all'art. 2479, co. 2, n. 5.

²⁸ In riferimento a tale ipotesi si segnala che ai sensi dell'art. 2468 comma 4 i diritti particolari, salvo patto contrario, sono modificabili solamente all'unanimità. La norma, pertanto, subentra qualora statutariamente sia prevista la modifica a maggioranza. In tal senso, REVIGLIONE P., *op. cit.*, p. 152.

²⁹ Questo secondo punto verrà trattato nel paragrafo del presente elaborato in cui vengono esaminate le norme in tema di criteri di determinazione del valore della azione o quota del recedente.

³⁰ BUSANI A., *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Le Società*, fasc. 3, 2018, p. 370-371.

³¹ BUSANI A., *op. cit.*, p. 371.

valevoli anche per quanto verrà esposto successivamente, e cioè a chi spetta la legittimazione all'esercizio del recesso e l'ammissibilità del suo esercizio parziale.

In merito alla legittimazione al suo esercizio, l'art. 2437 dispone che hanno diritto di recedere “*i soci che non hanno concorso alle deliberazioni*” elencate, mentre l'art. 2473 lo concede “*ai soci che non hanno consentito*”. La divergenza terminologica è giustificabile, secondo la dottrina³², dalla circostanza che l'ordinamento consente ai soci della S.r.l. di prendere decisioni, ai sensi dell'art. 2479 del Codice, anche in modi diversi rispetto alla modalità della forma collegiale, quali ad esempio la consultazione scritta oppure il consenso espresso per iscritto. Sotto il profilo pratico, la legittimazione viene, dunque, assegnata ai soci dissenzienti ed assenti³³ qualora la causa sia riconducibile ad una delibera, mentre, qualora la causa fosse un “fatto diverso”, risulterà necessario effettuare una valutazione *ad hoc* della singola fattispecie.

Riguardo l'ammissibilità dell'esercizio parziale del recesso, esso è espressamente consentito dall'ordinamento per il socio azionista dall'art. 2437, in relazione alle cause di recesso inderogabili, risultando un elemento di novità rispetto al passato. La motivazione di tale scelta legislativa, leggendo la Relazione ministeriale della riforma, viene ricondotta alla centralità dell'azione nella disciplina rispetto alla figura del socio. Risulta coerente, dunque, consentire il recesso per una parte delle partecipazioni qualora il quadro generale dell'operazione sia mutato, riducendo così l'esposizione al rischio pur continuando ad essere socio.

La medesima questione è, invece, molto discussa nell'ambito della S.r.l.: nonostante la dottrina maggioritaria³⁴ sostenga la tesi negativa sulla base del principio di unitarietà della quota, la prassi notarile, al contrario, ammette il recesso a parziale a determinate condizioni³⁵.

³² CARESTIA A., Sub Art. 2473 c.c., in CARESTIA A., DI DAMATO S., IANNELLO G., LO CASCIO G., MANZO G., PIETRAFORTE T., *Società a responsabilità limitata*, in La riforma del diritto societario, a cura di Milano, 2003, p. 146.

³³ A riguardo, la giurisprudenza ha puntualizzato che “*Il recesso spetta ai soli soci assenti o dissenzienti, che rivestano tale qualità da data antecedente rispetto all'assemblea che ha deliberato la modificazione statutaria, e non anche, invece, a quanti, pur rivestendo tale qualità al momento dell'iscrizione della delibera nel registro dell'impresa, abbiano acquistato la proprietà delle azioni in data successiva a quella dell'adunanza assembleare*”. Vedi Cass. civ., n. 21641/2005.

³⁴ ZANARONE G., *Introduzioni alla nuova società a responsabilità limitata*, in Riv. soc., 2003, p. 79; STELLA RICHTER M., *Diritto di recesso ed autonomia statutaria*, in Riv. dir. comm., 2004, I, p. 407.

³⁵ Sul punto si segnala la massima I.H.11 del Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, secondo la quale “*È ammissibile la clausola statutaria che ammette il recesso parziale perché migliorativa dei diritti del recedente*”.

1.3.2 Le altre cause inderogabili

Il Codice civile non si limita ad elencare le cause inderogabili da parte dell'autonomia statutaria negli articoli 2437 e 2473, ma, bensì, ne prevede ulteriori in maniera sparsa configurando queste come fattispecie autonome che si affiancano a quelle previste dalle disposizioni principali che lo regolano.

In materia di S.p.A. si rileva, infatti, il diritto di recesso del socio conferente di beni diversi dal denaro, previsto al quarto comma dell'art. 2343, qualora, a seguito della revisione della stima da parte degli amministratori, emerga un valore inferiore di oltre un quinto rispetto a quello per cui avvenne il conferimento³⁶. Per essere più chiari, il recesso in tale ipotesi è una opzione esercitabile dal socio conferente in alternativa al reintegro in denaro del deficit riscontrato oppure alla riduzione del capitale sociale, annullando le azioni (del socio) che rimangono scoperte. La presente causa di recesso costituisce, come rilevato in dottrina, una particolare ipotesi di scioglimento del rapporto sociale con efficacia *ex tunc*³⁷.

Parallelamente, ma in materia di S.r.l., l'art. 2465, quale norma di riferimento per i conferimenti di beni in natura, nulla prevede in tal senso. Parte della dottrina sostiene comunque l'applicabilità in via analogica dell'art. 2343, commi 3 e 4, alle s.r.l., argomentando la presenza dell'obbligo di revisione della stima ed il correlato diritto di recesso alla luce della responsabilità penale degli amministratori e dei soci conferenti in caso di formazione fittizia del capitale, prevista all'art. 2632 del Codice civile.

Sempre in materia di S.p.A., ma limitatamente a quelle quotate, l'art. 2437-quinquies configura una ulteriore ipotesi di recesso legale disponendo che “*hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso alla deliberazione che comporta l'esclusione dalla quotazione*”³⁸. In riferimento a tale ipotesi è bene precisare che il diritto di recesso non è giustificato da un mutamento nella società, ma da un mutamento nel grado di liquidabilità della partecipazione.

³⁶ La norma dispone successivamente con l'ammettere, nel caso di recesso, la restituzione del conferimento “*qualora sia possibile in tutto o in parte in natura*”. La dottrina ritiene che la norma impedisca la restituzione solamente quando il bene sia perito o deteriorato. OLIVIERI G., artt. 2342-2345, in Commentario D'Alessandro, II, 1, Padova, 2011, p. 176.

³⁷ In tal senso, TASSINARI F., artt. 2342, 2343-bis, 2344, in Comm. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 144.

³⁸ In riferimento a tale ipotesi si segnala che essa riguarda solamente il caso dell'esclusione, anche in via indiretta, della quotazione derivante da una delibera assembleare e non da fatti esterni alla società. In tal senso, CAVALAGLIO L., *op. cit.*, p. 1218.

Osservando le ulteriori cause legali di recesso specifiche per la società a responsabilità limitata, invece, si rileva l'ipotesi contemplata dall'art. 2481-bis del Codice civile avente oggetto la fattispecie di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di sottoscrizione in forza di una clausola statutaria che lo ammetta³⁹.

Tale ipotesi di recesso, configurabile quale contrappeso alla presenza di una clausola statutaria in tal senso, non è coerentemente presente nel modello legale della S.p.A. alla luce dell'assenza di una analoga norma che legittimi l'esclusione o la limitazione in via statutaria del diritto di opzione dei soci in caso di aumento di capitale.

Vi sono anche cause recesso vevoli per entrambi i modelli societari: ci si riferisce in particolare alle ipotesi di recesso in caso di introduzione o soppressione di clausole compromissorie⁴⁰ prevista dall'art. 34, co. 6, del d.lgs. n. 5/2003, nonché l'ipotesi prevista dalla disciplina in materia di direzione e coordinamento societario ex art. 2497-quater, a cui gli articoli 2437 e 2473 fanno rinvio.

Per quanto riguarda la prima disposizione citata, il diritto di recesso si spiega con l'impossibilità da parte della maggioranza, seppur ampia, di disporre del diritto di difesa della minoranza, costituzionalmente protetto all'art. 24 della Carta.

Per quanto riguarda, invece, le norme di cui all'art. 2497-quater, la disposizione prevede tre particolari ipotesi in cui il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere, trovando un elemento comune nel mutamento delle condizioni di investimento.

Nel dettaglio, la disposizione così recita:

“Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere:

a) quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale⁴¹, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo

³⁹ La decisione di aumento di capitale con esclusione (o limitazione) del diritto di sottoscrizione comporta una modificazione della posizione del socio sia amministrativa che patrimoniale. Pertanto, la legge attribuisce al socio che non ha consentito alla decisione di aumento il diritto di recesso di natura inderogabile. In tal senso SPERANZIN M., *L'aumento del capitale sociale*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. BIONE-R. GUIDOTTI-E. PEDERZINI, Padova, 2012, p. 484.

⁴⁰ Riportiamo per comodità del lettore il testo della disposizione: *“Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso”*. L'introduzione di un diritto di exit in tale fattispecie si spiega con l'impossibilità da parte della maggioranza, pur ampia, di limitare l'autonomia del singolo socio rispetto al diritto di difesa costituzionalmente protetto.

⁴¹ La norma si riferisce alla particolare ipotesi di mutamento dello scopo da lucrativo a consortile o ideale in quanto essa determina effetti sulle società controllate incidendo *in re ipsa* sulle ragioni di scelta dell'investimento dei soci. In tal senso GALGANO F., SBISA' G., *Direzione e coordinamento di società*, Art. 2497-2497 septies, 2014, Bologna, p. 284.

*sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*⁴²;

*b) quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio*⁴³;

*c) all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto*⁴⁴.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi è evidente la scelta del legislatore di concedere il diritto uscita del socio a condizione che non risultino altre alternative praticabili per il disinvestimento, e cioè la vendita sui mercati o l'adesione ad un'offerta pubblica d'acquisto.

Vi è infine una ulteriore ipotesi di recesso comune ad entrambi i modelli di società di capitali, in quanto fondata sul medesimo principio, ma riconducibile a due disposizioni differenti. Il riferimento è al diritto di recesso in caso di presenza di limiti alla circolazione delle azioni o quote. Nel dettaglio, l'art. 2355-bis disciplina i limiti alla circolazione delle azioni, ammettendo la possibilità di introdurre nello statuto limitazioni alla circolazione attraverso clausole di prelazione o di gradimento (di organi sociali o di altri soci). Al fine di evitare la "prigionia" del socio in società, al comma 2 dello stesso articolo, il legislatore ha previsto espressamente che in caso di presenza di clausole di mero gradimento, e cioè clausole che assegnano la facoltà di concedere o meno il consenso al trasferimento in modo discrezionale e del tutto incondizionato, e, al comma successivo, clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, sia previsto, a pena di nullità di queste clausole, alternativamente un obbligo di acquisto delle azioni da parte della società, nel rispetto della relativa normativa di cui all'art. 2357, oppure il diritto di recesso dell'alienante determinando la quota di liquidazione ai sensi dell'art. 2437-ter.

⁴² In merito a questa ipotesi autorevole dottrina ritiene che essa non abbia ad oggetto qualsivoglia modifica dell'oggetto sociale, ma bensì che sia necessario che la modifica produca effetti sulla controllata in modo diretto. In tal senso GALGANO F., SBISA' G., *op. cit.*, p. 284.

⁴³ A riguardo, si ritiene che il recesso possa essere esercitato solo dal socio a favore del quale è stata emessa la condanna. Così ANNUNZIATA F., art. 2497-quater, in SBISA' G. (a cura di), *Direzione e coordinamento di società. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2012, p. 276.

⁴⁴ Secondo la giurisprudenza la ratio della norma si rinviene "nell'esigenza di tutelare l'interesse al disinvestimento del socio di minoranza rispetto agli effetti anche solo potenzialmente pregiudizievoli di operazioni decise dalla maggioranza". Vedi Trib. Milano 21 luglio 2015, n. 8902.

Sempre in riferimento a quanto disposto dall'art. 2355-bis, il quale individua come periodo massimo di intrasferibilità per i titoli azionari i cinque anni, parte della dottrina ritiene che eventuali limitazioni assolute alla circolazione per un periodo superiore a quello ammesso dalla legge potrebbero rimanere efficaci a condizione che venga assegnato al socio il diritto di recesso in analogia a quanto previsto dall'art. 2469 comma 2⁴⁵. Quest'ultima disposizione, infatti, prevista per le società a responsabilità limitata, assegna il diritto di uscita del socio o dei suoi eredi *“qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità delle partecipazioni⁴⁶ o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte”*. La disposizione prevede inoltre che *“l'atto costitutivo può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato”⁴⁷*.

1.3.3 Le cause derogabili e le cause convenzionali

La disciplina codicistica individua espressamente anche cause di recesso derogabili da parte dell'autonomia statutaria. Il secondo comma dell'art. 2437 del Codice civile, nell'ambito dunque della società per azioni, prevede che *“salvo che lo statuto disponga diversamente, hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso all'approvazione delle deliberazioni riguardanti:*

a) la proroga del termine⁴⁸;

b) l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari”⁴⁹.

Viene pertanto ammessa da parte del legislatore, nelle presenti ipotesi, la possibilità per i soci azionisti di escludere in via statutaria il diritto di recesso o di renderne più gravoso l'esercizio.

⁴⁵ In tal senso, STANGHELLINI L., sub art. 2355-bis, in Comm. MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, Milano, 2008, p. 368.

⁴⁶ Particolare attenzione si vuole far ricadere sul punto. L'intrasferibilità delle partecipazioni nella s.r.l. è ammessa, a differenza della s.p.a., senza limiti temporali, in ossequio al principio generale della rilevanza personale che assume il socio in questo tipo di società, contemperandola però con l'assegnazione del diritto di recesso.

⁴⁷ La norma evidenzia dunque il carattere inderogabile della restante parte della disciplina del recesso. In tal senso, SPERANZIN M., BORTOLUZZI F., sub art. 2469, in Gabrielli (diretto da) Commentario del codice civile, Delle società- dell'azienda-della concorrenza, Milano, 2015, p. 347.

⁴⁸ La fattispecie è tesa a proteggere il diritto del socio alla liquidazione della quota e al disinvestimento alla scadenza programmata a fronte di una delibera della maggioranza che proroghi la società. In tal senso, CAVALAGLIO L., *op. cit.*, p. 1190.

⁴⁹ La fattispecie è tesa a proteggere l'interesse del socio a mantenere il regime di circolazione dei titoli azionari esistente e il livello di commerciabilità della sua partecipazione. In tal senso, CAVALAGLIO L., *op. cit.*, p. 1191.

Nell'ambito della società a responsabilità limitata, pur non essendo previsto nulla dalla legge sul tema, si ritiene, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che le ipotesi derogabili previste dall'art. 2437 comma 2 siano parimenti applicabili.

Come già segnalato, la riforma del diritto societario avvenuta nel 2003 ha concesso maggiore spazio all'autonomia statutaria consentendo l'introduzione di cause convenzionali di recesso. Nello specifico, per il modello azionario il terzo comma dell'art. 2437 dispone che:

“Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso”, mentre nella società a responsabilità limitata, più semplicemente, è previsto all'art. 2473 che *“L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità”*.

A riguardo si rileva che l'autonomia concessa non incontra limiti espressi. Si ritiene però che i soci azionisti possano introdurre cause atipiche di recesso purché collegate a importanti mutamenti del programma organizzativo e non a vicende economiche della società⁵⁰. Per i soci di s.r.l., invece, l'autonomia concessa appare più ampia: la dottrina infatti ritiene che i soci possano legare il diritto di recesso al verificarsi di qualsiasi atto o fatto, anche esterno alla società, in grado di incidere su di essa⁵¹, perseguendo così gli obiettivi più disparati, in ragione della centralità dei rapporti sociali caratterizzante questo modello⁵².

La legge, infine, assegna anche un diritto di recesso *ad nutum*, consistente nella facoltà di sciogliersi unilateralmente dalla società senza addurre alcun motivo, con un preavviso di centottanta giorni. Tale ipotesi viene concessa espressamente dalla legge, sia per il modello azionario che per la S.r.l., in caso di società contratte a tempo indeterminato, costituendo una ulteriore causa inderogabile di recesso sulla base del principio generale dell'ordinamento che riconosce la libertà di risoluzione anticipata dei contratti senza determinazione di durata. Nella S.p.A. è tuttavia ammesso, ex art. 2437 comma 3, a condizione che le azioni non siano quotate in un mercato regolamentato. In entrambi i modelli è comunque ammessa la possibilità di prevedere in via statutaria un termine maggiore, purché non superiore ad un anno.

⁵⁰ In questo senso, tra i vari, GINEVRA E., *op. cit.*, p. 286.

⁵¹ CALANDRA BUONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.* 2005, p. 302.

⁵² L'ampia autonomia concessa secondo la prevalenza della dottrina accademica trova però il limite nell'impossibilità di prevedere il recesso *ad nutum* in caso di società a tempo determinato e l'impossibilità introdurre clausole che riconoscono genericamente il recesso per giusta causa. In posizione favorevole è invece la dottrina di estrazione notarile. Per una rassegna delle differenti posizioni si veda, tra i vari, GRANELLI C., *Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma*, *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2013, pp. 862 e ss.

La particolare ipotesi è tesa a tutelare l'interesse del socio al disinvestimento a prescindere che esso sia di maggioranza o di minoranza, potendo, infatti, essere esercitato in qualsiasi momento in quanto non correlato ad alcuna deliberazione societaria.

Ampiamente discusso è, invece, se il recesso *ad nutum* spetti anche in caso di società caratterizzata da un termine eccessivamente lungo tale da renderla assimilabile ad una costituita a tempo indeterminato oppure in caso di società caratterizzata da un termine commisurato all'intera vita di uno dei soci⁵³.

1.3.4 Le modalità di esercizio del recesso

Il Codice civile disciplina anche le modalità di esercizio del recesso del socio dalla S.p.A. prescrivendone modalità e termini all'art. 2437-bis, senza però affrontare la questione di chiarire il momento in cui avvenga la perdita dello *status socii* del recedente.

La disposizione recita in questi termini:

“Il diritto di recesso è esercitato mediante lettera raccomandata che deve essere spedita entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima, con l'indicazione delle generalità del socio recedente, del domicilio per le comunicazioni inerenti al procedimento, del numero e della categoria delle azioni per le quali il diritto di recesso viene esercitato. Se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio”.

A riguardo è noto che la giurisprudenza ammette che il recesso può essere esercitato, oltre che con la lettera raccomandata, anche attraverso altre forme che presentino analoghe caratteristiche di certezza del mezzo scelto dal legislatore, come, ad esempio, la posta elettronica certificata.

La disposizione continua successivamente prescrivendo l'obbligo di deposito presso la sede della società delle azioni per le quali è stato esercitato il recesso. Risulta evidente che il fine di tale obbligo sia teso ad evitare la circolazione dei titoli, la quale sarebbe incoerente con la volontà manifestata dal socio ed incompatibile con la procedura di liquidazione.

Il terzo comma, invece, così dispone: *“Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società”.*

⁵³ In giurisprudenza si rileva una differente posizione a seconda del modello. Per quanto riguarda la società per azioni è presente un orientamento in senso negativo, vedi da ultimo Cass. civ. n. 4716/2020, mentre in materia di società a responsabilità limitata è presente in senso positivo, vedi Cass. civ. n. 9662/2013.

La dichiarazione di recesso, essendo un atto unilaterale recettizio, è un atto irrevocabile che produce i suoi effetti con la conoscenza legale da parte della società sulla base del principio generale di cui all'art. 1334 del Codice. Con il terzo comma dell'art. 2437-bis, tuttavia, la legge ammette una ipotesi di neutralizzazione dei suoi effetti identificata nella fattispecie di rimozione da parte della società della causa che lo legittima. Alternativamente, la società può comunque deliberare lo scioglimento, per effetto del quale il socio recedente parteciperebbe alla liquidazione come socio e non come terzo creditore.

In ambito di società a responsabilità limitata, invece, l'art. 2473 rimette completamente all'autonomia statutaria la scelta delle modalità e dei termini di esercizio del diritto. Nel silenzio dello statuto è comunque pacifica l'applicabilità in via analogica dell'art. 2437-bis.

Sul tema della perdita della qualifica di socio, c.d. *status socii*, nulla è previsto dalla legge per entrambi i modelli capitalistici. La questione nasce dal fatto che il recesso, una volta efficace, determina la perdita della titolarità della partecipazione solo con il rimborso della quota, cioè successivamente alla dichiarazione, e la sua criticità si rileva, sul piano operativo, nel dubbio circa la legittimazione del recedente all'esercizio dei diritti sociali nell'arco temporale tra la dichiarazione di recesso effettuata ed il momento in cui avviene la liquidazione.

La questione è ampiamente discussa sia in dottrina che in giurisprudenza in merito alla quale si segnalano sostanzialmente tre orientamenti.

Un primo orientamento sostiene che fino al momento della liquidazione della quota il socio mantiene i suoi diritti ed obblighi inalterati, dal momento che la comunicazione del recesso aprirebbe un procedimento entro il quale avviene la verifica della legittimazione a recedere, l'eventuale revoca della causa legittimante da parte della società e, infine, la liquidazione. La comunicazione, pertanto, precede l'estinzione della partecipazione che avviene solo con la sua liquidazione⁵⁴.

Un secondo orientamento, invece, ritiene che la perdita dello *status socii* avvenga solamente nel momento in cui la delibera diviene definitiva per lo spirare del termine per la revoca della delibera legittimante il recesso⁵⁵.

Un terzo orientamento, infine, sostiene che la preclusione ai diritti avviene immediatamente con il ricevimento della comunicazione da parte della società⁵⁶. Quest'ultima tesi è quella

⁵⁴ In tal senso, GALLETTI D., art. 2437, in Codice commentato delle società, a cura di ABRIANI, STELLA RICHTER, p. 1549.

⁵⁵ In tal senso, CALANDRA BUONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in Giur. comm., 2005, I, p. 291.

⁵⁶ In tal senso, NOBILI R., *La riduzione del capitale*, in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum GIAN FRANCO CAMPOBASSO, diretto da ABBADESSA, Portale, III, Torino, 2006, p. 441.

accolta da parte della giurisprudenza prevalente, secondo la quale nel momento in cui la società riceve la comunicazione di recesso muta la posizione del socio, che diventa titolare del diritto alla liquidazione delle azioni per le quali è stato esercitato il recesso⁵⁷.

Sul punto è intervenuto anche il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie con la massima I.H.5, la quale così si esprime:

“La dichiarazione di recesso ha natura di atto unilaterale recettizio, risolutivamente condizionato ex lege alla revoca della delibera legittimante il recesso o alla messa in liquidazione volontaria della società, pertanto produce effetti dalla data del suo ricevimento. Da tale data i diritti sociali connessi alla partecipazione per la quale è stato esercitato il recesso sono sospesi, conservando il socio recedente esclusivamente la titolarità formale della partecipazione finalizzata alla liquidazione della stessa”.

Appare pertanto condivisibile ritenere che in pendenza del procedimento di liquidazione della quota i diritti del socio non sono esercitabili⁵⁸.

1.3.5 I criteri per la determinazione del valore della quota

L'art. 2437-ter del Codice civile disciplina i criteri di determinazione della quota di liquidazione al fine di proteggere il valore dell'investimento e l'interesse del socio uscente alla relativa monetizzazione.

Dopo aver ribadito nel primo comma che il socio ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso, il legislatore assegna agli amministratori, con il secondo comma, il compito di eseguire la valutazione delle azioni, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, *“tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni”*⁵⁹. Pertanto, la valutazione del patrimonio sociale dovrà avvenire in base ai suoi valori reali attuali e non strettamente in base ai valori contabili.

Viene inoltre concessa un'apertura all'autonomia statutaria: il quarto comma, infatti, consente allo statuto di stabilire criteri diversi di determinazione del valore, indicando *“gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione*

⁵⁷ Vedi Trib. Roma, 17 gennaio 2017; Trib. Roma, 11 giugno 2012; Trib. Roma 11 maggio 2005. In maniera analoga, anche se in ambito di società di persone, vedi Cass. civ. n. 5836/2013.

⁵⁸ In tal senso, GINEVRA E., *op. cit.*, p. 287.

⁵⁹ Si rilevano dubbi circa la possibilità di applicare lo “sconto di minoranza” e il “premio di maggioranza” alla luce del riferimento della norma alla consistenza patrimoniale. In senso positivo VENTORUZZO M., *op. cit.*, p. 405; in senso negativo CALANDRA BUONAURA V., *op. cit.*, p. 315.

*patrimoniale da tenere in considerazione*⁶⁰. Con tali clausole è quindi possibile limitare la discrezionalità dell'amministratore nella selezione degli elementi rilevanti ai fini della valutazione delle prospettive reddituali future, oppure far emergere un profilo di "valorizzazione negoziale" della quota⁶¹, entro però il limite, derivante dall'ultimo comma dell'art. 2437, dell'inderogabilità *in pejus* della disciplina⁶².

L'art. 2437-ter disciplina anche la valutazione delle azioni in caso di recesso da società quotate. Al terzo comma è specificamente previsto che il valore delle azioni è determinato facendo riferimento "*alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso*", precisando però che lo statuto di questo tipo di società potrebbe disporre diversamente adottando i criteri di cui al comma due o al comma quattro, fermo restando, però, che il valore risultante in caso di deroga non potrà essere, per espressa previsione della legge, inferiore al risultato che sarebbe pervenuto con l'utilizzo del criterio legale della media aritmetica.

Il legislatore della riforma ha introdotto, come ulteriore elemento di novità, anche una forma di tutela del socio recedente finalizzata alla corretta determinazione della quota di liquidazione in sede di valutazione, nonché, complessivamente, di consentire ai soci di esprimere il proprio voto, in merito a potenziali mutamenti del progetto imprenditoriale, consapevoli del valore delle proprie azioni. Nel dettaglio, il quinto comma dell'art. 2437-ter dispone che i soci interessati a recedere hanno diritto a conoscere la determinazione del valore nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea⁶³. Ciascun socio, inoltre, ha diritto a prenderne visione e di ottenerne copia a proprie spese.

Qualora il socio intendesse contestare il valore determinato a seguito della valutazione, egli potrebbe farlo, ai sensi del comma sesto, contestualmente alla dichiarazione di recesso

⁶⁰ Si segnala che la Corte di Cassazione si è espressa sul tema giudicando legittima la clausola statutaria che preveda la valutazione della consistenza patrimoniale ai fini della liquidazione della partecipazione del socio in caso di recesso con il criterio del c.d. "going concern". I Giudici hanno ritenuto che tale criterio "*si mostra coerente con la condizione dei beni organizzati in azienda, il cui valore complessivo, sino a che continua l'attività di impresa, non si risolve nella somma del valore statico dei singoli beni, essendo invece inevitabilmente influenzato dalla prospettiva della continuazione dell'attività*". Vedi Cass. civ. n. 16168/2014.

⁶¹ Secondo la dottrina, con riferimento alle cause di recesso inderogabili, la funzione dell'autonomia statutaria è di agevolare gli amministratori nel compito di giungere alla definizione del valore reale del bene. In tal senso, VENTORUZZO M., *op. cit.*, p. 414.

⁶² Sia in dottrina che in giurisprudenza è diffusa l'affermazione che il valore determinato sulla base dei criteri legali rappresenta una "soglia minima" sotto la quale non è possibile scendere. Segnala così GINEVRA E., *op. cit.*, p. 288.

⁶³ La dottrina ritiene che, in una prospettiva garantista, i soci abbiano diritto a conoscere anteriormente anche il procedimento di valutazione, dunque i criteri utilizzati, oltre che il risultato della valutazione. Vedi commentario Codice civile in Banca dati DeJure, voce art. 2437-ter.

sollecitando in tale sede la stima da parte di un esperto nominato dal tribunale, che provvederà anche sulle spese, su istanza della parte più diligente, applicando il primo comma dell'articolo 1349.

Spostando ora il focus verso quanto previsto in ambito della società a responsabilità limitata emerge immediatamente che la norma non identifica nel presente modello il soggetto a cui spetta l'onere di operare la valutazione della quota né un obbligo di sentire il parere del sindaco-revisore se presente. Si ritiene comunque, di regola, che la competenza alla valutazione delle quote spetti agli amministratori⁶⁴, essendo poi previsto, analogamente al modello azionario, che in caso di disaccordo sul risultato della valutazione che la determinazione sia compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale.

Ulteriormente, in relazione ai criteri di determinazione del valore della quota l'art. 2473 comma 3 del Codice civile si limita a disporre che il socio recedente ha diritto ad ottenere “*il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale*”, e che questo dovrà essere determinato tenendo conto del suo “*valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso*”⁶⁵. Nessuna menzione, dunque, riguardo ad una possibile derogabilità del criterio legale, a differenza di quanto previsto per il modello azionario. Nonostante questo, la tesi prevalente nel sistema italiano, diffusa sia in giurisprudenza⁶⁶ che negli orientamenti notarili⁶⁷, considera legittimo l'utilizzo di criteri di valutazione della partecipazione nella S.r.l. diversi rispetto a quello previsto dalla legge, i quali, almeno in relazione alle cause di recesso previste dal legislatore, non potranno essere sostitutivi di quello legale ma solamente aggiuntivi o integrativi⁶⁸, oppure, secondo altra formulazione, gli ulteriori criteri non potranno risultare pregiudizievoli per il socio uscente⁶⁹. Per le cause convenzionali di recesso, invece, prevale la tesi favorevole alla derogabilità del criterio legale in ragione dell'ampio spazio di cui gode l'autonomia statutaria, ammettendo dunque anche la legittimità di clausole che prevedano criteri di valutazione peggiorativi, configurando la riduzione del rimborso spettante come costo a carico del recedente⁷⁰.

⁶⁴ CIAN M., *Diritto commerciale*, vol. II, 2014, p. 601.

⁶⁵ Nonostante il mancato riferimento espresso alle prospettive reddituali, si ritiene che il perito nel valutare il valore di mercato del patrimonio sociale dovrà tenerne debitamente conto.

⁶⁶ Vedi Trib. Milano, 24 maggio 2007; Trib. Milano, 31 marzo 2008.

⁶⁷ Vedi l'Orientamento I.H.13 del Comitato interregionale dei consigli notarili del Triveneto.

⁶⁸ VENTORUZZO M., *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano, 2012, p. 241 ss.

⁶⁹ ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, in Comm. Schlesinger, Milano, 2010, p. 830 ss.

⁷⁰ In tal senso, VENTORUZZO M., *op. cit.*, p. 244; CIAN M., *La liquidazione della quota del socio recedente al valore nominale (in margine ad una clausola statutaria in deroga ai criteri legali di valutazione delle azioni)*, in Riv. dir. soc., 2010, p. 308.

Con tale apertura appare opportuno richiamare l'attenzione sul punto evidenziato in precedenza ma non trattato, ovvero il fatto che tra le cause di recesso inderogabili previste per la S.r.l. non rientra, a differenza di quanto previsto per la S.p.A., l'ipotesi della modifica dei criteri di determinazione del valore della quota. A riguardo, considerato che la tesi prevalente sostiene la legittimità della deroga in via statutaria, si ritiene che l'eventuale modifica non potrà che avvenire attraverso una delibera dei soci all'unanimità⁷¹, il che comporta, in buona sostanza, l'assegnazione di un diritto veto per il socio configurando una forma di tutela più ampia rispetto al (mancato) diritto di recesso.

L'art. 2473 del Codice civile, infine, non contempla il diritto di informazione preventiva dei soci riguardo il valore di stima: tale diritto, previsto per il socio azionista dall'art. 2437-ter, appare discendere da una norma non applicabile alla S.r.l., dal momento che il socio in questo modello organizzativo ha diritto di accedere alla documentazione sociale ai sensi dell'art. 2476 del Codice civile, potendo quindi verificare in ogni momento il valore spettante.

1.3.6 Il procedimento di liquidazione

La novella legislativa del 2003 ha introdotto, come già anticipato, un particolare procedimento di liquidazione della quota, disciplinato rispettivamente all'art. 2437-quater per la S.p.A. ed all'art. 2473 comma 4 per la S.r.l., finalizzato ad evitare la depatrimonializzazione della società.

Procedendo singolarmente nella disamina di quanto previsto, emerge in maniera evidente già dalla lettura dell'art. 2437-quater la minuziosità della disciplina, la quale articola il procedimento in cinque distinte fasi graduate in successione.

La prima fase è l'offerta in opzione agli altri soci. In relazione ad essa è previsto che spetta agli amministratori l'onere di offrire le azioni per le quali è stato esercitato il recesso agli altri soci, in proporzione alla partecipazione di ciascuno, ed ai possessori di obbligazioni convertibili sulla base del rapporto di cambio. È inoltre previsto che *“l'offerta di opzione è depositata presso il registro delle imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione”* e che *“per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta”*.

⁷¹ Sul punto SPERANZIN M., *Criteri di liquidazione della partecipazione nel caso di recesso da S.r.l. e autonomia statutaria*, in Riv. dir. civ., fasc. 3, 2016, p. 893.

La seconda fase è l'esercizio del diritto di prelazione dei soci sulle azioni inoptate. Il terzo comma dell'art. 2437-quater assegna tale diritto ai soci che hanno precedentemente esercitato il loro diritto di opzione *“purchè ne facciano contestuale richiesta”*.

La terza ipotesi è la facoltà di collocare le azioni inoptate presso i terzi. Nel caso di azioni quotate in mercati regolamentati la norma prevede che il loro collocamento avvenga mediante offerta nei mercati medesimi.

La quarta ipotesi, subordinata alla mancata cessione a terzi delle azioni, è il rimborso da effettuarsi con acquisto di azioni proprie da parte della società. Nel dettaglio, il quinto comma dell'art. 2437-quater dispone che *“in caso di mancato collocamento ai sensi delle disposizioni dei commi precedenti entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357”*, ovvero il limite, previsto per le società che fanno ricorso al mercato, all'acquisto di azioni proprie per un valore nominale entro la quinta parte del proprio capitale sociale.

La quinta ipotesi, infine, è la riduzione del capitale sociale, subordinata all'infruttuoso esperimento di tutte le precedenti fasi⁷², traducibile potenzialmente anche nello scioglimento della società. Il sesto comma dell'art. 2437-quater, infatti, prevede che in assenza di utili e riserve disponibili, evenienza che determina l'impossibilità di procedere con l'acquisto di azioni proprie, *“deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società”*.

Qualora l'assemblea operasse la scelta di riduzione del capitale, il settimo comma dell'art. 2437-quater collega alla fattispecie l'applicazione della disciplina della riduzione reale di capitale di cui all'art. 2445, comma secondo, terzo e quarto, del Codice civile. Pertanto, nell'ipotesi in cui fosse necessaria la riduzione del capitale sociale per eseguire il rimborso delle azioni del socio recedente, i creditori sociali dispongono dello strumento dell'opposizione alla delibera di riduzione, rimettendo al giudice l'onere di valutare il fondamento del pregiudizio al loro credito. Qualora l'opposizione venisse accolta la società non potrà che essere messa in stato di liquidazione, salvo ancora possibile la revoca della delibera legittimante il recesso. Evidente è quindi, alla luce del rischio di messa in stato di liquidazione, che il diritto di recesso assume anche la forma di uno strumento di incentivo alla negoziazione ed al mantenimento degli equilibri tra maggioranza e minoranza in quanto il suo esercizio può danneggiare il socio detentore del controllo.

⁷² Tale condizione è ritenuta necessaria a pena di invalidità. Sul punto CARMIGNANI, art. 2437, in Commentario Sandulli-Santoro, II, 2, Torino, 2003, p. 869.

Per quanto riguarda, invece, il procedimento di liquidazione della quota nell'ambito della società a responsabilità limitata la disposizione di riferimento è il quarto comma dell'art. 2473 del Codice, il quale scandisce, analogamente a quanto previsto per la S.p.A., quattro fasi logiche temporalmente successive.

Analizzando le fasi, la prima e la seconda consistono nell'acquisto della quota da parte degli altri soci oppure da un soggetto terzo. La norma prevede che, per il primo caso, l'acquisto dovrà avvenire "*proporzionalmente alle loro partecipazioni*", al fine di mantenere inalterata la partecipazione di ciascun socio all'interno della società, mentre, qualora l'acquisto avvenga da parte di un terzo, il soggetto dovrà essere concordemente individuato da parte dei soci medesimi. Evidente è che in caso di accordo tra i soci la partecipazione potrà comunque essere acquistata anche in modo non proporzionale.

Come terza e quarta fase, qualora non avvenga l'acquisto nei termini precedentemente descritti, la norma prevede che il rimborso venga effettuato utilizzando riserve disponibili, o in mancanza, riducendo corrispondentemente il capitale sociale. In tal caso la riduzione dovrà essere compiuta ai sensi dell'art. 2482, da cui deriva il diritto di opposizione da parte dei creditori sociali, elemento rischioso anche nel presente contesto in quanto in grado di determinare lo scioglimento della società quale forma di tutela del proprio credito, analogamente a quanto previsto per il modello azionario.

Una sostanziale differenza che emerge tra la disciplina dei due modelli capitalistici relativamente al procedimento di liquidazione della partecipazione del socio recedente è, nell'ambito della S.p.A, la previsione dell'obbligatorio tentativo, al fine di tutelare l'integrità del patrimonio sociale, di eseguire il rimborso attraverso l'acquisto delle azioni da parte della società stessa prima di procedere con la riduzione del capitale. La mancanza di una norma in tal senso per la società a responsabilità limitata si giustifica nella preclusione a livello sistematico della fattispecie in forza del divieto previsto dall'art. 2474 del Codice civile di acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie. Tale differenza, tuttavia, viene colmata dalla previsione di utilizzare utili e riserve disponibili per effettuare la liquidazione della quota prima di procedere con la riduzione del capitale.

Dall'analisi della disciplina è possibile osservare che i soggetti tutelati dal legislatore della riforma sono stati:

- Il socio di minoranza, il quale detiene l'interesse di avere una modalità alternativa alla vendita della propria partecipazione nonché quello di avere uno strumento in grado di evitare la completa soggezione alla volontà dei soci che detengono il controllo della società;
- Il socio di maggioranza, che è il maggior portatore dell'interesse all'applicazione del principio di maggioranza nelle decisioni assembleari, evitando dunque i limiti dell'applicazione del principio unanimistico, e ad evitare eventuali uscite degli altri soci che modificherebbero gli equilibri nella compagine;
- La società stessa, la quale, nel caso in cui vi fosse una mancanza di acquirenti della partecipazione del socio orientato al disinvestimento ed una contestuale insufficienza di liquidità, sarebbe costretta inevitabilmente a richiedere finanziamenti oppure a disinvestire propri *assets*;
- Il creditore sociale, per il quale l'eventuale riduzione del capitale costituirebbe una riduzione della garanzia al proprio credito.

Nonostante la forte contrapposizione tra gli interessi, la novella legislativa è stata in grado di fornire una disciplina di compromesso tra questi tutelando le posizioni nei presenti termini:

- Ai soci di minoranza è stato assegnato uno strumento di disinvestimento alternativo alla cessione della propria partecipazione, anche se esercitabile solamente nelle fattispecie previste dalla legge e dallo statuto, il quale permette di ricevere una somma in denaro equivalente al relativo valore di mercato al momento della dichiarazione della volontà di sciogliere il proprio vincolo partecipativo. Così facendo il socio uscente non potrà, quindi, rimanere pregiudicato dalla sua scelta;
- I soci non recedenti sono stati tutelati prevedendo che la facoltà di recedere possa essere esercitata solamente nei casi previsti dalla legge o concordati dai soci stessi qualora ne fossero previsti di ulteriori dallo statuto. Concedendo una tale apertura viene rimessa ai soci la libertà e la responsabilità di regolare l'ampiezza di questo strumento in base alle specifiche esigenze di attrazione dei capitali o di stabilità degli stessi;
- La società ed i creditori sociali sono stati tutelati prevedendo il particolare procedimento di liquidazione della partecipazione, il quale riduce la probabilità che il capitale sociale debba venire intaccato ed assegnando, qualora questo risultasse necessario, il diritto di opporsi dei creditori della società.

1.4 La disciplina civilistica del recesso dalle società di persone

Nel panorama societario le società di persone⁷³ si caratterizzano quale “*modello elettivo per l’esercizio in comune di imprese di dimensioni contenute*”⁷⁴, la cui disciplina di riferimento, codificata in poco più di settanta articoli (artt. 2250-2324 del Codice civile), appronta un modello piuttosto elementare concepito al fine di regolare società con una ristretta cerchia di soci ed un elevato vincolo fiduciario tra gli stessi. In particolare, gli ampi spazi lasciati all’autonomia statutaria ed il carattere prevalentemente derogabile del modello legale permettono ai soci di dare maggiore rilievo ad alcune vicende personali degli stessi, il che appare ragionevole alla luce del fatto che tutti i poteri di amministrazione e di controllo sono rimessi ai soci in quanto tali e non ad organi designati, nominati o delegati dai soci.

Il forte legame tra le vicende personali dei componenti della compagine sociale ed il vincolo societario emerge, in maniera evidente, dalle norme in tema di scioglimento del singolo rapporto sociale. Le singole cause di scioglimento, infatti, si ricollegano ad eventi personali o patrimoniali che incidono il socio come persona oppure vanno ad intaccare le relazioni interpersonali tra i soci.

In altre parole, detti eventi “*impediscono, limitano o rendono sgradito il protrarsi della partecipazione di un determinato socio in società*”⁷⁵ senza però inficiare di per sé l’organizzazione societaria nel suo insieme, dal momento che l’attività sociale prosegue con gli altri salvo provocare lo scioglimento della società qualora il venire meno del singolo rapporto determini l’unipersonalità protratta per oltre sei mesi (ex art. 2272, n. 4)⁷⁶.

Analizzando singolarmente l’istituto del recesso, esso costituisce una delle modalità di scioglimento del rapporto sociale del singolo socio, al pari della morte e dell’esclusione, distinguendosi dalle altre due per la circostanza che questo dipende esclusivamente dalla volontà del socio stesso. Giuridicamente costituisce un diritto potestativo e personale del

⁷³ Esistono tre tipi di società di persone regolati dal Codice civile: la società semplice, la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice. È bene ricordare che sul piano dell’attività, ai sensi dell’art. 2249 co.2, la società semplice può svolgere esclusivamente attività diversa da quella commerciale, mentre tale limite non sussiste per gli altri due tipi. Sul piano della responsabilità, invece, tutte le società di persone presentano almeno un socio chiamato a rispondere illimitatamente per le obbligazioni sociali, in solido con la società. In particolare, nella società semplice e nella s.n.c. rispondono illimitatamente tutti i soci, mentre nella s.a.s. rispondono illimitatamente solo i soci accomandatari, a differenza degli accomandanti la cui responsabilità è circoscritta al conferimento effettuato o promesso.

Si segnala, inoltre, che le società di persone sono caratterizzate da una tecnica normativa c.d. a cascata: al primo tipo viene riservata una disciplina tendenzialmente completa, mentre per gli altri due tipi vengono dedicate poche disposizioni specifiche a cui si aggiungono i richiami al modello precedente, rifluendo in parte anche in quello successivo, contribuendo in tal modo a designare la disciplina. Vedi PISANI L., *Le società di persone*, in *Diritto commerciale*, vol II, a cura di Marco Cian, Torino, 2014, pp. 70-72.

⁷⁴ PISANI L., *Le società di persone*, in *Diritto commerciale*, vol II, a cura di Marco Cian, Torino, 2014, p. 68.

⁷⁵ PISANI L., *op. cit.*, p. 117.

⁷⁶ Sul punto vedi Cass. civ. n. 8001/1990.

socio, irrinunciabile in via preventiva, non surrogabile da parte dei creditori né subordinabile all'autorizzazione da parte degli altri soci. Il diritto di recesso costituisce, inoltre, una deroga al principio di indissolubilità unilaterale del contratto, da cui ne deriva la sua esercitabilità solamente nei casi previsti dalla legge o dal contratto sociale, nonché un diritto indivisibile, non essendo esercitabile per una sola parte della partecipazione.

1.4.1 Le cause

La disposizione di riferimento nell'ambito delle società di persone è l'art. 2285 del Codice civile, previsto per il recesso dalla società semplice ma applicabile anche agli altri tipi di società di persone in forza dei rinvii presenti negli articoli 2293 e 2315 del Codice.

La norma identifica le cause di recesso distinguendo tra società a tempo determinato e società a tempo indeterminato.

Per le società contratte a tempo indeterminato il primo comma dell'art. 2285 dispone che *“ogni socio può recedere dalla società quando questa è contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci”*. Con riferimento alla prima fattispecie, pertanto, non vi sono limiti circa i presupposti che devono sussistere per il suo esercizio. Il legislatore ammette in tale contesto, dunque, la libertà di recedere *ad nutum*, imponendo solamente l'onere di comunicare la volontà di sciogliersi agli altri soci con un preavviso di almeno tre mesi, ai sensi del terzo comma.

Il Codice civile, inoltre, equipara, ai fini del recesso, le società di persone contratte per tutta la vita di uno dei soci alle società contratte a tempo indeterminato. In tale fattispecie, infatti, pur non essendo previsto formalmente, il termine (la morte del socio) non risulta determinabile a priori. Come rilevato dalla giurisprudenza, tale regola viene applicata anche alla fattispecie in cui il termine previsto della società sia superiore alla normale durata della vita umana⁷⁷.

Per quanto riguarda le società contratte a tempo determinato, invece, il secondo comma dell'art. 2285 concede il diritto di recesso al socio *“nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa”*. Quanto alle previsioni di cause facoltative non si rilevano particolari limiti all'autonomia privata nonostante il rischio di depauperamento del patrimonio sociale generato dal rimborso della quota alla luce anche della minore attenzione da parte del legislatore alla tutela del capitale nei modelli societari personalistici⁷⁸. I soci,

⁷⁷ Corte App. Bologna, 5 aprile 1997; Corte App. Napoli, 17 gennaio 1997.

⁷⁸ In tal senso PISANI L., *op. cit.*, p. 123.

dunque, potranno liberamente collegare il diritto di recesso al verificarsi di eventi relativi alla persona oppure alla società⁷⁹, perseguendo varie finalità.

Ben più problematica è la questione del recesso in caso di giusta causa in quanto si tratta di una nozione mutuata da altri settori dell'ordinamento, la cui presenza viene molto spesso negata dagli altri soci, alla luce del fatto che per il suo esercizio non è previsto alcun obbligo di preavviso, costituendo nel concreto una fonte di numerose controversie.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza *“non solo riguardo ai rapporti di lavoro, ma anche in tema di mandato, di società, di apertura di credito bancario e simili - e cioè in tutti i casi in cui la legge attribuisce particolari effetti ad una "giusta causa" -, il concetto di giusta causa si ricollega sempre alla altrui violazione di obblighi contrattuali, o alla violazione dei doveri di fedeltà, di lealtà, di diligenza o di correttezza, che ineriscono alla natura fiduciaria del rapporto e lo assoggettano ad una speciale disciplina. In tema di società, quindi, il recesso del socio può ritenersi determinato da giusta causa solo quando costituisca reazione legittima al comportamento degli altri soci, che obiettivamente e ragionevolmente sia tale da scuotere la fiducia in essi riposta”*⁸⁰.

Autorevole dottrina ritiene, tuttavia, essere più in linea con il diritto societario la tesi che collega il recesso *“ad ogni situazione oggettiva che aggravi, seppur indirettamente, la responsabilità del socio o le condizioni di rischio economico in presenza del quale egli aveva aderito al contratto sociale”*⁸¹.

Ulteriori cause legali di recesso dai modelli personalistici sono contenute in altre disposizioni del Codice. Tra queste si rileva l'art. 2307 co. 3, che concede, attraverso il rinvio all'art. 2285, il diritto di recesso ai soci con preavviso di tre mesi, in caso di proroga tacita della società⁸², nonché gli artt. 2500-ter, co. 1, 2502, co. 1, e 2506-ter, co. 5, previsti rispettivamente per le

⁷⁹ Potrebbe essere previsto, ad esempio, il riconoscimento del diritto di recesso in caso di mancato raggiungimento di determinati risultati economici minimi da parte della società entro un determinato arco temporale.

⁸⁰ Così Cass. civ. n. 2454/1966 richiamata da Cass. civ. n. 1602/2000. Secondo la giurisprudenza configurano legittima ipotesi di giusta causa i comportamenti da parte degli altri soci o degli amministratori in contrasto con le norme statutarie. Ne consegue, quindi, che non rilevano i dissapori di natura personale tra i soci.

⁸¹ PISANI L., *op. cit.*, p. 123.

⁸² In riferimento a tale ipotesi, considerato che ai sensi dell'art. 2273 si ha proroga tacita a tempo indeterminato quando i soci continuano a compiere operazioni sociali una volta decorso il tempo per cui la società venne contratta, parte della dottrina ritiene che essa sia prevista per le società regolate dal principio di maggioranza in quanto in una tale fattispecie possono rilevarsi operazioni sintomatiche della volontà di prorogare la società provenienti dalla sola maggioranza dei soci. In tal senso TASSINARI F., *Della società in nome collettivo*, in *Delle società - Dell'azienda. Della concorrenza*, artt. 2247-2378, a cura di SANTOSUOSSO D., in *Commentario del codice civile*, a cura di Gabrielli E., Torino, 2015.

Altra parte della dottrina ritiene invece che la norma attribuisca il diritto di recesso anche al socio in un primo tempo favorevole alla proroga. Così BUONOCORE V., *Società in nome collettivo*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, p. 394.

operazioni di trasformazione, fusione e scissione, i quali assegnano il diritto di recesso al socio che non ha consentito alla decisione in merito all'operazione straordinaria qualora partecipino società di persone⁸³.

1.4.2 Le modalità di esercizio del recesso

Quanto alle modalità di esercizio del recesso e la relativa efficacia della dichiarazione la legge nulla dispone. In ordine al primo punto è intervenuta la giurisprudenza esprimendosi con la conferma che la dichiarazione di recesso, la quale consiste in un “atto unilaterale recettizio contenente una manifestazione di volontà incompatibile con la prosecuzione del rapporto sociale col socio che tale volontà esprime”, non richiede particolari forme, potendo anche essere contenuta “nell’atto di citazione con il quale il socio instauri la lite tendente all’accertamento dell’avvenuto scioglimento del rapporto sociale con la società”⁸⁴.

Riguardo l’efficacia della dichiarazione la giurisprudenza è pacifica sul fatto che essa è efficace, e determina lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio receduto, non appena comunicata agli altri soci, con la conseguenza che la sentenza che accerti l’esistenza del presupposto del recesso comunicato ha natura di mero accertamento, con effetto *ex tunc*⁸⁵. Ulteriore punto su cui sono intervenuti i Giudici a fare chiarezza è che, nell’ambito delle società di persone, il recesso, una volta perfezionato, non è più revocabile a meno che non sussista la concorde volontà di tutti i soci in tal senso⁸⁶.

La disciplina codicistica prevede, inoltre, l’onere per il socio recedente di rendere noto ai terzi “con mezzi idonei” lo scioglimento del singolo rapporto sociale quale forma di tutela dell’affidamento dei creditori⁸⁷. Attraverso tale obbligo, disposto dall’art. 2290 del Codice civile e ricondotto nella prassi all’obbligo di iscrizione della dichiarazione di recesso nel Registro delle Imprese, il socio potrà beneficiare della limitazione della propria responsabilità

⁸³ Con riferimento a tale ipotesi il diritto di recesso si configura come il contrappeso all’applicazione del principio di maggioranza alla decisione in ordine all’operazione straordinaria da compiere, in deroga al principio unanimitario caratterizzante le modifiche del contratto sociale.

⁸⁴ In tal senso Trib. Roma, sez. III, 20 aprile 2015, n. 8422, che richiama molteplici pronunce della Corte di Cassazione.

⁸⁵ In tal senso Tribunale Roma, sez. III, 20 aprile 2015, n. 8422, che richiama Cass. civ. n. 186/1965.

⁸⁶ In tal senso Cass. civ. n. 20544/2009.

⁸⁷ La tutela dei creditori e, in generale, dei terzi è giustificata dal fatto che essi non devono subire un pregiudizio né trarre vantaggio dalle modificazioni delle partecipazioni sociali alle quali sono del tutto estranei. In tal senso, MOTTI C., in Commentario del codice civile, a cura di Gabrielli E., Delle società - Dell’azienda. Della concorrenza, artt. 2247-2378, a cura di SANTOSUOSSO D., Torino, 2015, p. 419.

per le sole obbligazioni sociali sorte anteriormente allo scioglimento del rapporto. In caso contrario, invece, lo scioglimento non è opponibile ai terzi che lo hanno senza colpa ignorato⁸⁸.

Per quanto riguarda l'aspetto della liquidazione della quota in caso di recesso la regola che si applica è quella comune a tutte le ipotesi di scioglimento del singolo rapporto sociale, e cioè, ai sensi dell'art. 2289 del Codice, l'obbligo della società di liquidare in denaro la quota del socio la cui partecipazione è venuta meno. Il chiaro riferimento della norma al fatto che l'ex socio ha diritto "*soltanto ad una somma di danaro che rappresenti il valore della quota*" è sufficiente a precludere, per quanto concerne il modello legale, la restituzione dei beni conferiti in proprietà o in godimento ovvero la liquidazione in natura⁸⁹.

1.4.3 Profili procedurali e criteri di determinazione del valore della quota

Riguardo il profilo procedimentale, il quarto comma dell'art. 2289 si limita a definire come termine entro il quale deve essere fatto il pagamento della quota spettante, i "*sei mesi dal giorno in cui si verifica lo scioglimento del rapporto sociale*", rimanendo in ogni caso ferma la possibilità per i soci di decidere di sciogliere anticipatamente la società con decisione compiuta all'unanimità entro i sei mesi dagli effetti della dichiarazione di recesso. In tale ipotesi, infatti, il socio receduto dovrà attendere i tempi, di norma più lunghi, della liquidazione della società.

Si può dire, pertanto, che solamente decorso il termine di sei mesi per eseguire il pagamento, il diritto di credito risulterà definitivo, tant'è vero che scaduto il termine legale la società potrà essere esposta, a seguito della sua inadempienza, ad azioni esecutive e gli amministratori a responsabilità. In riferimento alla domanda di liquidazione, inoltre, la giurisprudenza ha escluso che questa possa essere rivolta agli altri soci illimitatamente responsabili in quanto la loro responsabilità illimitata opera solo a favore di terzi⁹⁰. Ne consegue, dunque, che la domanda dovrà essere indirizzata sempre ed esclusivamente alla società.

⁸⁸ Sul punto è intervenuta anche la Corte di Cassazione esprimendo che "*La mancata pubblicità del recesso del socio di società di persone comporta il permanere del regime di responsabilità illimitata del socio stesso per il solo fatto che qualsiasi terzo, consultando il registro delle imprese, può avere legittimamente confidato sulla presenza del patrimonio personale del socio in funzione di garanzia generica del credito concesso alla società*" Vedi Cass. civ. n. 28225/2008.

⁸⁹ Analogamente a quanto previsto in tema di liquidazione dall'art. 2283 cc deve reputarsi lecita una clausola dell'atto costitutivo che preveda la liquidazione della quota in natura in caso di scioglimento del singolo vincolo sociale. In tal senso, PISANI L., *op. cit.*, p. 132.

⁹⁰ Sul punto Cass. civ., Sez. Un., n. 291/2000.

Per quanto riguarda i criteri per la determinazione del valore della quota, il secondo comma dell'art. 2289 stabilisce che la liquidazione avvenga “*in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento*”. In particolare, tale situazione dovrà essere redatta, così come rilevato dalla giurisprudenza, secondo i principi di formazione del bilancio⁹¹, computando obbligatoriamente anche l'avviamento dell'azienda⁹². Recentemente, inoltre, la giurisprudenza si è espressa indicando che la predisposizione di tale situazione patrimoniale è un onere della società⁹³.

Per effetto del terzo comma dell'art. 2289 del Codice, inoltre, la liquidazione della quota deve intendersi “provvisoria”, in quanto la norma prevede che se vi sono operazioni in corso, il socio receduto partecipa agli utili e alle perdite inerenti alle operazioni medesime, potendo dunque essere inciso sia in positivo che in negativo dagli affari pendenti. La giurisprudenza accoglie, a riguardo, una nozione molto ampia di “operazioni in corso”, includendo tra esse anche situazioni non ancora sorte al momento dello scioglimento, ma che possono essere considerate come inevitabile conseguenza dei rapporti giuridici preesistenti⁹⁴.

A seguito della liquidazione della quota del socio receduto, ovvero della porzione di patrimonio corrispondente alla partecipazione sciolta, il capitale della società verrà corrispondentemente ridotto. A fronte di tale riduzione, la quota di partecipazione agli utili ed alle perdite dell'ex socio determinerà, infine, la proporzionale crescita della quota degli altri soci.

⁹¹ Fra le varie vedi Cass. civ. n. 1036/2009.

⁹² Sul punto si veda Cass. civ. n. 3671/2001 e n. 7595/1993.

⁹³ Vedi Cass. civ. n. 4260/2020.

⁹⁴ Sul punto, fra le varie, vedi Cass. civ. n. 960/2000.

Dalla complessiva disamina della disciplina civilistica del diritto di recesso nelle due categorie di modelli societari risulta necessario ai fini del presente elaborato sottolineare la rilevante differenza tra di esse sotto il profilo procedimentale e, in ultima istanza, delle conseguenze derivanti in capo alla società. Nei modelli capitalistici, infatti, il suo esercizio non determina di per sé, come nelle società di persone, l'estinzione della partecipazione. Nel modello azionario e nella società a responsabilità limitata il recesso provoca il trasferimento dell'azione o della quota, consentendo, in tal modo, il mantenimento in società delle risorse programmate in origine per lo svolgimento dell'attività. Si osserva, dunque, sotto questo profilo l'efficiente contemperamento di interessi realizzato dal legislatore al fine di tutelare sia l'interesse del socio al disinvestimento sia quello dell'impresa a proseguire l'attività senza dover necessariamente modificare il programma finanziario. Solamente come *extrema ratio*⁹⁵, e cioè quando non si trovino acquirenti interessati e qualora la società non abbia riserve o utili sufficienti per acquisire lei stessa le azioni del socio uscente o per liquidare la sua quota, il capitale dovrà essere ridotto, con conseguente estinzione della quota al pari di quanto previsto per le società di persone.

⁹⁵ In tal senso GINEVRA E., *op. cit.*, p. 289.

1.5 La disciplina fiscale

La scelta del socio di uscire dalla società attraverso l'esercizio del diritto di recesso presenta importanti ricadute in termini fiscali riguardo sia le imposte dirette che quelle indirette.

La disciplina tributaria di riferimento prevede un diverso trattamento in funzione delle variabili che caratterizzano la specifica fattispecie, tra le quali assumono particolare rilievo:

- Il tipo di società da cui il soggetto recede, e cioè se da società di capitali o da società di persone;
- La tipologia di procedimento di liquidazione della partecipazione attuato, e cioè se il recesso viene eseguito nella forma tipica o in quella "atipica", risultando questo elemento, pertanto, particolarmente rilevante nell'ambito delle società di capitali alla luce della normativa civilistica che prevede questa duplice modalità;
- La natura dei beni utilizzati, limitatamente all'ambito del recesso dai modelli personalistici, per il pagamento del valore della partecipazione detenuta, ovverosia se questa viene pagata in denaro oppure attraverso l'assegnazione di beni sociali;
- La qualifica del soggetto che recede, in particolare cioè se il recedente consiste in un soggetto che esercita attività d'impresa o meno, ed in particolare, qualora fosse imprenditore, in quale specifica forma.

In linea generale, nella fattispecie di recesso possono essere individuati, analogamente a quanto attiene all'ambito civilistico, due momenti rilevanti ai fini fiscali: il primo dato dalla dichiarazione della volontà di sciogliere il rapporto partecipativo, ed il secondo dato dal momento della liquidazione della quota.

Per quanto riguarda il primo, esso risulta rilevante solo ai fini delle imposte indirette in quanto in quel momento non si realizza alcun incremento patrimoniale tassabile dalle imposte dirette⁹⁶, mentre, con riferimento al secondo, invece, esso risulta rilevante per entrambe le tipologie di imposte.

Per quanto riguarda gli aspetti relativi all'imposizione indiretta la disciplina applicabile risulta di facile individuazione. Nel dettaglio, la dichiarazione di recesso, in quanto atto societario, risulta rilevante ai fini dell'imposta di registro solo se effettuata mediante scrittura privata

⁹⁶ FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, CEDAM, 2008, Padova, p. 4.

autenticata o atto pubblico, con soggezione ad imposta in misura fissa, mentre non assume alcuna rilevanza fiscale se effettuata in altre forme⁹⁷.

In occasione della liquidazione della quota di partecipazione, qualora quest'ultima venisse rimborsata attraverso il pagamento di una somma di denaro, l'atto della società è soggetto ad imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 4, lett. d) n. 2 e lett. a) n. 5, della tariffa, parte prima, del D.P.R. n. 131/1986. Nel caso in cui, invece, il recesso avvenisse nella forma "atipica", cioè attraverso la cessione delle partecipazioni, l'atto è ugualmente soggetto ad imposizione in misura fissa ma, in tale contesto, ai sensi dell'art. 11 della tariffa, parte prima, del D.P.R. n. 131/1986.

Un diverso trattamento può aversi, infine, in caso di liquidazione della quota attraverso l'assegnazione di beni ai soci, potendo, la fattispecie, essere soggetta sia ad imposta sul valore aggiunto che ad imposta di registro in ragione della natura del socio recedente e della tipologia di bene assegnato⁹⁸.

1.5.1 Imposizione diretta in capo al recedente dalle società di capitali

Come esposto nei precedenti paragrafi, a seguito della riforma del diritto societario il valore di liquidazione della partecipazione del socio recedente viene determinata per le società di capitali, salvo le S.p.A. quotate, in base al valore di mercato dell'attività sociale tenendo conto anche delle prospettive reddituali dell'azienda, circostanza, quest'ultima, in grado di determinare conseguenze non di poco conto sotto il profilo fiscale. Dall'applicazione del criterio legale ne discende, infatti, la possibile emersione di un plusvalore derivante dalla differenza tra il valore del capitale sottoscritto in sede di ingresso ed il valore di liquidazione della partecipazione ricevuto a seguito dello scioglimento del vincolo sociale.

La norma di riferimento in ambito tributario è l'art. 47, comma 7, del T.U.I.R., D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito chiamato "TUIR"), il quale preve che:

“Le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate”.

⁹⁷ Trattamento desumibile dal combinato disposto degli artt. 4 e 11 tariffa parte I e art 9 della tabella allegata al D.P.R. 131/86.

⁹⁸ La tematica non verrà affrontata nella presenta trattazione. Per approfondimenti sul punto si rinvia a FORTUNATO N., *Profili tributari delle assegnazioni di beni ai soci*, Giappichelli, Torino, 2012.

Sebbene il dato letterale non lo preveda espressamente, appare indubbio il fatto che anche gli apporti di capitale effettuati dal socio durante la permanenza in società assumano rilevanza ai fini dell'identificazione della materia imponibile, in particolare dovendo questi essere computati ad incremento del prezzo pagato in origine⁹⁹. In caso contrario, infatti, la norma porterebbe a tassazione restituzioni non solo di reddito ma anche di capitale, violando così i principi generali della determinazione del reddito imponibile.

La questione appare confermata, peraltro, anche a livello sistematico dal fatto che, oltre ai sovrapprezzi di emissione e gli interessi di conguaglio pagati per l'ingresso in società, i versamenti a fondo perduto effettuati in denaro o in natura dai soci, nonché la rinuncia ai loro crediti sociali, non sono mai considerati reddito per la società, ai sensi dell'art. 88, comma 4, del TUIR, in virtù della loro natura di posta assimilabile al capitale. Invero, questi versamenti, ai sensi dell'art. 94 commi 6 e 7 TUIR, si aggiungono al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione detenuta, venendo, invece, sottratti da esso in caso di distribuzione di riserve formate con tali apporti, ai sensi del quinto comma dell'art. 47 TUIR.

Complessivamente, dunque, per il socio recedente costituisce reddito tutto ciò che riceve in più rispetto a quanto versato per consolidare la sua partecipazione. Da tali circostanze ne deriva, quindi, che la distribuzione di riserve di capitale non genera materia imponibile solamente nei confronti di quei soci che hanno contribuito alla costruzione di esse con propri apporti, a differenza di quanto avviene, invece, nei confronti di quei soci che, non avendo contribuito alla costruzione, attraverso la distribuzione di quelle riserve conseguono una "differenza di valore" inquadrabile indubbiamente come un effettivo accrescimento patrimoniale.

In occasione del pagamento della quota sociale la società dovrà pertanto operare un opportuno distinguo nella somma rimborsata tra:

- La parte di essa riferita alla restituzione dei precedenti apporti del socio recedente, che dovrà ritenersi fiscalmente neutra;
- La parte riferita alla restituzione di altre riserve¹⁰⁰, la quale risulterà, invece, fiscalmente rilevante.

⁹⁹ In tal senso COPPOLA P., *Il regime tributario delle poste di patrimonio netto tra norme civilistiche e fiscali*, in Rass. Trib., 2007, fasc. 1, p.78 e ss.

¹⁰⁰ Queste riserve potrebbero essere:

- Riserve formate con utili di precedenti esercizi già tassati in capo alla società, ma non ancora distribuiti;
- Riserve in sospensione d'imposta;
- Riserve formalmente di capitale, ma non costituite da precedenti apporti del socio recedente.

A seguito della determinazione dell'ammontare imponibile, risulta necessario, per identificare lo specifico trattamento fiscale, individuare la natura del componente di reddito emerso.

A tal fine, occorre tenere presente che la legge dispone regimi impositivi differenti tra soggetti passivi IRPEF e soggetti passivi IRES, nonché, all'interno degli stessi soggetti IRPEF, distinguendo i soggetti imprenditori dalle persone fisiche che non esercitano attività d'impresa.

Per quanto riguarda i soggetti passivi IRES ed i soggetti IRPEF imprenditori, dalle norme che regolano la determinazione della base imponibile emerge la necessità di effettuare una ulteriore sub distinzione riguardo alla “differenza di valore” conseguita ai sensi dell'art. 47 TUIR. L'art. 86, comma 5-bis, del TUIR prevede infatti che “*Nelle ipotesi dell'articolo 47, commi 5 e 7, costituiscono plusvalenze le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni*”¹⁰¹.

L'inquadramento di tale valore come plusvalenza determina, di conseguenza, la possibilità di identificare il relativo trattamento fiscale, alternativamente, nel:

- Regime di imponibilità ordinario ai sensi dell'art. 86 TUIR;
- Regime d'esenzione delle plusvalenze (*participation exemption*, di seguito “PEX”), in forza del rinvio operato dall'art. 87 comma 6 del TUIR, in caso di sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 87 TUIR. Nel dettaglio, qualora il socio recedente fosse un soggetto passivo IRES, l'esenzione prevista sarebbe nella misura del 95%, mentre nel caso fosse un soggetto passivo IRPEF imprenditore individuale l'esenzione avverrebbe, secondo le attuali aliquote impositive, nella misura del 41,86% o del 50,28% in caso di esercizio d'impresa in forma collettiva attraverso società di persone.

Ne consegue, dunque, che in assenza dei requisiti PEX la plusvalenza conseguita dal socio recedente dovrà subire l'imposizione secondo il regime ordinario, e cioè per l'intero ammontare nell'esercizio del realizzo oppure, su base volontaria, per quote nel rispetto di quanto previsto dal quarto comma dell'art. 86 TUIR.

La presente differenza, pur qualificata dal legislatore come “utile da partecipazione” alla luce del fatto che essa trae origine dal possesso di una partecipazione in società, per effetto dell'art. 86 comma 5-bis TUIR non è più equiparata sul piano fiscale ad un dividendo, dovendosi applicare *ex lege* il regime descritto in precedenza.

¹⁰¹ La norma, emanata successivamente al d.lgs n. 247/2005, sarebbe, secondo la relazione illustrativa del decreto che l'ha introdotta, “confermativa” dell'interpretazione fornita dall'Agenzia delle Entrate con le circolari n. 26/E e n. 36/E del 2004.

La rimanente parte della differenza di valore conseguita dal socio recedente in occasione della liquidazione della quota, identificata, nel dettaglio, nelle somme o nel valore normale dei beni ricevuti a titolo di utili e riserve di utili che eccedono il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, verrà, invece, tassata secondo il regime previsto per i dividendi. L'imponibilità di tale valore in capo al socio recedente avverrà, quindi, nella misura del 5% per i soggetti passivi IRES, ai sensi dell'art. 89 TUIR, e nella misura del 58,14% per i soggetti passivi IRPEF esercitanti attività d'impresa, ai sensi dell'art. 59 TUIR.

Si segnala in merito una particolare conseguenza che determina questa "duplice natura" delle somme erogate per quanto riguarda i soggetti IRPEF imprenditori che le percepiscono. Ai sensi dell'art. 59 del TUIR, infatti, il corretto periodo d'imposta per l'imponibilità di quanto corrisposto a titolo di dividendi sarà quello in cui queste somme vengono effettivamente percepite, mentre per quanto corrisposto a titolo di riserve di capitale sarà imponibile, avendo natura di plusvalenza, sulla base del principio di competenza.

Qualora, invece, il socio recedente fosse una persona fisica non imprenditore, il trattamento fiscale del recesso segue un regime diverso e largamente meno segmentato. A seguito delle recenti modifiche effettuate all'art. 27 del D.P.R. n. 600/1973, l'attuale quadro normativo prevede che la società dalla quale il socio ha receduto è tenuta ad operare, con obbligo di rivalsa, una ritenuta "secca" del 26% a titolo d'imposta sugli utili "*in qualunque forma corrisposti*", anche nei casi di cui all'art. 47 comma 7 TUIR, a persone fisiche residenti in relazione a partecipazioni qualificate e non qualificate ai sensi delle lettere c) e c-bis) del comma 1 dell'articolo 67 TUIR.

La disposizione prosegue, inoltre, disponendo, al comma 1-bis, che la ritenuta in questione "*si applica sull'intero ammontare delle somme o dei valori corrisposti, qualora il percettore non comunichi il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione*". Dalla presente norma ne consegue, dunque, la presenza dell'onere del socio uscente di comunicare alla società il valore fiscalmente riconosciuto della propria partecipazione al fine di effettuare la ritenuta a titolo definitivo solamente sulla parte eccedente il costo. In assenza di tale comunicazione, infatti, la società è espressamente obbligata ad effettuare la ritenuta sull'intera somma erogata.

Dalla norma si evince, dunque, il recepimento da parte della legge della prassi amministrativa, di cui alle Circolari Agenzia delle Entrate n. 26/E e 36/E del 2004, di tassare l'eccedenza delle somme corrisposte rispetto al costo fiscale della partecipazione detenuta dal soggetto assimilandola a dividendi e qualificandola interamente come redditi di capitale anche in caso di distribuzione di riserve di capitale.

A seguito di quanto descritto è facilmente comprensibile che per i soggetti imprenditori la diversa qualificazione del differenziale conseguito e la relativa distinzione tra somme corrisposte a titolo di restituzione di riserve di capitale e di riserve di utili, per effetto dell'art. 86 comma 5-bis TUIR, va ad incidere sul perimetro d'imponibilità della somma per il concorso alla formazione del reddito. Salvo l'applicazione del regime PEX, infatti, la qualificazione di una parte del differenziale di valore conseguito come plusvalenza comporta la tassazione in misura piena su di essa, mentre per la rimanente parte, riconducibile a quella riferita alle riserve utili, l'imposizione avverrà in ogni caso in misura ridotta per effetto del regime di tassazione dei dividendi basato sul meccanismo dell'esclusione dei dividendi pagati, il quale è finalizzato, come noto, ad evitare la doppia imposizione sugli stessi.

Questo trattamento diversificato per le due componenti della differenza di valore conseguita appare giustificato dal fatto che in caso contrario, e cioè nel caso di equiparazione dell'intero differenziale ai dividendi, la tassazione in capo al socio avverrebbe in misura ridotta senza vi sia una corrispondente tassazione del provento in capo alla società partecipata al momento dell'immissione del capitale in società in quanto apporto di capitale.

Al fine di eliminare eventuali dubbi in merito ricordiamo, inoltre, che i rapporti tra l'art. 47 comma 7 TUIR ed il regime PEX, esistenti attraverso il rinvio del sesto comma dell'art. 87 TUIR all'art. 86 comma 5-bis, sono riconducibili alla più generale correlazione tra valore della partecipazione e le riserve di utili disponibili presenti nella società, alla luce della quale il legislatore ha introdotto un regime di imponibilità ridotta finalizzato all'evitare la doppia imposizione, analogamente a quanto previsto per il trattamento fiscale dei dividendi.

Ne consegue, come fatto notare da alcuna dottrina, che la qualificazione dell'intero differenziale di valore tra quanto ricevuto dal socio persona fisica non imprenditore ed il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione detenuta non appare in linea con i principi di tassazione degli utili societari¹⁰². Invero, nella fattispecie in cui in occasione del recesso del socio avvenisse la restituzione di riserve di capitale in misura eccedente il costo della partecipazione sociale avverrebbe, così facendo, che quel differenziale di valore, tassato esclusivamente nei confronti del socio recedente assimilandolo ad un dividendo, subisce una ingiustificata minore imposizione, considerato che esso, a monte, non ha subito alcun corrispondente prelievo in capo alla società partecipata.

¹⁰² In tal senso COPPOLA P., *op. cit.*, p. 78 e ss.

Nel caso in cui, invece, il recesso del socio avvenisse nella forma c.d. “atipica” di cui all’art. 2437-quater o all’art. 2473 comma 4 del Codice civile, e cioè attraverso la vendita della partecipazione ai soci, o terzi, l’operazione verrà considerata, anche fiscalmente, come una cessione ordinaria. In tale contesto, la “differenza di valore” emergente nei confronti del socio uscente dovrà essere qualificata, una volta determinata nel suo complessivo ammontare, come una plusvalenza. Per stabilire il regime fiscale del recesso nella forma atipica è necessario tenere conto della natura del socio recedente-cedente. In particolare, qualora il socio uscente fosse un soggetto imprenditore la plusvalenza subirebbe alternativamente:

- La tassazione integrale, ai sensi dell’art. 86 TUIR, con possibilità di ammortizzarla per quote, ai sensi del quarto comma del medesimo articolo;
- La tassazione parziale, in caso di sussistenza dei requisiti PEX di cui all’art. 87 TUIR, nella misura del 5% se soggetto passivo IRES, 49,72% se soggetto passivo IRPEF esercitante attività d’impresa in forma collettiva, o 58,14% se soggetto passivo IRPEF imprenditore individuale.

Nel caso in cui, invece, il socio recedente fosse una persona fisica non imprenditore la plusvalenza verrebbe tassata come reddito diverso ex art. 67, comma 1, lettere c) e c)-bis TUIR. A seguito delle modifiche effettuate dalla legge n. 205/2017 all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 461/1997, si segnala che le presenti plusvalenze, realizzate in data successiva al primo gennaio 2019 da parte di persone fisiche non imprenditori, scontano l’imposta sostitutiva del 26% a prescindere dalla natura di partecipazione qualificata o meno.

Alla luce di quanto esposto, le conseguenze sul piano fiscale della modalità attraverso la quale si esegue il recesso per il socio persona fisica non imprenditore assumono un particolare rilievo meritevole di attenzione.

Sotto il profilo della modalità di liquidazione dell’imposta le due forme di esecuzione del recesso si differenziano nel seguente modo: il recesso effettuato nella forma atipica (con cessione delle azioni o quote) richiede l’autoliquidazione dell’imposta sostitutiva in sede di dichiarazione, mentre il recesso eseguito in forma tipica, determina l’obbligo di dichiarazione in capo alla società in forza della ritenuta effettuata.

Sotto il profilo della possibilità di portare in deduzione eventuali minusvalenze di redditi di analoga natura, invece, l’unica modalità che lo consente è il recesso attraverso la vendita forzata della partecipazione, considerato quanto disposto dall’art. 68 comma 5 TUIR, mentre nessuna deduzione sarebbe possibile in caso di recesso nella forma tipica.

Infine, per quanto riguarda il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione, rilevante ai fini della determinazione dell'imponibile, può essere utilizzato nel caso di recesso atipico il valore risultante dalla perizia di stima di cui all'art. 5 della legge n. 448/2001. In caso di recesso tipico, invece, il costo rideterminato delle quote non rileva.

Sul punto è intervenuta anche l'Agenzia delle Entrate con la Circ. 16 marzo 2005, n. 10/E, sostenendo l'impossibilità, nel caso di recesso tipico, di tener conto del costo di acquisto "rideterminato" in luogo del prezzo pagato per le partecipazioni in quanto la fattispecie genera redditi di capitale, mentre, invece, la legge consente la rideterminazione del costo esclusivamente ai fini del calcolo dei redditi di natura finanziaria di cui all'art. 67, comma 1, lettere c) e c)-bis TUIR.

1.5.2 Imposizione diretta in capo al recedente dalle società di persone

Per quanto riguarda gli aspetti fiscali del recesso del socio dalle società di persone commerciali, si rilevano analoghi punti meritevoli attenzione.

Lo scioglimento del rapporto sociale determina, anche nella presente famiglia di società, l'insorgenza di un debito che deve essere determinato, ai sensi dell'art. 2289 del Codice civile, in base alla consistenza effettiva del patrimonio sociale alla data dello scioglimento.

Il valore della quota di liquidazione potrà, dunque, non corrispondere alla frazione di patrimonio netto contabile riferibile al socio in proporzione alla rispettiva quota di partecipazione. L'eventuale maggior valore, se emergente, potrà essere imputabile al computo dei plusvalori latenti, dell'avviamento o della quota di utili (o perdite) già maturata o che maturerà per effetto delle operazioni pendenti al momento del perfezionamento del recesso.

Una delle norme di riferimento per la disciplina fiscale delle somme liquidate in occasione del recesso è l'art. 17, comma 1, lettera l) del TUIR, il quale prevede l'applicazione del regime di tassazione separata qualora il periodo di tempo intercorso tra la costituzione della società e la comunicazione del recesso o dell'esclusione, la deliberazione di riduzione del capitale, la morte del socio o l'inizio della liquidazione sia superiore a cinque anni¹⁰³.

Tale regime, non previsto per i soci costituiti in forma societaria, è chiaramente opzionale ed alternativo rispetto a quello ordinario, il quale viene identificato nell'art. 20-bis del TUIR.

Nel dettaglio, il testo della disposizione prevede che *“Ai fini della determinazione dei redditi di partecipazione compresi nelle somme attribuite o nei beni assegnati ai soci o agli eredi, di cui all'articolo 17, comma 1, lettera l), si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 47, comma 7, indipendentemente dall'applicabilità della tassazione separata”*.

Come per i soci di società di capitali, dunque, anche per i soci di società di persone la liquidazione della quota sociale, erogata in denaro o attraverso l'assegnazione di beni, costituisce reddito per la parte eccedente il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione detenuta. Tale differenza, tuttavia, dovrà essere depurata dalla quota di eventuali riserve formate con utili di precedenti esercizi e già sottoposti a tassazione in capo ai soci secondo il regime per trasparenza. L'art. 68 comma 6 del TUIR dispone, infatti, che *“il costo [della partecipazione] è aumentato o diminuito dei redditi e delle perdite imputate ai socio e dal costo si scomputano, fino a concorrenza dei redditi già imputati, gli utili distribuiti al socio”*.

¹⁰³ La *ratio* del regime di tassazione separata viene identificata dalla Circolare Ministeriale n. 23/E del 1997 nell'attenuare gli effetti negativi che deriverebbero dalla rigida applicazione del criterio di cassa alla luce della progressività dell'aliquota IRPEF.

Pertanto, eventuale materia imponibile emergerà qualora, in occasione della liquidazione della quota, vengano rimborsate riserve formalmente di capitale, ma formate da apporti di capitale non effettuati dal socio uscente oppure riserve con utili in sospensione d'imposta; ed in tutti i casi in cui la valutazione della quota in base alla consistenza effettiva del patrimonio abbia fatto emergere plusvalori latenti, l'avviamento oppure una frazione di utili maturati alla data dello scioglimento del rapporto.

Successivamente alla determinazione del reddito emergente appare opportuno, anche in questo contesto, chiarire la natura dello stesso al fine di verificarne la coerenza nonché identificare le regole generali applicabili.

Con l'art. 20-bis del TUIR il legislatore qualifica espressamente questa componente di reddito come "redditi di partecipazione", e quindi, tenuto conto delle intenzioni espresse in sede di relazione illustrativa e dell'inesistenza di questa categoria tra quelle di cui all'art. 6 del TUIR, come redditi d'impresa.

Secondo alcuna dottrina, tuttavia, la presente qualificazione è in realtà non pienamente coerente in quanto non è possibile individuare una corrispondenza tra reddito conseguito dal socio uscente e reddito emerso in capo alla società in seguito al verificarsi delle vicende interruttrive del rapporto sociale, ed, inoltre, perché non è possibile imputare tale reddito ad un soggetto che non assume più la qualifica di socio alla chiusura del periodo d'imposta¹⁰⁴.

Una qualificazione più ragionevole sarebbe, a parere dell'autore, il reddito da capitale, particolare categoria nominata nel TUIR all'interno della quale il legislatore ha considerato le "differenze di valore" emergenti dall'impiego di capitale ed entro cui sarebbe possibile far rientrare questi differenziali diversi dagli ordinari dividendi.

Il differente inquadramento di categoria consentirebbe, inoltre, di assoggettare ad imposizione le somme conseguite dal socio uscente secondo il principio di cassa e non quello di competenza, in grado di determinare non poche problematiche in caso di operazioni in corso dell'azienda.

La radice normativa della qualificazione come redditi di capitale potrebbe essere rinvenuta nell'art. 44, comma 1, lettera h) del TUIR, che qualifica come redditi di capitale "*gli interessi e gli altri proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l'impiego del capitale, esclusi i rapporti attraverso cui possono essere realizzati differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto*", alla luce dei principi di cui all'art. 2285 del Codice civile per l'esercizio del recesso.

¹⁰⁴ In tal senso, COPPOLA P., *op. cit.*, p. 78 e ss.

In alternativa, parrebbe sufficiente il riferimento al combinato disposto tra l'art. 44 e l'art. 47 del TUIR. Nel dettaglio, l'art. 44, comma 1, lettera e) del TUIR, riferendosi a *“utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di società ed enti soggetti ad imposte sul reddito delle società”* e tenendo conto del rinvio all'art. 47, comma 7, del TUIR da parte dell'art. 20-bis del TUIR alle disposizioni *“in quanto compatibili”*, finisce per ricomprendere in tale categoria anche le somme erogate in occasione dello scioglimento del vincolo sociale nelle società a base personale.

L'amministrazione finanziaria, tuttavia, è intervenuta sul punto con la risoluzione n. 64/E del 2008 dichiarando che la natura di tale reddito è *“reddito da partecipazione”*, e quindi un reddito d'impresa, in quanto così definito dall'art. 20-bis del TUIR, il quale richiama l'art. 47 comma 7 del TUIR *“ai soli fini della determinazione del reddito da assoggettare a tassazione”*. Viene ulteriormente puntualizzato, nel richiamato documento, che la tassazione in capo al socio uscente deve avvenire secondo il principio di competenza, principio che sottende il reddito d'impresa, identificando, dunque, quale momento imponibile per tale reddito il perfezionamento giuridico del recesso¹⁰⁵.

1.5.3 Aspetti fiscali in capo alla società

Muovendo ora il focus verso la società da cui si recede, la liquidazione della quota implica la necessità, dopo aver quantificato la somma da assegnare, di definire il trattamento contabile dell'operazione al fine di verificarne, in seguito, le ricadute sul piano tributario. Le questioni che seguono, a scanso di equivoci, sono limitate all'esercizio del recesso nella forma *“tipica”*, risultando logicamente inapplicabili al recesso *“atipico”* in quanto il recesso attraverso la cessione della partecipazione non determina ripercussioni sotto il profilo patrimoniale in capo alla società.

In entrambe le famiglie societarie, la determinazione del valore di rimborso della quota al suo valore di mercato impone, in molti casi, la rilevazione di un debito nei confronti del socio uscente maggiore rispetto alla relativa quota parte del patrimonio netto contabile.

Per quanto riguarda l'ambito dei modelli capitalistici, il dettato normativo di cui agli artt. 2437-quater, sesto comma, e 2473, quarto comma, del Codice civile si esprime prevedendo che la liquidazione della quota del recedente, in caso di infruttuosa collocazione delle

¹⁰⁵ Tale aspetto presenta rilevanti problematiche in caso di apertura di contenzioso sull'ammontare della somma da liquidare. Considerato che l'art. 109, comma 1, del TUIR sancisce che: *“i ricavi, le spese e gli altri componenti di cui nell'esercizio di competenza non sia ancora certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare concorrono a formarli nell'esercizio in cui si verificano tali condizioni”*, la questione appare irrisolta in merito alla quale sarebbe opportuna una chiarificazione.

partecipazioni presso gli altri soci o presso soggetti terzi, deve avvenire utilizzando utili e riserve disponibili. Solamente in caso di assenza di questi ultimi il legislatore ha previsto che il rimborso delle partecipazioni deve avvenire mediante riduzione del capitale sociale o lo scioglimento della società.

Dal punto di vista contabile, dunque, la liquidazione della quota in caso di recesso richiede come controvalore del debito da iscriverne nei confronti del socio uscente, per un importo determinato secondo gli artt. 2437-ter e 2473 del Codice civile, l'utilizzo delle riserve di patrimonio netto della società senza intaccarne il capitale. In particolare, nella S.p.A. questo avverrebbe attraverso l'acquisto di azioni proprie, mentre nella S.r.l. attraverso la liquidazione del socio utilizzando le riserve disponibili per poi ripartire la quota nominale di capitale tra gli altri soci.

Tuttavia, in caso di insufficienza di riserve disponibili o in loro totale assenza, sorge il dubbio circa l'entità della riduzione di capitale da effettuare qualora il valore da liquidare ecceda quello nominale della partecipazione del recedente.

Sul punto si è espresso il Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato con la massima n. 8/2009 del 13 luglio 2009, il quale sostiene che *“Qualora, a seguito di recesso, il rimborso del socio receduto debba essere eseguito, ai sensi degli artt. 2437 quater, sesto comma, c.c. e 2473, quarto comma, c.c., mediante riduzione del capitale sociale, la misura della riduzione imposta dal legislatore in tale occasione è pari al valore nominale della partecipazione del socio receduto che viene annullata e non all'importo che deve essere liquidato al receduto”*.

Pertanto, la riduzione di capitale sociale, secondo i notai fiorentini, dovrebbe avvenire in misura equivalente al valore nominale della partecipazione del socio recedente, mentre l'eccedenza dovrebbe essere contabilizzata come una perdita, gravante a conto economico, tale da costringere ad effettuare una ulteriore riduzione del capitale sociale per perdite solo in caso di mancato assorbimento della stessa nel corso dell'esercizio da riserve ulteriori o dagli utili¹⁰⁶. Nonostante tale lettura appaia condivisibile, alla luce del fatto che l'eventuale riduzione di capitale per l'intero valore di rimborso andrebbe a gravare direttamente sulle partecipazioni degli altri soci, l'interpretazione fornita successivamente dalla prassi notarile a livello nazionale sembra contraddirla.

Il Consiglio Nazionale del Notariato, nello studio n. 188-2011/I del 1 marzo 2012, ha indicato che, in riferimento alla fattispecie di recesso del socio da società di capitali nella circostanza

¹⁰⁶ Per l'analisi del problema specifico della riduzione del capitale sociale a seguito del recesso di socio nelle società di capitali, TRADII E., *Le operazioni sul capitale sociale: casi pratici e tecniche di redazione del verbale notarile* ne I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008.

di assenza di utili o riserve disponibili, *“l’operazione di liquidazione della quota del recedente deve coincidere - e segnatamente essere seguita - da un opportuno riadattamento dei valori nominali del capitale sociale ai valori del patrimonio i quali verranno “alterati” in misura significativa proprio dalla liquidazione della quota del recedente”*.

Tenuto conto, inoltre, di quanto previsto dall’OIC 28 a seguito delle recenti modifiche, il quale si limita ad indicare al punto n. 32 che a seguito della riduzione di capitale sociale sorge un debito nei confronti del socio receduto per un importo pari al valore della partecipazione posseduta, il transito a conto economico del differenziale tra valore contabile e valore economico della partecipazione appare preclusa, rimanendo interamente circoscritta alla sfera patrimoniale¹⁰⁷.

Ad aumentare l’incertezza sul punto si osserva che entrambe le posizioni sono in linea con il dettato normativo, trovando conferma, inoltre, a livello sistematico nella disciplina tributaria dell’operazione, dove viene riconosciuta la rilevanza al dettaglio di tipologia di riserva da cui sono state tratte le risorse corrisposte al soggetto receduto.

Sul punto è possibile rilevare anche critiche. Autorevole dottrina ha fatto notare, infatti, che contabilizzare l’operazione solo mediante riduzione del patrimonio netto porta a ridurre in molti casi in maniera eccessiva la dotazione patrimoniale della società con il concreto rischio che questo risulti incapiente¹⁰⁸.

Per completezza si segnala, inoltre, che in passato Assonime, con la circ. n. 32/2004, giunse a sostenere che il pagamento del maggior valore della quota al socio recedente costituisce una modalità di consolidamento nel patrimonio delle plusvalenze latenti sui beni aziendali, attuando in buona sostanza un’acquisizione a vantaggio dei restanti soci, legittimando, quindi, l’iscrizione dei plusvalori dei beni ed in via residuale ad avviamento nell’attivo patrimoniale.

La tesi venne subito emarginata per l’evidente contrasto sotto il profilo civilistico con quanto disposto all’art. 2426 n. 6) del Codice civile, ma essa sarebbe ancora oggi in grado di rendere più chiaro il trattamento fiscale previsto per la fattispecie. Con il consolidamento di un utile fiscalmente imponibile, corrispondente alle plusvalenze latenti pagate al socio receduto, apparrebbe condivisibile, infatti, concedere l’emersione di questi plusvalori sui cespiti patrimoniali. Il regime di detassazione del “dividendo” in capo al socio mal si

¹⁰⁷ La versione precedente dell’OIC 28 indicava espressamente in una nota che se le riserve fossero state insufficienti la differenza sarebbe dovuta gravare sul conto economico e che nell’ipotesi in cui il corrispettivo del recesso fosse stata inferiore al valore nominale la differenza dovesse essere accreditata alle perdite a nuovo o a riserva.

¹⁰⁸ Vedi STEVANATO D., VARESANO M., *Il recesso tipico del socio da Srl: profili fiscali e problematiche nella sua corretta rappresentazione contabile*, in Riv. operaz. straord., novembre 2010, pag. 18.

giustificherebbe, infatti, in assenza di una corrispondente tassazione in capo alla società. Pertanto, Assonime sostiene che queste plusvalenze andrebbero considerate, inoltre, come “realizzate”, riconoscendone il maggior valore anche sul fronte fiscale. L’effetto finale sarebbe quindi di avere, a fronte di un’imposizione parziale in capo al socio receduto, una tassazione immediata in capo alla società con un recupero differito dello stesso.

La dottrina però, così come l’Amministrazione finanziaria, non condivide questa visione intravedendo nel recesso, invece, una fattispecie in grado di determinare disallineamenti analoghi a quelli derivabili dalle operazioni straordinarie¹⁰⁹.

Nell’ambito delle società di persone, invece, alla luce della scarna disciplina di cui all’art. 2289 del Codice, la liquidazione della quota del socio in caso di recesso subisce un trattamento contabile molto più lineare dato dall’iscrizione del debito verso il socio recedente per il valore di mercato della quota, a fronte della riduzione della quota parte di patrimonio netto riferibile al socio e la contabilizzazione di una componente negativa a conto economico per il differenziale, la c.d. “differenza da recesso”.

Rimanendo su un piano generale tra società di capitali e società di persone ed al fine di svolgere alcune riflessioni in merito al trattamento fiscale del recesso dal punto di vista della società erogatrice è necessario identificare la composizione della controparte contabile da cui vengono attinte le risorse per il pagamento.

La società partecipata dovrà, infatti, opportunamente distinguere:

- Le somme erogate a titolo di restituzione del capitale sociale;
- Le somme erogate a titolo di restituzione di riserve di capitale (es. sovrapprezzi, ecc.);
- Le somme erogate a titolo di distribuzione di riserve di utili già presenti in bilancio;
- Ulteriori eventuali somme contabilizzate a conto economico come costo ed imputabili all’emersione di plusvalori latenti o all’avviamento.

Le prime due tipologie di somme, essendo mere restituzioni patrimoniali, non possono originare componenti deducibili dal reddito d’impresa. Analogamente, le somme erogate a titolo di distribuzione di riserve utili già tassati in capo alla società non possono anch’esse costituire un costo deducibile trattandosi di somme o valori imponibili in capo al socio uscente come dividendo, nelle società di capitali, o come reddito da partecipazione, nelle società di persone, e quindi irrilevanti ex art. 109 comma 9 del TUIR.

¹⁰⁹ STEVANATO D., *op. cit.*, p. 19.

Diversamente, invece, per l'ultima tipologia di somme, la deducibilità non è ritenuta completamente esclusa, richiedendo la distinzione tra società di capitali e società di persone ai fini dell'analisi.

Nelle società di capitali, in relazione alla deducibilità delle somme erogate in occasione del recesso e contabilizzate (eventualmente) a conto economico, abbracciando quindi in tale sede la posizione dei notai fiorentini esposta in precedenza, vi sono sostanzialmente due tesi opposte. Una di queste, sostenuta dalla dottrina minoritaria, ritiene che tali somme siano deducibili dal reddito della società in quanto inerenti, dal momento che l'obbligo di liquidare la quota deriva da accadimenti di vicende previste dal contratto sociale, e dunque riferibile all'attività sociale diretta alla produzione di ricavi e componenti tassabili, ed in quanto certe, considerato il fatto che l'entità del credito vantato dal socio viene determinato sulla base del valore effettivo del complesso aziendale alla data del perfezionamento del recesso in forza delle disposizioni civilistiche¹¹⁰.

La tesi maggioritaria, sostenuta dalla dottrina prevalente e dalla stessa Amministrazione finanziaria, propende, invece, per l'indeducibilità di questa componente di reddito.

Secondo questa tesi, la natura delle somme in questione sarebbe di "remunerazione del capitale apportato dal socio", assimilabili ad un dividendo, e dunque irrilevanti, anch'esse, ai fini del calcolo del reddito ai sensi dell'art. 109 comma 9 del TUIR anche nel caso in cui queste fossero transitate a conto economico.

L'Amministrazione finanziaria, pur condividendo l'indeducibilità di tale costo, motiva però la sua posizione, scrivendo in una risoluzione, che essa considera il recesso da una società di capitali "*come un'operazione che produce i suoi effetti direttamente, ed esclusivamente, nella sfera patrimoniale della società e nei rapporti fra i soci*", trovando il fondamento nell'art. 2473 del Codice civile nella parte in cui questo dispone che la società, per effettuare l'operazione, deve attingere alle riserve disponibili, o al capitale sociale o, al limite, ricorrere alla propria liquidazione¹¹¹.

Nell'ambito delle società di persone, invece, la deducibilità della "differenza da recesso" transitata a conto economico si discosta da quanto appena descritto in ragione del diverso regime di tassazione del reddito d'impresa. Nelle società di persone, essendo soggetti trasparenti, su tale somma avverrebbe in caso di mancata deduzione, come riconosciuto dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 64/E del 2008, una doppia imposizione in capo

¹¹⁰ Sul punto vedi COPPOLA P., *op. cit.*, p. 78 e ss.

¹¹¹ Vedi Direzione Regionale delle Entrate dell'Emilia-Romagna, risoluzione 6 marzo 2007, n. 11489.

al socio recedente e successivamente in capo ai soci restanti, ritenendo, per tale motivo ed in tale documento, che essa sia deducibile in capo alla società nell'esercizio in cui sorge il diritto alla liquidazione della quota.

Ulteriormente, considerato che la "differenza da recesso" è riconducibile a plusvalenze latenti nel complesso aziendale, avviamento ed utili in corso di formazione, tutti componenti che rimangono insiti nel patrimonio della società anche dopo l'uscita del socio e che verranno tassati in capo ai soci rimanenti, per trasparenza, quando verranno realizzati, l'Amministrazione finanziaria ha precisato successivamente che la deducibilità è ammessa solamente in caso di liquidazione in denaro della quota¹¹².

Il fondamento della deducibilità di questa componente nell'evitare la doppia imposizione potrebbe essere addotto, potenzialmente, anche nel contesto delle società di capitali. Se così sostenuto, tuttavia, questa posizione si dimostrerebbe però poco convincente in considerazione del fatto che il socio recedente dichiara un reddito di capitale e che su tale somma vi è una tassazione attenuata dal regime di esclusione, se il socio è imprenditore, oppure in misura del 26% attraverso ritenuta secca, se semplice persona fisica, in quanto viene tenuto conto che su tale somma la società ha già pagato, o ci pagherà, l'IRES.

La deducibilità ai fini IRES chiederebbe, inoltre, di interrogarsi sulla deducibilità della stessa componente anche ai fini IRAP, dovendo riflettere sul principio di correlazione di cui all'art. 5, comma 4, del D.lgs. n. 446/1997, alla luce della presumibile irrilevanza di questo costo ai fini della determinazione del valore della produzione¹¹³.

¹¹² In tal senso Circ. Agenzia delle Entrate n. 37/E del 16 settembre 2016.

¹¹³ Sul punto si segnala Comm. trib. prov. di Roma, Sez. XXVI, 13 novembre 2017, n. 24020. I Giudici romani in tale occasione hanno ritenuto che:

“Si può ragionevolmente sostenere che il rimborso da recesso non rappresenta un costo della produzione (e come tale, pertanto, sarebbe indeducibile); ma si può altrettanto sostenere che esso rappresenta un onere straordinario che però non si correla in alcun modo direttamente alla sola produzione dell'esercizio ma all'intera storia della società, al suo passato, al presente e alle prospettive future.

Esso allora, in base ai presupposti della base imponibile Irap, non può esser fatto rientrare nel calcolo del valore della produzione netta in quanto rappresenta un onere straordinario che non si correla con alcun valore della produzione dell'esercizio ma piuttosto con tutti i valori economici e non, espressione della società.

Esso allora, esula dal concetto di valore della produzione sia in termini di ricavo che di costo e non può essere utilizzato per il calcolo della base imponibile Irap da cui va pertanto escluso. È un onere straordinario, del tutto eccezionale e non correlabile all'esercizio e che va ritenuto pertanto deducibile”.

CAPITOLO SECONDO: L'ABUSO DEL DIRITTO

2.1 Origini del fenomeno

L'abuso del diritto in ambito tributario, oggi coincidente con l'elusione fiscale¹¹⁴, non è certamente un istituto recente per l'ordinamento italiano né per quello comunitario. Raggiunto ormai un secolo di vita e caratterizzato da una storia lunga e tortuosa ai confini con gli istituti civilistici della simulazione, della frode e dell'interposizione, risulta oggi come allora un argomento di vivo interesse sia per il legislatore che per gli operatori del diritto.

Il motivo per cui esiste l'elusione fiscale è dovuto alla caratteristica dell'uomo, che mal sopporta il pagamento delle imposte¹¹⁵, ed alle caratteristiche dell'ordinamento, o meglio, delle leggi d'imposta, le quali, nel momento in cui entrano in vigore con un'imperfezione, creano il presupposto per eludere il fisco.

Tale imperfezione non si riferisce in senso tecnico alla legge sé stante, la legge non è viziata, ma bensì rispetto al sistema, in virtù delle conseguenze che essa è in grado di generare: conseguenze, nel dettaglio, dovute all'applicazione del principio della riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione.

Secondo tale principio spetta solo al legislatore la scelta dei fatti fiscalmente rilevanti, permettendo così al contribuente di conoscere a monte, prima dell'inizio di una attività economica, il carico fiscale che sarà dovuto. La presenza di questo principio induce quindi il legislatore tributario all'elencazione minuziosa di fattispecie tipizzate, che apparentemente creano certezza del diritto, ma che nel concreto “*creano più scappatoie di quante ne evitano*”¹¹⁶.

In tale contesto, dal momento che il piano civilistico ed il piano fiscale viaggiano su due binari differenti, uno che “osserva” la capacità contributiva in grado di emergere dall'altro, il contribuente elusore non potrà in essere i fatti economici che integrano il presupposto d'imposta che intende evitare, ma fatti, sfruttando le lacune presenti nel sistema, in grado di far sorgere l'obbligazione tributaria nella sua entità minore, a parità di risultato finale da raggiungere. Il contribuente quindi, consapevole delle ricadute fiscali che avrà il suo comportamento, “crea” la fattispecie a lui più favorevole¹¹⁷. Pertanto, nell'elusione fiscale non vi sono violazioni di norme da parte del contribuente come accade, invece, nell'evasione:

¹¹⁴ Con l'introduzione dell'art. 10-bis della legge n. 212 del 2000 è stata consacrata l'identità dei due concetti.

¹¹⁵ TABELLINI P.M., *Elusione fiscale*, in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, 1999.

¹¹⁶ CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema della elusione fiscale*, Padova, CEDAM, 1992, cit. p.127.

¹¹⁷ LUPI R., *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in Rass. trib., 1994, cit., p. 226.

l'elusore, infatti, agisce alla luce del sole applicando correttamente le norme procedurali del tributo di riferimento, senza occultare alcuna materia imponibile.

È possibile, dunque, definire il comportamento del contribuente, utilizzando un'espressione di autorevole dottrina, con il *“perseguire civilisticamente il risultato pratico voluto, evitando però le soluzioni contrattuali o negoziali fiscalmente più onerose”*¹¹⁸.

Ricordiamo inoltre che queste pratiche sono possibili anche grazie al principio di autonomia negoziale tra i privati che vige nel diritto civile, in forza dell'art. 1322 del Codice Civile. In virtù di questo, infatti, un soggetto privato è libero di perseguire un risultato utilizzando forme contrattuali diverse da quelle tipiche fornite dalla legge (c.d. contratto atipico), oppure utilizzare le stesse forme tipiche per perseguire un risultato che sarebbe il naturale conseguimento di un altro contratto (c.d. contratto indiretto).

Tuttavia, a sostegno dell'illegittimità del risparmio conseguito attraverso tali condotte e della doverosità del suo recupero è possibile rinvenire un potenziale contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, uno dei pilastri del diritto tributario. Il combinato disposto di questo principio con quello di cui all'art. 53 della Costituzione, comporterebbe, infatti, che fattispecie aventi la medesima capacità contributiva dovrebbero essere colpite dalla medesima imposizione anche se raggiunti attraverso percorsi differenti¹¹⁹. Il problema è che l'art. 3 della Costituzione è un principio per valutare la parità di trattamento delle norme e non applicabile alle singole fattispecie. Di conseguenza, per far fronte a questa *“ingiustizia”*, in un sistema caratterizzato dalla riserva di legge, è necessaria la presenza di una norma antielusiva altrimenti ogni risparmio d'imposta, se ottenuto nel rispetto della legge formale, risulterebbe lecito.

2.2 Le reazioni dell'ordinamento in termini generali

Tra le reazioni che un ordinamento giuridico può opporre alle pratiche elusive vi sono, appunto, le norme antielusive. Esse possono essere definite come quelle norme che assegnano all'Amministrazione finanziaria il potere di qualificare come elusiva una operazione imponendo il pagamento del tributo eluso¹²⁰. In forza di queste norme il legislatore consente all'Amministrazione, in sostanza, di disapplicare la norma di cui il contribuente si è avvantaggiato, previa verifica del carattere abusivo dell'operazione sulla base dei presupposti

¹¹⁸ LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo.*, Milano, IPSOA, 2001, cit., 429.

¹¹⁹ BEGHIN M., *Il dividend stripping tra clausole generali antielusive, disposizioni ordinarie con funzione antielusiva e abnorme impiego di strumentazione civilistica*, in BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 2013, p.166.

¹²⁰ TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4/2012, 687.

di configurabilità della stessa stabiliti in via legislativa, applicando, per contro, la norma evitata. Le norme di natura antielusiva possono però essere distinte in norme antielusive in “senso tecnico”, cioè quelle per cui la verifica del carattere abusivo dell’operazione è rimesso all’Amministrazione, assegnando quindi un potere discrezionale in capo agli Uffici da esercitare al verificarsi di presupposti configurativi dell’abuso di natura astratta, e in norme “correttive” con funzione antielusiva, attraverso le quali lo stesso legislatore qualifica ex ante come elusivi determinati comportamenti, dal momento che consentirebbero al contribuente di ottenere un vantaggio fiscale ritenuto illegittimo, imponendone altri o limitando alcuni diritti del contribuente, come ad esempio eventuali deduzioni o detrazioni. In particolare, queste norme dettano regole diverse da quelle comunemente applicabili, sovrapponendosi alla disciplina ordinaria. Un esempio di norma correttiva è l’art. 88 comma 5 del TUIR, il quale dispone che “*in caso di cessione del contratto di locazione finanziaria il valore normale del bene costituisce sopravvenienza attiva*”. Tale norma impone quindi di considerare, in materia di imposte sul reddito delle società, come sopravvenienza fiscale attiva il valore normale del bene. Il fine della norma è di evitare eventuali salti d’imposta che potrebbero essere realizzati in caso di cessione del contratto ad un prezzo inferiore al valore normale e successiva iscrizione nella contabilità dell’acquirente al suo valore normale, derogando quindi alla disciplina ordinaria che determinerebbe l’eventuale componente positivo di reddito in capo al cedente sulla base del differenziale tra prezzo di cessione e valore contabile del bene¹²¹.

Le norme in questione, chiamate anche norme antielusive specifiche, secondo la dottrina hanno l’effetto di “*estirpare un comportamento dal terreno dell’elusione per trapiantarli in quello dell’illecito*”¹²², e cioè di determinare una fattispecie di evasione nel caso di realizzazione della fattispecie che il legislatore ha inteso limitare, senza più dover ragionare in tema di legittimità del risparmio conseguito.

Per tali norme è comunque prevista, ai sensi dell’art. 11 comma 2 della legge n. 212 del 2000, la possibilità per il contribuente di chiedere all’Amministrazione finanziaria la disapplicazione della norma antielusiva specifica fornendo la dimostrazione che nella particolare fattispecie gli effetti elusivi per cui è prevista la norma non possono verificarsi.

Prima di menzionare alcuni esempi di norme antielusive in senso stretto, è utile puntualizzare che queste possono distinguersi in norme “analitiche” e norme “generaliste”. Le norme *analitiche* sono quelle che individuano tassativamente i comportamenti sospettabili di abusività lasciando comunque in capo all’Amministrazione finanziaria il potere di

¹²¹ Per chiarimenti sugli aspetti applicativi della norma Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 108/E del 3 maggio 1996

¹²² TABELLINI P.M., *L’elusione della norma tributaria*, Milano, Giuffrè, 2007, cit. p. 26.

disapplicare la norma di cui il contribuente ne ha tratto vantaggio. Un esempio da poter citare è l'art. 37-bis del DPR 600/1973, oggi abrogato, che conteneva al terzo comma una elencazione tassativa delle operazioni contestabili come elusive¹²³. Le norme antielusive *generali*, invece, attribuiscono un potere esercitabile con discrezionalità da parte degli Uffici finanziari a tutti i comportamenti che manifestino determinati requisiti¹²⁴. Da tale discrezionalità discende la tradizionale avversione del legislatore all'introduzione di una norma antielusiva generale in quanto è potenzialmente lesiva della "certezza del diritto" e che richiede all'apparato amministrativo, ancor prima di quello giudiziario, una adeguata preparazione e sensibilità alla materia. Nonostante l'avversione, la capacità di alcuni soggetti privati nello scovare opportunità di aggiramento delle norme sfruttando le lacune delle stesse ha reso inefficace la strategia adottata dal legislatore fino al 2015, il quale, nell'intento di mantenere il rispetto del principio della riserva di legge, ha tentato di contrastare le pratiche abusive con norme antielusive specifiche ed una norma antielusiva "semi-generale"¹²⁵.

Con l'introduzione dell'art. 10-bis nel 2015, il legislatore ha quindi preferito fare un passo indietro rispetto alla certezza del diritto per farne uno verso il principio di capacità contributiva introducendo una norma antielusiva generale. La forza di una clausola di tale portata, infatti, risiede nella sua applicabilità a qualsiasi ipotesi elusiva a prescindere dallo strumento giuridico utilizzato per realizzare l'operazione.

Attualmente, dunque, l'ordinamento tributario italiano è caratterizzato dalla presenza di numerose norme antielusive specifiche e da una norma antielusiva generale e residuale a chiusura del sistema stesso. Questo, tuttavia, è solamente il punto di arrivo. La recente evoluzione storica delle reazioni dell'ordinamento è stata infatti abbastanza tortuosa.

¹²³ L'art. 37-bis, ai commi 1 e 2, delineava come elusivi "gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro privi di valide ragioni economiche", aventi il fine di ottenere un risparmio d'imposta, o meglio, per essere più precisi, quelli "diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti". Le contestazioni potevano sorgere, almeno fino a quando la giurisprudenza non iniziò a ritenere tale elencazione come meramente esemplificativa, solamente qualora il contribuente avesse utilizzato una o più operazioni dell'elenco di cui al terzo comma. L'elencazione originaria era la seguente: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere c), c-bis) e c-ter), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

¹²⁴ LUPI R., *Elusione fiscale e carenze teoriche*, in *Dialoghi tributari* 1/2009, 37.

¹²⁵ La clausola venne così definita in quanto orientata a reprimere i comportamenti abusivi più diffusi, anche con varie implementazioni successive all'elenco, ma sempre nel rispetto del principio della riserva di legge ex art. 23 della Costituzione. Così FANTOZZI A., *Il diritto tributario*, Parte generale, Torino, 2003, p. 164.

Nonostante l'introduzione dell'art. 37-bis del DPR 600/1973, il fenomeno dell'elusione fiscale in Italia non riuscì ed essere efficacemente contrastato dal momento che il carattere tassativo dell'elencazione di cui al terzo comma lasciava irrisolto, di fatto, il problema dell'elusione non codificata. A fronte di questa limitazione di strumenti la giurisprudenza reagì aspramente.

In un primo momento, con un filone giurisprudenziale iniziato con la sentenza n. 21221 del 2006, la Corte di Cassazione si pronunciò nel senso di prevedere l'applicazione del principio comunitario antiabuso, enucleato nella sentenza "Halifax"¹²⁶, anche nel comparto domestico per quelle operazioni che non rientravano nelle fattispecie presenti all'interno dell'art. 37-bis¹²⁷.

Successivamente, resasi conto probabilmente dell'insostenibilità della tesi secondo cui tale principio si potesse applicare anche alle imposte non armonizzate¹²⁸, riuscì a raggiungere l'equivalente risultato di assoggettare tutte le operazioni ad un unico principio superiore utilizzando l'art. 53 della Costituzione. Con le sentenze n. 30055, n. 30056 e n. 30057 del 2008 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite delineò il principio di divieto di abuso del diritto tributario, affermando, in tutte e tre le sentenze citate, che *"non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale"*.

Il ragionamento seguito dai giudici di legittimità presupponeva di considerare che l'art. 37-bis del DPR 600/1973 non sarebbe stato l'unica fonte normativa del divieto di abuso del diritto, ma anzi, che tale disposizione fosse in realtà una mera espressione della presenza di un principio antiabuso ricavabile dal principio immanente della capacità contributiva, avente applicazione generale ed indiscriminata. L'art. 53 della Costituzione, secondo i magistrati, si

¹²⁶ Tale sentenza veniva considerata il *leading case* per l'abuso del diritto tributario in materia di imposte armonizzate. La CGUE sostenne che *"perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale"*. Corte Giust., 21 febbraio 2006, causa C-255/02.

¹²⁷ Sul punto vedi PISTONE P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in MAISTO, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009 p. 311 e ss.

¹²⁸ Sulle problematiche di tale tesi vedi BEGHIN M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in MAISTO, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 23 e ss.

sarebbe prestato a poter essere applicato come norma antielusiva, in applicazione del quale fattispecie simili dal loro punto di vista economico dovevano subire il medesimo prelievo fiscale, e che quindi atti negoziali dell'autonomia privata in grado di ledere l'equo riparto dei carichi tributari operato dal legislatore dovessero essere vietati. I primi due commi dell'art. 37-bis vennero ridotti, per contro, a mera attuazione procedimentale del principio generale antiabuso di derivazione costituzionale.

Tali pronunce ebbero l'effetto di creare una elevata incertezza nei rapporti fisco contribuente in considerazione del fatto che qualsiasi operazione sarebbe stata da quel momento potenzialmente contestabile invocando il solo art. 53 della Costituzione da parte dell'Amministrazione finanziaria¹²⁹.

2.3 La raccomandazione UE 2012/772 e la legge delega n. 23 del 2014

La forzatura dell'art. 53 della Costituzione fece emergere l'esigenza di un intervento del legislatore ordinario che desse una base normativa più sicura alla conclusione raggiunta dalla Suprema Corte.

Ulteriormente, con la raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva, n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, la Commissione europea invitava espressamente, al considerando 8, *“l'adozione da parte degli Stati membri di una norma antiabuso generale comune intesa anche a evitare le complessità di molte norme diverse”*. Al punto 4.2 la raccomandazione indicava il modello da seguire, il quale riportava: *“Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica”*. Il concetto di *“costruzione di puro artificio”* necessitava però di chiarimento, ed infatti la Commissione definisce al punto 4.4 che *“una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza economica”*, individuando come sintomi di questa condizione:

¹²⁹ La dottrina tributaria considerava, infatti, quale *“punto debole”* dell'argomentazione della Corte l'inidoneità dell'art. 53 della Costituzione ad essere considerato come norma antiabuso, in quanto questo non ha una struttura da poter ricevere un'applicazione diretta. Esso, infatti, ha la funzione di porre un vincolo all'attività del legislatore nell'identificare fatti economici in cui emerge un'effettiva capacità di contribuzione quali presupposti per far sorgere l'obbligazione tributaria. Insieme al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 ed all'art. 2 della Costituzione, il principio di capacità contributiva costituisce il fondamento della giustizia fiscale, ma per farlo è necessario avvenga una concretizzazione legislativa dell'art. 53. In tal senso, GALLO F., *Abuso del diritto*, in banca dati Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, p. 8.

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

Rilevanti risultano anche il punto 4.5, con il quale viene precisato che *“la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell’eludere l’imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l’obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili”*, ed il punto 4.6, che precisa che deve considerarsi finalità fondamentale, o essenziale, quella che *“se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso”*.

Dalla lettura del testo della raccomandazione ne consegue che una eventuale operazione priva di sostanza economica posta in essere per finalità extrafiscali può non essere considerata abusiva quando queste appaiano come non irrilevanti. Viene quindi *“lasciata una porta aperta”* alle operazioni che, pur in grado di far conseguire prevalentemente un risparmio d’imposta, siano sostenute da ragioni non marginali, consistenti e non pretestuose rispetto alle finalità del risparmio d’imposta.

Per l’individuazione dell’abuso la raccomandazione prende in considerazione l’imprescindibile e necessario passaggio della valutazione del vantaggio conseguito alla luce dell’obiettivo, spirito e finalità delle disposizioni fiscali altrimenti applicabili. Una possibile lacuna dell’indicazione fornita dalla Commissione è stata rilevata dalla dottrina nella mancata menzione della valutazione del vantaggio tenuto conto della ratio delle norme applicate¹³⁰.

¹³⁰ ZIZZO G., *L’abuso del diritto tra incertezze della delega e raccomandazioni europee*, in Corr. trib., 2014, 39, pp. 2997-3000.

Tornando nel contesto domestico di quel periodo, le esigenze vertevano principalmente nel fissare *ex lege* il principio antiabuso delineato dalla Suprema Corte con le sentenze del 2008 dal momento che non poteva essere ammessa la possibilità di consentire agli Uffici di esercitare i propri poteri di accertamento invocando il solo art. 53 della Costituzione; generalizzare la formula usata dall'art. 37-bis comma 1 e 2 del DPR n. 600/1973; eliminare l'elencazione tassativa di cui al comma 3 del suddetto; e chiarire, infine, i fondamenti del principio antiabuso, cioè cosa si intendesse per uso distorto degli strumenti giuridici e l'assenza delle valide ragioni economiche.

L'esigenza di una riforma della normativa antiabuso veniva percepita anche dalla non linearità nelle argomentazioni delle pronunce giurisprudenziali, le quali molte volte venivano criticate dalla dottrina come "confuse" e che l'abuso del diritto venisse utilizzato come un unico calderone in cui far confluire fattispecie in grado di far conseguire un rilevante risparmio fiscale difficile da contestare.

Ulteriore sintomo della necessità di riforma erano i dubbi che suscitava la disparità di trattamento sul piano procedimentale delle contestazioni per elusione fiscale nel comparto delle imposte domestiche, le quali avvenivano nel rispetto delle norme procedurali previste dell'art. 37-bis commi 4 e seguenti, e le contestazioni per abuso del diritto in materia di imposte armonizzate, per le quali non era prevista nessun iter a garanzia del contribuente, essendo basato su un principio di matrice giurisprudenziale. A riguardo, la dottrina era pacificamente uniforme nel sostenere l'applicabilità dei profili procedurali del 37-bis anche in caso di contestazioni aventi oggetto imposte armonizzate¹³¹, mentre la giurisprudenza, nonostante varie pronunce a favore dell'obbligo di contraddittorio, attraverso la considerazione che il principio di divieto di abuso del diritto poteva ricevere immediata precipitazione in ogni fase del processo, ammetteva indirettamente la possibilità di "scavalcare" i profili procedurali violando in tal modo il diritto di difesa del contribuente costituzionalmente protetto all'art. 24 della Costituzione¹³².

Infine, ulteriori divergenze tra elusione fiscale e abuso del diritto che facevano emergere l'esigenza di un intervento legislativo in materia riguardavano i profili sanzionatori: l'art. 37-bis prevedeva disposizioni sanzionatorie, mentre il principio antiabuso, così come enucleato dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza Halifax, prevedeva la non doverosità delle

¹³¹ Sul punto MARCHESELLI A., *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria* 3/2009, p. 203.

¹³² Questa è la principale motivazione nell'aver definito l'impiego nel comparto domestico del principio di divieto di abuso del diritto tributario di derivazione comunitaria un "fulmine a ciel sereno" da parte del Prof. Beghin in BEGHIN M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in Maisto, *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 29.

sanzioni in quanto, per la loro eventuale applicazione, sarebbe stato necessario “*un fondamento normativo chiaro ed univoco*”¹³³.

Con la legge n. 23 del 2014 il Parlamento delegò il Governo a riformare le disposizioni antielusive “*al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto*” coordinando i principi di delega con quelli della raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE.

I principi di delega sostanzialmente facevano intendere la sostituzione dell'art. 37-bis comma 1 e 2 del DPR 600/1973 senza però contraddirlo, tenendo fermo sullo sfondo lo schema delineato dalla Suprema Corte del fondamento costituzionale del principio antiabuso.

Brevemente, l'art. 5 della legge delega prevedeva:

- 1) Di fissare una clausola antiabuso generale, senza quindi nessuna elencazione tassativa, valida sia per i tributi armonizzati che per quelli non armonizzati, unificando così l'elusione fiscale con il principio di divieto di abuso del diritto;
- 2) Di definire in termini generali l'abuso del diritto come un uso distorto degli strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta escludendo la sua configurabilità in presenza di ragioni extrafiscali non marginali;
- 3) Di confermare che il comportamento abusivo è sempre contrario al principio della buona fede e al dovere di reciproca lealtà tra fisco e contribuente, evidenziato da procedure anomale e schemi negoziali alterati e manipolati rispetto alla loro forma classica;
- 4) Di delineare un quadro di norme procedimentali nel rispetto della regola generale del contraddittorio preventivo.

Non è inoltre da dimenticare con riferimento ai profili sanzionatori, ulteriore tema di approfondimento nel prosieguo della trattazione, che l'art. 8 della legge delega disponeva di procedere all'individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie.

Il fatto positivo rilevante con la riforma che il legislatore aveva annunciato di emanare era l'abbandono della sede su cui risiedeva il principio antiabuso, e cioè esclusivamente sull'incontrollabile soggettivismo del giudice, per farlo in seguito risiedere sull'oggettività di norme, le quali, anche se pur sempre astratte, sarebbero state valutabili ragionevolmente ai sensi degli artt. 3 e 53 della Costituzione¹³⁴.

¹³³ Sentenza Halifax, punto 93.

¹³⁴ Così GALLO F., *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del Diritto, in banca dati DeJure.

2.4 La riforma del 2015 e la direttiva ATAD

In attuazione della legge delega n. 23 del 2014 venne emanato il d.lgs. n. 128/2015, il quale, con l'art. 1, modificò lo Statuto dei contribuenti, legge n. 212 del 2000, introducendo l'attuale art. 10-bis ed abrogando espressamente l'art. 37-bis del DPR n. 600/1973.

La doppia matrice, nazionale ed europea, è evidente già dalla rubrica della legge, riportante *“Disciplina dell’abuso del diritto o elusione fiscale”*, la quale conferma ufficialmente la ricongiunzione definitiva dei due concetti.

La scelta della *sedes materiae* della nuova clausola antiabuso nello Statuto dei diritti del contribuente è espressione, da un lato, della portata generale della clausola con validità per tutti i tributi (salvo quelli doganali per cui è prevista una disciplina speciale), essendo, lo Statuto, l'unico testo normativo riguardante la generalità dei tributi, mentre dell'altro lato, esprime la stretta connessione della clausola con i principi costituzionali di capacità contributiva e progressività richiamati dalla Suprema Corte di Cassazione con le pronunce a Sezioni Unite del 2008.

Prima di approfondire il contenuto della novella legislativa di fine 2015, risulta necessario puntualizzare, secondo una visione cronologica delle disposizioni in materia di contrasto di abuso del diritto, che con la Direttiva ATAD (Anti Tax Avoidance Directive), Direttiva 2016/1164/UE del 12 luglio 2016, l'Unione Europea ha introdotto dei requisiti minimi per le norme antielusive adottate dagli Stati membri.

L'art. 6 della Direttiva ATAD offre un nuovo modello di clausola generale, nella quale viene definito l'abuso *“come una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti”*; puntualizzando che *“una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica”*.

Inoltre, il trattamento disposto per tali fenomeni consiste nel dovere di ignorare le costruzioni non genuine e di applicare l'imposta dovuta in conformità al diritto nazionale.

Rimanendo elementi centrali anche in questa nuova definizione europea l'assenza di sostanza economica, ridefinita in questa sede come *“non genuinità”*, ed il contrasto con le finalità della

normativa tributaria di riferimento, non è apparso necessario adeguare l'art. 10-bis, anche se emanato precedentemente alla Direttiva, vista la sua conformità alle disposizioni europee¹³⁵. Nonostante le grandi attese per la riforma finalizzata a riportare i rapporti tra fisco e contribuente nel binario della certezza del diritto, parte della dottrina ha percepito l'intervento del legislatore delegato come un fallimento del compito assegnatogli dal delegante visto l'inquinamento della norma da gravi confusioni tra concetti giuridici¹³⁶.

2.5 *La normativa antiabuso vigente*

L'introduzione dell'art. 10-bis della legge n. 212 del 2000 ha permesso all'ordinamento italiano, a partire dal 1° ottobre 2015, di dotarsi di una clausola generale antiabuso, la quale delimita i contorni delle fattispecie abusive muovendosi nel solco delle pietre angolari della materia.

Le clausole di tale natura, in generale, tendono a contemperare le due esigenze contrapposte in tema d'imposizione: l'equità e la prevedibilità. L'equità imporrebbe di applicare il tributo a tutte le situazioni equivalenti in termini di capacità contributiva, comprese quelle non previste espressamente dalla legge; la prevedibilità, per contro, renderebbe inopportuno l'applicazione del tributo a fatti non previsti dalla legge.

Le clausole antielusione vengono emanate con il fine di trovare un compromesso tra le due esigenze, cercando di realizzare l'equità sacrificando in parte la prevedibilità. In particolare, la clausola dell'art. 10-bis dello Statuto sembra essere in grado di fornire un soddisfacente punto di equilibrio tra le due forze contrapposte¹³⁷.

Strutturalmente, da una parte l'abuso del diritto fa emergere una fattispecie non contemplata dalla legge fiscale ma che meriterebbe l'imponibilità in quanto equivalente in termini di capacità contributiva, ma dall'altra, invece, l'equità non deve prevalere sulla prevedibilità qualora il contribuente abbia agito anche o solamente per motivi diversi dal mero risparmio d'imposta. In altre parole, la prevedibilità del tributo ex art. 23 della Costituzione deve essere garantita per chi agisce per fini meritevoli di tutela.

Puntualizzato su questi aspetti è possibile ora approfondire il contenuto della disciplina.

¹³⁵ STEVANATO D., *La norma antielusiva è conforme alla Direttiva ATAD?*, in Corr. trib., 2019, 7, pp. 623-628; GALLO F., *L'abuso del diritto nell'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente: confronto fra le due nozioni*, in Rass. trib., 2018, 2, pp. 271-277.

¹³⁶ Sul punto FALSITTA G., *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in Riv. dir. trib., 2018, 4/1, pp. 333-350.

¹³⁷ CONTRINO A., *I confini dell'abuso*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 26.

Ai primi due commi dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente viene definita la fattispecie che assume i connotati di abusività, prevedendo al primo comma che:

“Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”.

Al secondo comma l'art. 10-bis specifica i contenuti di questi elementi, disponendo che si considerano *“operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”*; e che per vantaggi fiscali indebiti si considerano *“i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario”*.

Gli elementi costitutivi sono quindi l'assenza di sostanza economica nelle operazioni, l'indebitarietà del vantaggio fiscale realizzato e l'essenzialità di quest'ultimo¹³⁸.

2.5.1 L'assenza di sostanza economica

Il primo elemento essenziale per configurare abuso del diritto è costituito dall'assenza di sostanza economica, identificata nell'incapacità dell'atto o della sequenza di atti a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi tributari.

Osservando il modello da cui l'art. 10-bis trae ispirazione, e cioè quello contenuto nella raccomandazione n. 772/2012, tale elemento corrisponde inequivocabilmente alle *“costruzioni di puro artificio”* o la *“serie artificiosa di costruzioni”*, dove l'artificiosità si configura, così come espresso dal documento UE, *“se manca di sostanza commerciale”*.

Rinviando al testo della raccomandazione, di cui si è parlato in precedenza, in essa è presente una elencazione di sintomi espressivi di tale mancanza.

La gamma di situazioni è certamente ampia e diversificata, ma può essere agevolmente suddivisa in situazioni in cui vi è una totale assenza di sostanza economica (lettere c, d, e, f) nell'intera operazione o in alcune sue parti, non essendovi alcun mutamento nella sfera economica-giuridica, e in situazioni in cui vi è una modifica nella sfera economico-giuridica del soggetto (lettere a, b), ma che potrebbe esprimersi in una forma diversa e più lineare. In questo secondo raggruppamento, in particolare, vi è una assenza di sostanza economica in via relativa, e cioè rispetto ad un modello di schema giuridico più diretto ed efficiente, muovendo in una logica di prevalenza della sostanza economica (per essere più precisi: la forma più

¹³⁸ Il triplice requisito viene confermato anche dalla prassi amministrativa, vedi Risoluzioni Agenzia delle Entrate n. 97/E, n. 98/E e n. 99/E del 2017.

adeguata alla sostanza) sulla forma (concretamente adottata) piuttosto che di assenza di sostanza economica in sé¹³⁹.

Sulla base di tali considerazioni, una operazione priva di sostanza economica, può essere qualificata una operazione concretamente realizzata, riguardo la quale, ai fini del raggiungimento dello specifico assetto economico-giuridico conseguito, sono presenti altri strumenti giuridici più diretti ed efficienti rispetto a quelli utilizzati. Di conseguenza, in assenza di coincidenza nei risultati economico-giuridici non potrà configurarsi abuso dal momento che implicitamente viene riconosciuta la sostanza economica dell'operazione in quanto in grado di realizzare un risultato economico-giuridico differente.

Espressione di tali ragionamenti è l'art. 10-bis comma 2 nella parte in cui si preoccupa di precisare che *“sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato”*, riprendendo chiaramente le ipotesi delineate alle lettere a) e b) del punto 4.4 della raccomandazione.

La mancata riproduzione delle altre situazioni descritte non esclude la loro rilevanza ai fini dell'identificazione delle operazioni interessate dalla disposizione, stante il carattere puramente esemplificativo dell'elenco al comma 2¹⁴⁰. Secondo autorevole dottrina, le ipotesi non riprodotte, trattandosi di ipotesi in cui vi è una radicale assenza della sostanza economica devono essere ricondotte all'applicazione della clausola¹⁴¹. Nella stesura della disposizione è stato quindi optato di includere solamente le figure che potevano generare incertezza, stante la modifica della situazione economico-giuridica dell'agente, omettendo quelle caratterizzate dall'assoluta assenza di sostanza economica. L'assenza di sostanza economica è infatti definita a monte dalla disposizione come inidoneità *“a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”*.

Sul piano pratico, la verifica della presenza o meno della sostanza economica dovrà essere una verifica di tipo oggettivo¹⁴², e, in particolare, l'attitudine degli atti o la sequenza di atti dovrà incidere nella sfera economico-giuridica in primo luogo e, successivamente, la sua coerenza rispetto alla modifica prodotta. E inoltre, quando l'ipotesi di abusività ricade su una sequenza di atti collegati, la valutazione dovrà avvenire su due piani: a livello disaggregato,

¹³⁹ ZIZZO G., *La nozione di abuso nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 8.

¹⁴⁰ GALLO F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1331.

¹⁴¹ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 9.

¹⁴² In tal senso anche Assonime, circ. n. 21 del 4 agosto 2016, par. 2.6 e 2.7.

per singolo atto, e a livello aggregato, come sua sequenza. Gli effetti economico giuridici, infatti, potrebbero tra loro saldarsi in funzione di un risultato da conseguire oppure vanificarsi. Osservando la centralità che assume la sostanza economica nell'attuale clausola, secondo autorevole dottrina, essa risulta perfettamente in linea con la posizione della giurisprudenza nelle tre sentenze a sezioni unite del 2008, in cui ha fondato il "generale principio antielusivo" nel principio di capacità contributiva. L'autore motiva questa coerenza con il fatto che se un atto o una serie di atti è inidoneo ad incidere nella sfera economico-giuridica dell'agente, se non sotto il profilo dell'onere dell'imposta, la sua realizzazione non è in grado di differenziare l'attitudine alla contribuzione dell'agente da quella che quest'ultimo avrebbe espresso se l'atto o la serie di atti non fosse stato eseguito. Muovendosi secondo questo ragionamento, *"similmente, se un atto o una serie di atti è idoneo ad incidere nella sfera economico-giuridica dell'agente, ma non corrisponde alla soluzione negoziale più diretta ed efficiente all'uopo disponibile, la sua realizzazione non è in grado di differenziare l'attitudine alla contribuzione dell'agente da quella che quest'ultimo avrebbe espresso se si fosse servito dello strumento più diretto ed efficiente"*¹⁴³. Da questa equivalenza ne consegue la necessaria attivazione della clausola, da cui ne consegue la riqualifica dei fatti ai fini della misurazione del prelievo.

2.5.2 Il vantaggio fiscale indebito

Il secondo presupposto per qualificare come elusiva un'operazione è che il vantaggio conseguito, così come previsto dall'art. 10-bis, deve essere *indebito*. Questa caratteristica rappresenta l'elemento discriminante della fattispecie abusiva dal conseguimento di un legittimo risparmio fiscale.

Nella raccomandazione, che ha rappresentato la linea guida per la stesura della clausola, al punto 4.5 è possibile leggere che il carattere elusivo di un'operazione è ravvisabile quando essa *"contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili"*. Così facendo, essa conferma che ai fini della configurazione dell'abuso non è sufficiente l'equivalenza in termini di attitudine a contribuire, rilevabile per mezzo della verifica sulla sostanza economica dell'operazione, ma occorre anche il contrasto tra il godimento del vantaggio fiscale connesso allo schema giuridico adottato e la ratio di una o più norme tributarie.

¹⁴³ ZIZZO G., *op. cit.*, cit. p. 12. Sull'esigenza di un "giudizio comparativo" tra la capacità contributiva manifestata dall'operazione realizzata e quella propria dell'operazione assunta a modello FRANSONI G., *Spunti in tema di abuso e "intenzionalità" dell'azione*, in *Rass. trib.*, 2014, fasc. 3, p. 411.

Osservando attentamente, l'abuso in materia fiscale produce un'alterazione delle regole di riparto della spesa pubblica che deve essere apprezzata non in relazione ad una generica attitudine alla contribuzione, ma in relazione agli indici di capacità contributiva individuati dal legislatore, tramite i quali avviene, nella sostanza, la commisurazione del tributo dovuto.

In tale contesto la clausola antiabuso diventa lo strumento per integrare il testo della legge, in modo da assicurare la costante aderenza del prelievo al principio costituzionale della capacità contributiva, presente per il tramite delle regole distributive fissate dalle disposizioni. In altre parole, la clausola è finalizzata a ridurre le situazioni disomogenee nella loro forma giuridica ad identiche conseguenze tributarie, in ragione della loro equivalenza economica e della ratio delle regole distributive di riferimento. Il riferimento alla ratio è fondamentale, in quanto in essa viene convogliata la potenzialità della norma in funzione dell'obiettivo da raggiungere.

Tuttavia, quando la disomogeneità del regime fiscale risulta pienamente coerente con gli obiettivi imputabili alle regole definite dal legislatore, nonostante l'equivalenza economica delle fattispecie, la clausola non può operare¹⁴⁴. Attraverso tale clausola non si impone una prevalenza dell'interpretazione teleologica rispetto a quella letterale, e cioè non devono essere presi in considerazione, ai fini dell'identificazione dell'abuso, i conflitti tra ratio e lettera della legge che dipendono da un'insufficiente specificazione della fattispecie legale. Conflitti, questi ultimi, che riguarderebbero l'ammissione del risparmio d'imposta riconoscendo la preminenza della lettera sulla ratio della legge, o viceversa ai fini della non ammissione.

Il punto su cui ci si deve focalizzare ai fini del riconoscimento dell'abusività è l'eventuale contrasto tra il godimento del risparmio d'imposta mediante lo schema negoziale adottato con la ratio della normativa pertinente, così come più volte affermato dalla giurisprudenza comunitaria, ma che più volte in passato, fino alle sentenze a sezioni unite del 2008, la Corte di Cassazione ha ignorato¹⁴⁵.

La disciplina antiabuso all'art. 10-bis si ricollega a questo, precisando che sono indebiti “*i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*”. Rispetto al testo della raccomandazione viene adottata una formula più ampia, menzionando, a sua differenza, i principi dell'ordinamento tributario e non limitando, con riferimento alle norme fiscali, il campo di azione a quelle “*che sarebbero altrimenti applicabili*”. Nel concreto, il contrasto indicato può manifestarsi in varie forme, tutte potenzialmente coperte dall'art. 10-bis.

¹⁴⁴ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁵ Sul punto BEGHIN M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione ed “abuso del diritto”*, in *Corr. trib.*, 22, 2008, pp. 1786-1787.

La prima forma potrebbe rinvenirsi tra il godimento del risparmio fiscale e la ratio della norma elusiva, e cioè la norma di cui il contribuente si serve. Una seconda forma potrebbe essere invece l'eventuale contrasto tra il risparmio conseguito e la ratio della norma elusa, e cioè la norma che il contribuente, attraverso lo schema negoziale posto in essere, ha evitato. Secondo autorevole dottrina¹⁴⁶, solamente la prima di queste due forme assume rilievo ai fini dell'art. 10-bis. Non può passare infatti inosservato la locuzione nel primo comma delle operazioni che *“pur nel rispetto formale delle norme fiscali”* realizzano vantaggi fiscali indebiti. Tale locuzione, secondo l'autore, imporrebbe di valutare l'indebitarietà del vantaggio rispetto alla ratio delle norme formalmente rispettate appunto, e cioè quelle che hanno permesso al contribuente di conseguire il vantaggio fiscale.

Una terza forma di contrasto potrebbe rinvenirsi, in base al dato letterale dell'art. 10-bis, con i principi dell'ordinamento tributario. A riguardo, si presume che l'inserimento di tale riferimento è avvenuto per assicurare maggiore incisività, al fine di sottrarre l'indagine dall'esclusivo confronto sul piano degli obiettivi delle singole norme, includendo la verifica sul piano degli elementi strutturali della disciplina tributaria. Il conseguente effetto che ne deriva è però quello di incrementare il grado di incertezza, dal momento che al di fuori di quei principi riconosciuti generalmente, come il divieto delle doppie deduzioni, il divieto di commerciare le perdite fiscali o il divieto dei salti d'imposta, il riconoscimento degli stessi non è semplice, potendo diventare fonte di contrasti¹⁴⁷.

Al fine di evitare tali incertezze, secondo autorevole dottrina¹⁴⁸, il ricorso a tali principi dovrebbe essere solo subordinato e non alternativo rispetto al confronto con la ratio della norma applicata, ammettendo tale ricorso solamente nei casi in cui, a causa della sua indeterminatezza, sia difficile ricostruire in modo preciso la ratio della norma applicata.

Infine, la conferma dell'esigenza di verificare il contrasto del vantaggio fiscale conseguito con la ratio della normativa pertinente risulta dalla scelta di includere nella clausola un apposito comma in cui viene protetta la libertà del contribuente di scegliere tra regimi opzionali.

Al comma 4 è possibile leggere che: *“Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”*. Ne consegue quindi che il contribuente che si avvale di un regime impositivo alternativo a quello ordinario, entrambi previsti dalla legge per la medesima fattispecie, non può essere ritenuto colpevole di adottare un comportamento abusivo. In tale scenario, infatti,

¹⁴⁶ GALLO F., *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto, p. 12. In questo senso anche circ. Assonime n. 21 del 4 agosto 2016.

¹⁴⁷ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁸ GALLO F., *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto, p. 12.

il vantaggio non può essere considerato indebito, dal momento che la scelta normativa di prevederlo assume che l'eventuale opzione potrà avvenire unicamente per logiche di risparmio d'imposta. Allo stesso modo si può inoltre concludere quando la legge fiscale regola in maniera diversa operazioni fungibili sul piano degli effetti economico-giuridici, di fronte ad una indifferenza da parte dell'ordinamento tributario verso l'utilizzo dello strumento fiscalmente più conveniente.

A conferma di questo, vi sono alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, la quale si è espressa affermando che: *“la opzione del soggetto passivo per la operazione negoziale che risulti fiscalmente meno gravosa non costituisce ex se condotta “contraria” allo scopo della disciplina normativa tributaria, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà di scelta”*¹⁴⁹. Più recentemente però tale libertà è stata ridimensionata. La Cassazione, infatti, in più occasioni ha affermato che: *“la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un differente carico fiscale va garantita nei limiti in cui quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta”*¹⁵⁰, facendo così sorgere dubbi sull'effettiva libertà di scelta delle operazioni economiche.

2.5.3 L'essenzialità del vantaggio

Un terzo presupposto per qualificare una operazione come abusiva è dato dall'essenzialità del vantaggio, derivante dall'utilizzo da parte del legislatore della locuzione *essenzialmente*.

La scelta dell'utilizzo di tale parola nella clausola ha fin da subito portato con sé molta incertezza. La dottrina si è quindi subito posto l'interrogativo di attribuirne un significato, tenendo conto che la raccomandazione 2012/772/UE definiva al punto 4.6 che una finalità è essenziale, in questo caso, quindi, il fine di conseguire un risparmio fiscale, quando le altre appaiono *“per lo più irrilevanti alla luce delle circostanze del caso”*.

Un importante autore, a riguardo, si è posto il dubbio di chiarire il significato di essenziale nel contesto dell'art. 10-bis, ed in particolare, se questo equivalga a principale e/o prevalente oppure ad esclusivo. La soluzione al dubbio fornita è nell'intendere l'utilizzo di tale aggettivo come una scelta del legislatore di voler mantenersi in una posizione di compromesso, dicendo qualcosa di più di prevalente, ma sicuramente meno di esclusivo. L'autore conclude il proprio ragionamento, inoltre, esprimendosi con *“il che dovrebbe portarci a definire, in ultima*

¹⁴⁹ Cass. civ. n. 405/2015.

¹⁵⁰ In tal senso Cass. civ. n. 868/2019, n. 25652/2018.

*analisi, essenziali quei vantaggi che possono considerarsi “fondamentali” rispetto agli altri fini perseguiti dal contribuente”*¹⁵¹.

Altri autori¹⁵² invece si sono espressi nel senso del dover considerare il requisito dell'essenzialità del vantaggio fiscale indebito come espressione dell'assenza di valide ragioni economiche extrafiscali di cui al comma 3 dell'art. 10-bis, legge n. 212 del 2000. Da questa posizione ne conseguirebbe che la dimostrazione dell'essenzialità del risultato del risparmio fiscale indebito altro non sarebbe che la prova dell'assenza di valide ragioni extrafiscali. Così facendo, però, l'essenzialità del vantaggio smetterebbe di essere un requisito autonomo, e finirebbe, sul piano logico, ad essere assorbito da quello della mancanza di sostanza economica. Riguardo a queste posizioni, è stato fatto notare che, se pur innegabile il fatto che il compimento di operazioni in assenza di valide ragioni economiche sia in grado di far conseguire un vantaggio fiscale indebito, non è condivisibile ritenere sufficiente l'assenza di queste per poter qualificare come essenziale il fine di conseguire un risparmio fiscale¹⁵³. L'eventuale adesione a tale tesi attribuirebbe all'Amministrazione finanziaria un inappropriato potere discrezionale in evidente contrasto con l'art. 23 della Costituzione. Inaccettabile sarebbe, infatti, che la richiesta di partecipazione alle spese pubbliche non derivi da elementi certi, ma anzi, da valutazioni parte degli Uffici in forza di un potere discrezionale attribuitogli dalla legge. Secondo alcuna dottrina¹⁵⁴ l'intervento della Corte costituzionale apparirebbe quindi come ragionevole, prendendo esempio da quella francese¹⁵⁵.

2.5.4 Le valide ragioni extrafiscali non marginali

Al terzo comma dell'art. 10-bis viene contemplato l'elemento delle valide ragioni extrafiscali non marginali, il quale recita così:

“Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a

¹⁵¹ GALLO F., *Abuso del diritto*, in Enc. dir., Annuali, X, Milano, 2017, cit. p. 12.

¹⁵² CONTRINO A., MARCHESELLI A., *Art. 10-bis, legge 212/2000. Disciplina dell'abuso del diritto e elusione fiscale*, in *Abuso del diritto e novità sul processo tributario. Commento al d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156*, a cura di C. GLENDI, C. CONSOLO E A. CONTRINO, p. 1626.

¹⁵³ PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, 4/1, p. 1471.

¹⁵⁴ PROCOPIO M., *op. cit.*, p. 1472.

¹⁵⁵ La pronuncia della Corte costituzionale francese del 29 dicembre 2013, n. 685, ha dichiarato incostituzionale la sostituzione operata dal legislatore francese, all'inizio del 2013, dell'avverbio “esclusivamente” con “prevalentemente”. La motivazione della decisione è stata che con tale modifica si era attribuito un eccessivo potere discrezionale all'amministrazione finanziaria costituzionalmente inaccettabile.

finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente".

L'effetto dell'inserimento di tale norma determina l'impossibilità di contestare per abusività le operazioni in caso di ricorrenza di ragioni extrafiscali "valide" e "non marginali".

Innanzitutto, è doveroso chiarire che i due aggettivi non esprimono due condizioni diverse: le ragioni extrafiscali non marginali sono, infatti, valide, intendendo per validità una loro apprezzabilità economico gestionale¹⁵⁶.

Pertanto, la questione da risolvere rimane quella di chiarire il significato di *non marginali*. A tal fine è possibile fare ricorso alla relazione della disposizione in cui si sostiene che "*le valide ragioni economiche extrafiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza. Occorre, appunto, dimostrare che l'operazione non sarebbe stata compiuta in assenza di tali ragioni*". Se ne deduce, ai fini dell'indagine sulla loro sussistenza, di dover adottare una lettura in chiave soggettiva della norma e di identificare la non marginalità nella decisività.

Dalla lettura in chiave soggettiva della norma deriva la tesi che considera le valide ragioni economiche quali motivi contingenti che hanno indotto il contribuente a realizzare l'operazione sindacata¹⁵⁷, il che determinerebbe, ragionando in questo senso, la possibilità di far convivere la presenza dei concetti di sussistenza delle valide ragioni extrafiscali non marginali e l'assenza di sostanza economica in quanto operanti su due piani distinti, connessi fra loro, ma non sovrapponibili. Invero, secondo questa prospettiva, la mancanza di sostanza economica riguarderebbe l'operazione sotto il profilo oggettivo ovvero la l'adeguatezza degli strumenti giuridici adottati rispetto l'obiettivo economico perseguito, mentre la sussistenza delle valide ragioni extrafiscali altro non sarebbe che una condizione esimente, ovvero una circostanza, sotto il profilo soggettivo, che opera a valle della qualificazione dell'operazione come abusiva, in grado di disattivare la clausola. La qualificazione di esimente appare, inoltre, avvalorata dall'utilizzo da parte del legislatore delle parole "*in ogni caso*", facendo intendere la volontà di disattivare la clausola anche quando si siano riscontrate la presenza dei presupposti costitutivi dell'abuso.

Una diversa tesi, invece, sostiene che la sussistenza delle valide ragioni extrafiscali discenderebbe dalla verifica, di carattere oggettivo, riguardo la sostanza economica dell'operazione, stante l'intreccio del risultato dell'operazione (al comma 1) e delle ragioni

¹⁵⁶ Sul significato da attribuire all'aggettivo "valide" si era già soffermata la relazione alla riforma del 1997, che ha introdotto l'art. 37-bis nel DPR 600/1973, puntualizzando che "*l'espressione valide ragioni economiche non sottintende [...] una validità giuridica, che in questo contesto non avrebbe senso, ma una apprezzabilità economico gestionale*".

¹⁵⁷ BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in *Il fisco* 2015, 2207 e ss

che la giustificano (al comma 3) con la definizione di assenza di sostanza economica (al comma 2 lett. a). Se si osserva più attentamente, come fatto notare da alcuna dottrina¹⁵⁸, una operazione che “*realizza essenzialmente vantaggi fiscali*” è un’operazione “*inidonea a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*”. Per contro, invece, una operazione che risponde “*a finalità di miglioramento dell’impresa ovvero dell’attività professionale del contribuente*” è un’operazione che produce “*effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*”.

A parere del medesimo autore¹⁵⁹, sulla base di tale relazione, la presenza di valide ragioni ai sensi del comma 3 avrebbe la funzione di rivelare una sostanza economica apparentemente assente, consentendo di imputare una capacità contributiva diversa da quella fornita come modello dall’Amministrazione, in prima battuta ritenuta più adeguata al fine del conseguimento del risultato economico giuridico. In altri termini, le valide ragioni di cui al comma 3 altro non si riferirebbero che alla sostanza economica dell’operazione vista però dalla prospettiva del contribuente, ovverosia un possibile argomento di difesa a disposizione del contribuente dopo che l’Amministrazione ha dimostrato l’abusività della condotta ai sensi dei primi due commi. Pertanto, la dimostrazione della loro sussistenza determinerebbe l’esclusione dell’assenza di sostanza economica per mancanza di spazio logico.

Dal possibile accoglimento di tale tesi sorge, tuttavia, il dubbio circa le possibili conseguenze in grado di generare l’eventuale compimento di operazioni non giustificate da tali valide ragioni. In particolare, dal momento che la loro sussistenza può, da sola, giustificare la condotta del contribuente, l’eventuale loro assenza, ci si chiede, è in grado di negare al contribuente di avvalersi dei vantaggi fiscali derivanti anche se non contrastanti con la ratio della norma fiscale? La risposta non può che essere negativa. Ai primi due commi dell’art. 10-bis vengono, infatti, definiti chiaramente i presupposti: l’assenza di sostanza economica e il conseguimento di essenziali vantaggi fiscali contrari alla ratio delle norme o dei principi dell’ordinamento. Pertanto, in difetto dei presupposti, la valutazione da parte dell’Amministrazione circa l’inesistenza di valide ragioni extrafiscali risulta giuridicamente inutile.

¹⁵⁸ ZIZZO G., *La nozione di abuso nell’art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 10.

¹⁵⁹ ZIZZO G., *La nozione di abuso nell’art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, in *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 10.

2.5.5 La residualità dell'abuso del diritto

Nel delimitare i confini dell'abuso del diritto l'art. 10-bis definisce, attraverso i commi 4 e 12, il carattere residuale dell'istituto rispetto alle fattispecie evasive e di legittimo risparmio d'imposta. In particolare, con il quarto comma, che dispone "*Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*", viene delimitato il confine con il lecito risparmio d'imposta; mentre con il comma 12, che recita "*In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie*", viene delimitato il confine con l'evasione fiscale.

Questa puntualizzazione, in realtà, poteva anche essere trascurata. In dottrina, infatti, era già pacificamente riconosciuto il rapporto di reciproca esclusione tra le fattispecie, ma esso è stato ritenuto meritevole di esplicita conferma in quanto si doveva porre fine alle incertezze derivanti dalla prassi amministrativa e giurisprudenziale. Infatti, nonostante la liceità della minimizzazione del carico fiscale fosse stata più volte riconosciuta dalla giurisprudenza¹⁶⁰, i Giudici avevano applicato in molti casi l'abuso del diritto a fattispecie concrete che costituivano chiare ipotesi di lecito risparmio d'imposta e, in altrettanti casi, avevano elevato l'abuso del diritto ad "asso pigliatutto", modellando una definizione "spuria" dell'abuso del diritto, etichettabile come "abuso/simulazione", in contrapposizione all'"abuso/elusione" nella sua forma "pura"¹⁶¹.

A conferma della presenza di alcune incoerenze espresse dai Giudici si segnala, infatti, in concomitanza con l'introduzione dell'art. 10-bis nel nostro ordinamento, che la giurisprudenza ha riconosciuto, in modo esplicito, l'erronea applicazione dell'abuso/elusione a fenomeni evasivi con la sentenza Cass., sez. pen., n. 43809 del 2015, con l'inequivocabile affermazione che "*resta salva la possibilità di ritenere, nei congrui casi, che [...] operazioni qualificate in precedenza dalla giurisprudenza come semplicemente elusive integrino ipotesi di vera e propria evasione*".

Come già esposto in precedenza, la struttura dell'abuso del diritto si basa sull'esigenza di colpire fattispecie non contemplate dalla legge tra quelle imponibili, ma che meriterebbero di essere imponibili in quanto sono caratterizzate da una equivalente capacità contributiva.

¹⁶⁰ Fra le varie, Cass. civ. n. 1372/2011, n. 10257/2008, n. 8772/2008.

¹⁶¹ CONTRINO A., *I confini dell'abuso*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 25.

Sotto questo profilo, eventuali fattispecie non contemplate dalla legge riguardanti fatti non equivalenti a quelli per cui è prevista l'imposizione non "meritano" di scontare la stessa imposta. Qui il problema infatti non si pone, trovandosi di fronte ad ipotesi di lecito risparmio fiscale. Nella disposizione tale limite viene espresso esplicitando la libertà di scelta del regime fiscale in grado di determinare un diverso carico tributario, intendendo dire che l'abuso non può scattare per il mero conseguimento di un risparmio d'imposta, ma solo se si accerta una "equivalenza", nei termini dell'art. 53 Cost., del fatto compiuto con quello imponibile previsto dalla legge. In particolare, l'elemento costitutivo dell'abuso non è il semplice risparmio ma l'indebito, come confermato dal comma 1.

Se invece ci si trova di fronte ad eventuali fattispecie previste dalla legge che però non scontano il tributo l'applicabilità dell'abuso del diritto è preclusa in quanto il contribuente non sta eludendo ma semplicemente evadendo. Con il comma 12 richiamato viene prevista tale inconciliabilità tra elusione ed evasione prevedendo la possibilità di contestare l'abuso solamente se non può essere contestata la violazione di nessuna specifica disposizione tributaria. Il confine tra le due fattispecie è infatti determinato dall'eventuale violazione di disposizioni tributarie, tanto da rendere inapplicabile la clausola generale di cui all'art. 10-bis alle ipotesi di violazione di norme antielusive specifiche¹⁶².

In forza della previsione al comma 12 fuoriescono dal campo di applicazione dell'abuso del diritto tutte quelle ipotesi riferibili ad alterazioni dei fatti economici che la Cassazione ha assimilato in passato all'abuso, e cioè: la dissimulazione, l'antieconomicità, l'interposizione, le residenze fittizie e l'esterovestizione¹⁶³.

Riassumendo, dunque, l'abuso del diritto si configura quando la fattispecie non abbia comportato a monte la violazione di alcuna disposizione fiscale, e abbia determinato a valle un risparmio qualificabile come indebitato.

Una conseguenza di tale residualità prevista dalla legge, stante il carattere "assoluto"¹⁶⁴ del divieto al comma 12, è che gli eventuali avvisi di accertamento dalla motivazione "plurale", in cui l'Amministrazione finanziaria, secondo una prassi molto diffusa prima della riforma, contestava le condotte dei contribuenti richiamando anche l'abuso del diritto sono illegittimi¹⁶⁵.

¹⁶² CONTRINO A., *op. cit.*, p. 30.

¹⁶³ In tal senso GALLO F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, fasc. 6, p. 1333.

¹⁶⁴ CONTRINO A., *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁵ Sul punto BEGHIN M., *La residualità dell'abuso del diritto tra motivazione "ordinaria" e motivazione "rafforzata"*, in *Boll. Trib.*, 2019, 21, pp. 1527-1529.

La questione trova conferma anche in giurisprudenza anche se prima dell'introduzione dell'art. 10-bis, vedi Cass. n. 25197/2009.

2.5.6 Gli effetti dell'art. 10-bis

Sul piano degli effetti derivanti dall'attivazione della clausola generale antiabuso, la disposizione prevede che: *“Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”*.

Innanzitutto, è possibile notare come gli effetti previsti non si discostino da quanto era precedentemente previsto dall'art. 37-bis del DPR n. 600/1973, confermando quindi un modello di tassazione definibile come “differenziale”¹⁶⁶.

Il concetto di “tassazione differenziale” significa che viene tassata una fattispecie diversa, detassando allo stesso tempo quella compiuta. Nello specifico, qualora il contribuente abbia posto in essere una sequenza negoziale alfa in grado di evitare la sequenza negoziale beta, pervenendo ad un risultato analogo (o quantomeno simile) in termini economico-giuridici ed in grado di far conseguire un risparmio fiscale indebito, l'Amministrazione finanziaria dovrà tassare l'operazione elusa beta, scomputando dall'ammontare dell'imposta richiesta quanto già versato dal contribuente elusore sulla base dell'operazione elusiva alfa compiuta concretamente.

La peculiarità di tale schema di tassazione consiste nel fatto che viene mandata a tassazione una operazione che non esiste nella realtà e che nemmeno era stata pianificata dal contribuente, ma che secondo l'Amministrazione avrebbe dovuto compiere per il raggiungimento del risultato economico-giuridico posto come obiettivo. Nel dettaglio, la clausola opera una sostituzione delle fattispecie. Dal momento che l'elusione opera in un contesto di piena regolamentazione dei fatti, da cui ne consegue un'impossibilità tecnica di sostenere la possibilità di rimediare attraverso il ricorso all'analogia, è necessario quindi che avvenga una riqualifica ai soli fini fiscali della fattispecie al fine di permettere la sussunzione dei fatti realizzati nella norma elusa. È bene infatti puntualizzare che la clausola non rimedia sul piano delle norme, disponendo la dissociazione del comportamento dalla relativa disciplina, ma agisce sul piano dei fatti, stabilendo l'inopponibilità del comportamento all'Amministrazione finanziaria¹⁶⁷.

Evidente è la diversità di questo modello impositivo da quello riscontrabile nelle contestazioni di evasione: in esso infatti avviene, più linearmente, il recupero della ricchezza esistente ed effettiva ma che non era stata rappresentata dal contribuente nella dichiarazione.

¹⁶⁶ BEGHIN M., *L'elusione e il principio di divieto di abuso del diritto*, Padova, passim.

¹⁶⁷ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 14.

La peculiarità del modello di tassazione differenziale necessitava di strumenti per assicurarne il funzionamento. Il legislatore delegato del 2015 si è servito, a tal fine, di tre strumenti fondamentali: l'inopponibilità delle operazioni all'amministrazione finanziaria, il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguiti dal contribuente attraverso l'operazione elusiva (naturale conseguenza della prima) e la restituzione delle imposte versate sull'operazione elusiva dai soggetti che, pur avendo preso parte alla sequenza negoziale sindacata, non abbiano ottenuto vantaggi fiscali.

Riguardo l'inopponibilità prevista dal primo comma, essa si riferisce alle operazioni che il contribuente ha realizzato e che l'Amministrazione ha qualificato come abusive. L'inopponibilità, in generale, consiste nell'inidoneità a produrre effetti. In questo contesto, però, essa consiste in una inefficacia relativa, cioè limitata al comparto tributario, al fine di azzerare gli effetti fiscali delle operazioni compiute. Ne discende che le operazioni elusive non sono vietate dal legislatore, ma bensì neutralizzate dal punto di vista delle conseguenze tributarie in grado di generare, le quali, in ogni caso, continuano a produrre i rispettivi effetti di diritto privato, civile o commerciale. Nel dettaglio, una volta che il provvedimento impositivo individua le fattispecie elusive, queste cessano di interferire nel rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, divenendo incapaci di assicurare il collegamento dell'obbligazione tributaria alle leggi riguardanti i fatti economici realizzati. Questi fatti, come detto in precedenza, vengono rimpiazzati da altri fatti, e cioè dal percorso negoziale che il contribuente avrebbe dovuto realizzare secondo gli Uffici impositori.

Ulteriore aspetto scaturente dalla relatività dell'inefficacia degli effetti fiscali è che questa riguarda solamente il rapporto che intercorre tra amministrazione ed i soggetti che hanno preso parte alle operazioni contestate.

A scanso di equivoci, è bene chiarire che l'inopponibilità delle operazioni configurata dall'art. 10-bis dello Statuto del contribuente non deve essere confusa con gli effetti derivanti dalla qualificazione dei fatti economici sui quali si basa la pretesa erariale.

In particolare, le contestazioni per abuso del diritto ex art. 10-bis non sconfessano la natura giuridica delle operazioni sulle quali si è focalizzato il controllo. Essa si limita ad affermare che i quei fatti, correttamente qualificati dal punto di vista giuridico, sono stati in grado di aggirare le norme riferite ad altri fatti che il contribuente non ha volutamente posto in essere al fine di non imbattersi in una obbligazione fiscale più elevata.

Negli accertamenti incentrati sulla qualificazione giuridica dell'operazione, la linea accusatoria dell'Amministrazione non è "l'operazione alfa ha permesso di aggirare l'operazione beta", ma bensì "l'operazione alfa è l'operazione beta".

Ne discende quindi che in questi ultimi casi menzionati, la contestazione riguarda ipotesi di evasione in quanto queste ultime sono fattispecie di occultamento dei fatti economici, tra le quali rientrano le ipotesi di simulazione.

Procedendo con l'analisi, il secondo strumento utilizzato dal legislatore per il funzionamento della tassazione differenziale è il disconoscimento del vantaggio fiscale. Tale effetto disposto dalla norma è chiaramente una conseguenza dell'inopponibilità su cui ci si è appena soffermati, ma, a differenza di questa, il disconoscimento viene attuato attraverso la notifica dell'avviso di accertamento all'elusore, mentre l'inopponibilità, riguardando l'operazione, investe tutti i soggetti che hanno preso parte all'operazione a prescindere dal conseguimento di un vantaggio fiscale.

In particolare, il disconoscimento avviene in seno all'atto di accertamento, la cui funzione consiste nel tassare l'operazione elusa e, contestualmente, detassare l'operazione elusiva. Il comma 6 dell'art. 10-bis prevede infatti che *“l'abuso del diritto è accertato con apposito atto”*, ed al comma 1 che il disconoscimento avviene *“tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”*. Una conferma di aver voluto evitare il funzionamento della tassazione attraverso una tassazione per intero dell'operazione elusa e successivo rimborso al contribuente dell'imposta versata sull'operazione elusiva è dato dalla previsione, al comma 11, di ammettere solamente il diritto al rimborso per i soggetti che hanno preso parte all'operazione senza aver assunto la qualifica di elusore. Tale scelta appare riconducibile ad un orientamento alla semplificazione degli accertamenti in materia di elusione tributaria, nel senso che si vuole evitare che la restituzione delle imposte pagate avvenga sganciandosi dalle vicende del provvedimento impositivo, creando un rapporto giuridico condizionato, e cioè, per essere più chiari, che il rapporto giuridico di rimborso sia condizionato dal rapporto giuridico incentrato sull'accusa di abuso del diritto¹⁶⁸.

Ulteriormente, tendendo alla semplificazione dei rapporti, sembra che il modello impositivo sia costruito sull'impiego di un unico provvedimento impositivo in cui far confluire l'imposta sull'operazione elusa e quella sull'operazione elusiva. Il riferimento generico al comma 1 a *“quanto versato dal contribuente per effetto di tali operazioni”* dovrebbe confermare questa posizione ed escludere la tentazione da parte dei funzionari amministrativi di accertare l'elusione con una pluralità di atti sulla base della natura delle imposte eluse¹⁶⁹. In altre parole, eventuale operazione elusiva delle imposte sul reddito e dell'imposta sul valore

¹⁶⁸ BEGHIN M., *La non opponibilità al fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 87.

¹⁶⁹ BEGHIN M., *op. cit.*, p. 93.

aggiunto non dovrebbe essere accertata con due singoli atti ma con uno unico. Tuttavia, questo non è sempre praticabile da parte dell'Amministrazione finanziaria alla luce della sua struttura di funzionamento interno.

Infine, riguardo la restituzione delle imposte versate da parte dei soggetti che, pur avendo preso parte all'operazione elusiva, non hanno conseguito un risparmio fiscale, il comma 11 dell'art. 10-bis prevede il diritto a *“chiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito delle operazioni abusive i cui vantaggi fiscali sono stati disconosciuti dall'amministrazione finanziaria, inoltrando a tal fine, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza all'Agenzia delle entrate, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure”*.

A riguardo è bene ricordare che, per prima cosa, questi soggetti, non avendo conseguito alcun vantaggio fiscale, non sono destinatari di avvisi di accertamento e quindi non devono nulla al fisco.

Seconda cosa, l'avviso di accertamento determinante l'inefficacia sul versante fiscale dell'operazione compiuta, qualora venga trattenuta l'imposta pagata sull'operazione elusiva, determinerebbe una doppia imposizione. La tassazione andrebbe infatti a colpire l'operazione elusa e, per la parte relativa a questi soggetti terzi, l'operazione elusiva.

Una possibile soluzione a tale problema poteva essere di prevedere il rimborso d'ufficio delle imposte pagate a favore dei soggetti coinvolti nell'operazione, ma il legislatore ha optato in maniera diversa. Ha previsto il diritto a chiedere il rimborso entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo. La criticità di tale previsione è di non aver provveduto ad un obbligo di comunicazione tra amministrazione finanziaria e terzo. Anche se tale obbligo potrebbe desumersi dall'art. 6 comma 2 della legge n. 212/2000, che impone al fisco di informare il contribuente *“di ogni fatto o circostanza a sua conoscenza dai quali possa derivare il mancato riconoscimento di un credito”*, appare comunque difficile prefigurare eventuali conseguenze in capo al fisco da un eventuale violazione di tale obbligo¹⁷⁰. Pertanto, alla luce di un arco temporale così ristretto ed in mancanza di un esplicito obbligo di comunicazione dell'avvenuta consolidazione del provvedimento amministrativo, la probabilità che tale termine spiri per il terzo è elevata.

¹⁷⁰ BEGHIN M., *op. cit.*, p. 95.

2.5.7 Onere della prova e la non rilevabilità d'ufficio

I profili processuali dell'abuso del diritto sono due: l'onere della prova e la non rilevabilità d'ufficio. La disciplina relativa a tali aspetti è condensata nel comma 9 dell'art. 10-bis, il quale prevede che: *“L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3”*.

Riguardo alla ripartizione dell'onere della prova, la disposizione prevede dunque l'imputazione all'Amministrazione l'onere della “dimostrazione” della ricorrenza degli elementi costitutivi di cui al comma 1 e 2, ed al contribuente la dimostrazione delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3.

Se si osserva attentamente, essa rispecchia pienamente il criterio direttivo di cui all'art. 5, lett. d), della legge delega n. 23/2014, il quale prescriveva di *“disciplinare il regime della prova ponendo a carico dell'Amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare il disegno abusivo e le eventuali modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonché la loro mancata conformità ad una normale logica di mercato, prevedendo, invece, che gravi sul contribuente l'onere di allegare la esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative o concorrenti che giustifichino il ricorso a tali strumenti”*, riprendendo quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“La prova sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato [...], incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore che giustifichino operazioni in quel modo strutturate”*¹⁷¹.

A riguardo, la scelta dell'utilizzo del termine “dimostrazione” e non “prova” o “motivazione” non è casuale a parere della dottrina. Infatti, i presupposti configurativi di cui ai primi due commi non sono fatti suscettibili di prova. Diversamente, invece, le valide ragioni extrafiscali possono importare la prova di fatti. Ecco, quindi, che *“il termine dimostrare assomma [...] tanto la (necessaria) dimensione argomentativa di giudizi quanto la (eventuale) dimensione rappresentativa di fatti”*¹⁷².

Rispetto invece al tema della rilevabilità d'ufficio dell'abuso il comma 9 fissa un preciso divieto, il quale assume però alcuni profili di problematicità per due ordini di motivi.

¹⁷¹ Tra le varie Cass. civ. n. 1465/2009, n. 1372/2011

¹⁷² ZIZZO G., *I profili processuali dell'abuso del diritto*, in *Rass. trib.*, 2020, 1, cit. p. 224.

Innanzitutto perché risulta privo di radicamento nella legge delega, ed inoltre, perché confligge con la posizione manifestata dalla giurisprudenza formatasi in applicazione del generale divieto di abuso del diritto, secondo la quale *“il rango comunitario e costituzionale del principio di divieto di abuso del diritto comporta la sua applicazione d’ufficio da parte del giudice tributario, a prescindere, dunque, da qualsiasi allegazione, al riguardo, ad opera delle parti”*¹⁷³.

Con riferimento al rilievo dell’assenza di radici nella delega, si nota che i criteri direttivi stabiliti dalla legge n. 23/2014, fissati all’art. 5 lett. e) e f), riportavano l’esigenza di *“prevedere una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva nella motivazione dell’accertamento fiscale, a pena di nullità dell’accertamento stesso”* e di *“prevedere specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l’Amministrazione finanziaria e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario”*. Il legislatore delegato ha delineato correttamente in tal senso il comma 6, il quale prevede che *“l’abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto”*, ed il comma 8, per il quale *“l’atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6”*.

Già dalla semplice lettura delle disposizioni è evidente l’incompatibilità di queste rigide regole procedurali con la rilevazione d’ufficio dell’abuso. In merito a queste, è bene puntualizzare che esse sono basate sul principio del contraddittorio obbligatorio¹⁷⁴, il quale è espressione del diritto di difesa del contribuente già nella fase preliminare di avvio del procedimento amministrativo. La centralità del contraddittorio viene confermata, inoltre, dal comma 7 del medesimo articolo, il quale prescrive, innanzitutto, che la richiesta di chiarimenti deve essere notificata dall’Amministrazione ai sensi dell’art. 60 del DPR n. 600/1973 entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell’atto impositivo e, successivamente, l’assenza del potere degli Uffici di accertare il contribuente prima del decorso di almeno 60 giorni dal giorno del ricevimento dei chiarimenti ovvero dall’inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta. Viene precisato

¹⁷³ Così Cass. civ., Sez. Un., n. 30055/2008.

¹⁷⁴ Tale principio è stato oggetto anche di pronuncia da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Vedi sent. Cass. civ., Sez. Un., n. 19667/2014 nella quale è stato affermato che *“l’attivazione del contraddittorio endoprocedimentale costituisce un principio immanente nell’ordinamento, operante anche in difetto di una espressa specifica previsione normativa”*.

inoltre che in caso di decadenza del potere di accertamento il termine per la notifica dell'atto impositivo viene automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni.

Ulteriormente, le norme procedurali di cui al comma 8 sono basate sull'obbligo di motivazione "rafforzata" dell'atto, conseguenza dell'obbligo di adeguata valutazione dei chiarimenti forniti dal contribuente. In particolare, infatti, di questi chiarimenti dovrà necessariamente esserne tenuto conto nella motivazione dell'avviso di accertamento pena la nullità dello stesso.

Ne consegue quindi che eventuale provvedimento impositivo fondato sull'abuso ed emesso da parte dell'Amministrazione finanziaria discostandosi dalle formalità previste dovrà essere dichiarato nullo¹⁷⁵ dal giudice tributario anche se egli ne condividesse la prospettazione fornita dagli Uffici impositori. Specularmente, in base alle disposizioni menzionate in precedenza, eventuale avviso di accertamento non fondato sull'abuso ma sulla violazione di norme specifiche, il giudice, anche se ravvisasse la presenza dei presupposti dell'abuso, dovrebbe limitarsi a dichiararne l'illegittimità.

Ulteriormente, oltre alle norme richiamate, il carattere impugnatorio del processo tributario impedisce al giudice di sostituirsi all'Amministrazione e di sostituire in giudizio il titolo giuridico della pretesa avanzata con l'avviso di accertamento per come individuato nella sua motivazione¹⁷⁶. Non può essere infatti violato il principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c., secondo il quale deve esserci corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Tuttavia, la giurisprudenza, pur confermando l'impostazione predetta, e cioè che *"l'oggetto del processo tributario, per il meccanismo impugnatorio che lo caratterizza, è costituito dall'accertamento della legittimità della pretesa tributaria avanzata con l'atto impugnato, alla stregua dei presupposti di fatto e in diritto in tale atto indicati"*¹⁷⁷, generalmente riconosce al giudice un autonomo potere qualificatorio¹⁷⁸. Così facendo essa ammette però un diritto in contraddizione del principio che lei stessa enuncia. Ne consegue quindi che aderendo a tale impostazione la rilevazione d'ufficio dell'abuso sarebbe possibile nel caso, in realtà poco realistico, in cui un provvedimento amministrativo fondato sulla violazione di specifiche disposizioni tributarie fornisca nelle sue motivazioni la rappresentazione di tutti i presupposti costitutivi dell'abuso¹⁷⁹.

¹⁷⁵ A conferma vedi Cass. civ. n. 30770/2018

¹⁷⁶ In tal senso Cass. civ. nn. 28683/2019, n. 13331/2016.

¹⁷⁷ Recentemente Cass. civ. n. 13783/2019.

¹⁷⁸ Cass. civ. n. 7393/2012, n. 21446/2009.

¹⁷⁹ ZIZZO G., *op. cit.*, p. 223.

2.5.8 Profili sanzionatori

L'art. 10-bis dello Statuto regola i profili sanzionatori dell'abuso del diritto al comma 13, disponendo che “*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*” e che “*Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*”.

Ne discende quindi la sola punibilità amministrativa delle condotte abusive e l'irrelevanza penale di quest'ultime. In merito a tali previsioni sono sorti tuttavia dei dubbi per vari motivi.

Innanzitutto, la nozione di abuso dell'art. 10-bis, essendo a fattispecie aperta, non risponde al principio di predeterminazione a cui si ispirano in generale sia le sanzioni penali che quelle amministrative. Pertanto, in forza di questo primo argomento, non si comprende un tale diverso trattamento. Ulteriori dubbi sono sorti circa eventuali ipotesi di violazione della legge delega da parte del legislatore delegato. L'art. 8 comma 1 della legge n. 23 del 2014 fissava ambiguamente il principio di delega demandando il Governo a procedere alla “*individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie*”.

Pertanto, l'irrelevanza penale dell'abuso, secondo alcuna dottrina, appare illegittima in quanto la legge n. 23/2014 non contiene alcuna delega per legiferare in tema¹⁸⁰.

La scelta legislativa è però avvenuta tenendo conto della giurisprudenza di legittimità che si era fino ad allora affermata. L'orientamento prevalente dei Giudici considerava, infatti, penalmente rilevanti solamente le disposizioni contrastanti con specifiche disposizioni¹⁸¹. La Suprema Corte, quindi, alla luce anche delle pronunce della Corte di Giustizia Europea, negava la punibilità della “*elusione non codificata*” essendo priva di un preciso fondamento normativo. Ne conseguiva che, prima della riforma del 2015, potevano integrare il reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 74/2000 solamente le fattispecie elusive espressamente previste dall'art. 37-bis del DPR n. 600/1973, rimanendo irrilevanti le altre¹⁸².

Tuttavia, se come visto in parti precedenti a questa trattazione l'art. 37-bis era, a parere della giurisprudenza, solamente una norma procedimentale in attuazione del principio di divieto di abuso del diritto ed orientata al contrasto di un risultato, e cioè del vantaggio fiscale conseguito con artifici e raggiri in assenza di valide ragioni economiche, il compimento di una operazione elusiva sarebbe stata da considerare irrilevante penalmente indipendentemente dall'estraneità o meno all'elenco, dal momento che l'art. 37-bis non era una norma di natura precettiva¹⁸³.

¹⁸⁰ MERONE A., *Abuso ed elusione del diritto*, 2016, Enciclopedia Treccani.

¹⁸¹ Cass. pen. n. 19100/2013, n. 33187/2013, n. 15186/2014.

¹⁸² Così Cass. pen. n. 8797/2014

¹⁸³ In tal senso GALLO F., *Abuso del diritto*, Enciclopedia del Diritto, p. 16.

Ecco quindi che è possibile così comprendere i motivi della scelta del legislatore delegato di escludere per via legislativa la rilevanza penale dell'elusione fiscale. La richiesta del delegante consisteva nell'individuare i confini tra le fattispecie elusive ed evasive e dei relativi aspetti sanzionatori. Questo è avvenuto con l'emanazione del d.lgs n. 158 e 128 del 2015. In particolare, il primo ha revisionato il sistema sanzionatorio, prevedendo di escludere dal reato di dichiarazione infedele tutte le questioni relative all'evasione interpretativa¹⁸⁴; il secondo, invece, ha coerentemente escluso, attraverso il comma 13 richiamato, la rilevanza penale dell'abuso.

A confermare il tutto è possibile osservare l'art. 1 del d.lgs. n. 74/2000, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 158/2015, che definisce le operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente come “*le operazioni apparenti diverse da quelle disciplinate dall'art. 10-bis*”. A riguardo, secondo autorevole dottrina, tale disposizione sembra sia diretta a sottolineare “*i confini con le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale*”, sancendo la radicale incompatibilità fra simulazione ed apparenza, da un lato, ed abuso del diritto dall'altro¹⁸⁵.

Nonostante l'ambiguità del tenore letterale della delega, il legislatore delegato non ha avuto dubbi nell'interpretarla nel senso di non escludere radicalmente ogni possibile conseguenza sanzionatoria, sia penale che amministrativa, delle fattispecie elusive. Sebbene la posizione della giurisprudenza comunitaria avesse più volte affermato che la constatazione dell'abuso dovesse risolversi nel solo ripristino della situazione senza abuso e che per l'irrogazione di sanzioni fosse necessario un “*fondamento chiaro ed univoco*” della violazione, il legislatore italiano optò per la sanzionabilità amministrativa delle condotte abusive. Le motivazioni di tale scelta emergono dai lavori parlamentari relativi alla legge di delegazione, in cui risalta la volontà di prevedere un deterrente per queste operazioni in grado di realizzare risultati “*indesiderati*” dall'ordinamento tributario. Ulteriormente, l'individuazione dei confini tra evasione ed elusione aveva avvertito la necessità di una gradazione di gravità tra le due fattispecie.

La disposizione utilizzata relativa alla sanzionabilità amministrativa dell'abuso, ricordiamo, ha il seguente tenore letterale: “*Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*”. A tale scelta la dottrina reagì reputandola irragionevole per vari motivi.

¹⁸⁴ Nel dettaglio, questa è stata esclusa per tutte le questioni valutative attinenti alla classificazione fiscale e all'imputazione temporale dei componenti reddituali evidenziati dal contribuente.

¹⁸⁵ FRANSONI G., *La “multiforme” efficacia nel tempo dell'art. 10-bis dello Statuto su abuso ed elusione fiscale*, in Corr. trib., 2015, p. 4366.

Innanzitutto, considerato che le sanzioni penali e le sanzioni amministrative hanno entrambe natura afflittiva non è chiaro il motivo per cui l'abuso debba essere irrilevante per quelle penali e non per quelle amministrative. La replica dell'altra parte della dottrina non esitò ad arrivare, affermando che le due tipologie di sanzioni rispondono non sempre a modelli coincidenti. Ad esempio, nelle società con personalità giuridica, per le sanzioni amministrative relative a violazioni compiute dagli amministratori, rispondono direttamente loro in quanto ritenute beneficiarie dei relativi effetti, mentre le sanzioni penali colpiscono sempre l'autore dell'illecito¹⁸⁶.

Secondo motivo, il rinvio alle norme sanzionatorie previste per le fattispecie di evasione risulta inappropriato stante la non sovrapponibilità tra evasione ed abuso. Nel dettaglio, è bene riportare in seguito il ragionamento di autorevole dottrina a riguardo¹⁸⁷.

Come punto di partenza si pone evidenza sul fatto che il sistema sanzionatorio in materia di imposte dirette e sul valore aggiunto è disciplinato dal d.lgs. n. 471/1997, il quale all'art. 1 comma 2 prevede che: *“Se nella dichiarazione è indicato, ai fini delle singole imposte, un reddito o un valore della produzione imponibile inferiore a quello accertato, o, comunque, un'imposta inferiore a quella dovuta o un credito superiore a quello spettante, si applica la sanzione amministrativa dal novanta al centoottanta per cento della maggior imposta dovuta o della differenza del credito utilizzato”*.

Da tale disposizione si evince che la legge non considera come criterio scriminante la violazione della legge o la sua elusione, ma è necessario e sufficiente che le voci espresse in dichiarazione siano inferiori rispetto a quelle accertate oppure vi siano indebite deduzioni o detrazioni. Arrivati a questo punto è quindi necessario ragionare sulla natura della norma antiabuso di cui all'art. 10-bis, se questa è di natura sostanziale o di natura procedimentale. In altre parole, l'art. 10-bis imporrebbe al contribuente di esporre in dichiarazione l'operazione elusa, mai avvenuta nella realtà dei fatti, al posto dell'operazione elusiva concretamente compiuta? Oppure la norma antiabuso a cui ci si trova di fronte è di natura procedimentale, e cioè indirizzata all'Amministrazione finanziaria, tramite la quale vengono disciplinati i poteri di rendere inopponibili fiscalmente determinate operazioni?

La risposta a tale quesito è in grado di determinare l'applicabilità o meno delle sanzioni. La dottrina maggioritaria ritiene di trovarsi di fronte ad una norma di natura procedimentale, per cui il contribuente non deve “auto” disconoscersi il vantaggio fiscale conseguito e quindi, di conseguenza, le sanzioni risulterebbero inapplicabili.

¹⁸⁶ GALLO F., *Abuso del diritto*, Enciclopedia del diritto, p. 17. In DeJure.

¹⁸⁷ BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, Il Fisco, 2015, n. 23, p. 2207.

In senso contrario, nel sostenere la doverosità delle sanzioni amministrative, parte della dottrina ha argomentato la propria posizione adducendo che l'inapplicabilità delle sanzioni dovuta alla non sovrapposibilità tra evasione ed elusione è superata dal fatto l'applicazione della clausola antiabuso si risolve nell'accertamento di un maggiore tributo e che i punti di differenza riguardano solamente la condotta e non l'effetto ultimo della dichiarazione del versamento di una minore imposta rispetto a quella dovuta, sottolineando come non può negarsi che le norme attuali prendano in considerazione proprio quest'ultimo risultato¹⁸⁸.

Tale orientamento, costituente la tesi c.d. "sostanzialistica" è quello da sempre prevalente in giurisprudenza, sia oggi con l'art. 10-bis che ieri con il 37-bis¹⁸⁹.

2.5.9 La riscossione

Le contestazioni per abuso del diritto sono connotate da una particolare disciplina anche in punto di riscossione. L'art. 10-bis, comma 10, della legge n. 212/2000 prevede che: "*In caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e, successive modificazioni, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472*".

La lettura della norma non è del tutto agevole stante i diversi rinvii. Nel dettaglio, tali riferimenti rinviano alla disciplina della riscossione frazionata in pendenza di giudizio ed a quella sulla riscossione delle sanzioni. Pertanto, la disposizione di cui al comma 10 sembra pacificamente intendere che in caso di ricorso avverso ad un avviso di accertamento che contesta una ipotesi di abuso del diritto, è consentito procedere alla riscossione delle pretese solo a seguito della pronuncia di primo grado che rigetta il ricorso. Ciò significa che, in materia di abuso del diritto, viene espressamente negata l'immediata esecutività dell'avviso di accertamento. Questa risulta certamente una peculiarità, dal momento che generalmente le impugnazioni degli atti di imposizione in Commissione tributaria non ne sospendono la riscossione coattiva, potendo essere prevista una sospensione *ope legis* a seconda dei tributi consentendo la riscossione di solo una percentuale prestabilita del debito.

Tuttavia, è stato fatto notare in dottrina che la norma di cui al comma 10 mostra dei limiti. Innanzitutto perchè dal momento che i maggiori tributi non possono essere posti in riscossione prima della sentenza di primo grado, prima di quel momento non possono essere

¹⁸⁸ GALLO F., *Abuso del diritto*, Enciclopedia del diritto, p. 17. In Banca dati DeJure.

¹⁸⁹Vedi Cass. civ. n. 34750/2019, n. 25537/2011.

iscritti a ruolo. Non potendo essere iscritti a ruolo non è possibile notificare la cartella di pagamento e conseguentemente promuovere le azioni cautelari nei confronti del debitore ex DPR n. 602/1973¹⁹⁰. Ulteriori limiti emergono dalla mancanza di un coordinamento della disciplina per la riscossione a seguito di cassazione con rinvio ed un'assenza di deroghe nel caso di pericolo per la riscossione, operando quindi la sospensione in maniera assoluta¹⁹¹.

2.5.10 Il diritto d'interpello

L'art. 10-bis comma 5 dello Statuto dei diritti del contribuente ha ad oggetto il diritto d'interpello del contribuente. Tale disposizione è l'unica parte dell'intero testo normativo ad aver subito una modifica a seguito dell'emanazione. In particolare, il comma vigente oggi è il risultato della sostituzione operata dall'art. 7 comma 15 del d.lgs. 156/2015. Quest'ultimo decreto legislativo, anch'esso fondato nella legge delega n. 23/2014, ha operato una revisione generale della disciplina degli interpelli, al fine di garantirne una maggiore omogeneità anche allo scopo di una maggiore tempestività dei pareri.

In generale, è possibile definire l'interpello come un particolare procedimento attraverso il quale il contribuente chiede all'Amministrazione finanziaria di conoscere l'interpretazione degli Uffici di una disposizione di dubbia portata.

Le relative norme che lo disciplinano assumono una posizione centrale nell'ordinamento essendo situate nell'art. 11 dello Statuto. Tale norma distingue quattro tipologie di interpello: quello ordinario, quello probatorio, quello antielusivo e quello disapplicativo¹⁹².

La tipologia rilevante in questa sede è quella dell'interpello antielusivo di cui all'art. 11, comma 1, lett. c), della legge n. 212/2000, il quale dispone che *“Il contribuente può interpellare l'amministrazione per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali relativamente a: [...] l'applicazione della disciplina sull'abuso del diritto ad una specifica fattispecie”*.

Tuttavia, è bene ricordare che anche il comma 5 dell'art. 10-bis ne fa espresso rinvio, prevedendo che *“Il contribuente può proporre interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c), per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto”*.

¹⁹⁰ Resta ferma comunque la possibilità per l'Agenzia di attivare le peculiari misure conservative di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 472/1997.

¹⁹¹ Per approfondire i temi vedi CARINCI A., *La riscossione delle imposte nelle ipotesi di recupero fondate sull'abuso del diritto*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, pp. 159 - 171

¹⁹² Per approfondire le diversità e le relative funzioni vedi BEGHIN M., *Diritto Tributario*, 2018, p. 153.

Il doppio riferimento induce a dover riflettere se l'oggetto dell'interpello sia identico nelle due disposizioni, diventando quindi il comma 5 dell'art. 10-bis un "inutiliter data", oppure se vi è una maggiore ampiezza in una delle due.

Secondo autorevole dottrina la seconda soluzione appare preferibile. A suo avviso, l'art. 11, comma 1, lett. c) avrebbe ad oggetto l'applicazione dell'intera disciplina dell'abuso del diritto, mentre l'interpello di cui al comma 5 dell'art. 10-bis sarebbe finalizzato esclusivamente a conoscere se le operazioni costituiscano o meno fattispecie di abuso del diritto¹⁹³.

Qualche considerazione a riguardo questo particolare procedimento appare però opportuna. Innanzitutto, l'utilizzo del termine "può" è espressione di una facoltà del contribuente e non di un obbligo; l'uso del termine "operazioni" non preclude che la richiesta possa riguardare più operazioni, ed, infine, è bene puntualizzare che la fattispecie di cui si vuole conoscere la natura abusiva o meno deve essere concreta, personale e specifica. Concreta nel senso che la fattispecie non deve essere astratta, e quindi, ancorchè non realizzata, essa deve presentare particolari legami con la realtà e non meramente ipotetica. La fattispecie dovrà, ulteriormente, essere personale, e cioè riguardare un soggetto ben identificato, il quale sarà il soggetto nella cui sfera giuridica si produrranno gli effetti della risposta all'interpello. Infine, la fattispecie deve essere specifica, cioè chiaramente determinata, particolare e precisa, dovendo essere descritta in tutti i dettagli ritenuti utili.

L'istante dovrà fornire tutti gli elementi dell'operazione idonei ad escludere vantaggi fiscali indebiti, affermare la sua sostanza economica e dimostrare che essa è giustificata da valide ragioni economiche, richiamando inoltre le norme di cui all'art. 10-bis.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 11 dello Statuto la risposta dell'Agenzia delle Entrate dovrà essere fornita entro il termine di centoventi giorni. In caso di mancata risposta entro il termine si configura il silenzio assenso dell'Amministrazione che va inteso *ex lege* come condivisione della soluzione prospettata dal contribuente. La risposta deve essere scritta e motivata, ed è vincolante solo per l'Amministrazione con esclusivo riguardo alla qualifica o meno di fattispecie abusiva così come descritte nell'istanza di interpello. Il vantaggio nell'avvalersi di tale procedimento facoltativo risiede appunto qui per il contribuente: se esso potrà in essere l'operazione descritta come in sede di interpello, avendo ricevuto una risposta in termini di non abusività, eventuali atti di accertamento in senso contrario sono nulli. Tuttavia, il

¹⁹³ SAMMARTINO S., *Il diritto di interpello*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 136.

compimento dell'operazione in termini diversi eliminerà il vincolo in capo all'Amministrazione, tornando ad avere piena libertà di contestazione.

In conclusione, sembra quindi essersi realizzato con la riforma del 2015 l'obiettivo di *“restituire all'interpello la funzione di strumento di dialogo privilegiato e qualificato del contribuente con l'Amministrazione”*¹⁹⁴, attraverso il quale il privato può valutare come impostare ed orientare la propria condotta fiscale e, contestualmente, gli Uffici impositori possono implementare la *“tax compliance”* e rendere più incisiva l'attività di controllo¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Vedi relazione di accompagnamento del d.lgs. n. 156/2015.

¹⁹⁵ PISTOLESI F., *L'interpello “anti abuso”*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, p. 157.

CAPITOLO TERZO: PROFILI ELUSIVI DEL RECESSO

La disamina ora prosegue con l'analisi di alcune particolari fattispecie nei confronti delle quali potrebbero esse mosse possibili contestazioni di abusività da parte dell'Amministrazione finanziaria. In particolare, nelle operazioni di recesso che verranno in seguito rappresentate potrebbe essere riconosciuto il carattere elusivo della complessiva operazione, rispetto alla disciplina ordinaria del recesso o di altre operazioni "evitate" secondo la linea accusatoria, considerate le peculiari circostanze o modalità con cui il socio si è sciolto.

La trattazione verterà dunque verso la valutazione in termini di abusività del risparmio d'imposta raggiunto, ovvero verificando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente.

Le fattispecie oggetto d'analisi contempleranno vantaggi fiscali conseguiti dal socio recedente nonché, in altre differenti, conseguiti in capo alla società da cui il socio si è sciolto.

3.1 La prospettiva del socio recedente di società di capitali

3.1.1 La cessione delle partecipazioni rivalutate ex art. 5 l. n. 448/2001

La liquidazione della quota del socio recedente di società di capitali prevede, come già riportato in precedenza, un diverso trattamento fiscale sulla base delle modalità, previste dagli artt. 2437-quater e 2473 del Codice civile, attraverso le quali è stato realizzato. In caso di cessione della partecipazione, infatti, il recedente consegue un reddito diverso di natura finanziaria realizzando, qualora il valore conseguito fosse eccedente il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote, una plusvalenza imponibile ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR, mentre, in caso di liquidazione attraverso l'annullamento della quota da parte della società le somme ricevute eccedenti il costo fiscale della partecipazione vengono equiparati a dividendi, e, pertanto, assoggettati a ritenuta secca del 26%.

Ciò premesso, la fattispecie oggetto di discussione è quella del risparmio d'imposta conseguito dal socio recedente persona fisica non imprenditore qualora, precedentemente all'esercizio del diritto di recesso, abbia optato per la rivalutazione della partecipazione ai sensi dell'art. 5 della legge n. 448 del 2001 per poi cederla, in forza del recesso esercitato, ai soci rimanenti, ad un soggetto terzo oppure, limitatamente alle ipotesi di recesso da società per azioni, alla società stessa.

La precisa analisi richiede, tuttavia, di rammentare alcuni aspetti generali. La fattispecie rappresentata fa emergere plusvalenze ai sensi dell'art. 67 del TUIR, la cui determinazione è

regolata dall'art. 68, comma 6, del TUIR. La disposizione richiamata enuncia esplicitamente che tali plusvalenze *“sono costituite dalla differenza tra il corrispettivo percepito ovvero la somma od il valore normale dei beni rimborsati ed il costo od il valore di acquisto assoggettato a tassazione, aumentato di ogni onere inerente alla loro produzione”*. L'ammontare soggetto ad imposizione è dato, quindi, dal differenziale tra il corrispettivo percepito, realizzato mediante cessione a titolo oneroso od altri atti equiparati ad essa dall'art. 9, comma 5, del TUIR, ed il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione.

Gli imponibili così identificati subiranno, ai sensi del d.lgs n. 461/1997, l'assoggettamento ad imposta sostitutiva del 26% a prescindere che tali partecipazioni siano qualificate o meno, in forza delle modifiche effettuate in tal senso dalla legge n. 205/2017 al decreto legislativo operante.

Richiamato tali aspetti, sulla base del D.L. n. 282/2002, convertito in legge con modificazioni dalla Legge n. 27/2003, dell'art. 5 della Legge n. 448/2001 e delle numerose leggi che hanno di volta in volta hanno riaperto i termini per l'esercizio di tale facoltà¹⁹⁶, agli effetti della determinazione delle plusvalenze e minusvalenze di cui all'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR, per i titoli, quote o i diritti non negoziati in mercati regolamentati posseduti alla data di riferimento prevista dalla rispettiva legge che ha concesso l'apertura dei termini per la rivalutazione *“può essere assunto, in luogo del costo o valore di acquisto, il valore a tale data della frazione del patrimonio netto della società, associazione o ente, determinato sulla base di una perizia giurata di stima, [...], a condizione che il predetto valore sia assoggettato ad una imposta sostitutiva delle imposte sui redditi”*. L'entità di tale imposta sostitutiva è variata nel tempo: quando venne introdotta aveva un'aliquota del 4% o del 2% a seconda che la partecipazione da rivalutare fosse qualificata o meno, la più recente, invece, ha un'aliquota dell'11% che siano esse partecipazioni qualificate o meno.

In conseguenza di tali disposizioni, alla persona fisica non imprenditore titolare di partecipazioni societarie non negoziate in mercati regolamentati viene attribuita periodicamente, da circa ormai vent'anni, la possibilità di riallineare il costo fiscale delle azioni o quote di cui si è titolari con il relativo valore di mercato pagando un'imposta sostitutiva su tale valore. Pertanto, qualora il soggetto optasse per tale facoltà, la plusvalenza realizzata ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis verrebbe calcolata sottraendo dal corrispettivo percepito il costo rivalutato della partecipazione oggetto di imposta sostitutiva.

Il tributo di cui all'art. 5 della Legge n. 448/2001 può essere inquadrato come imposta sostitutiva di carattere *“straordinario”*, a cui il legislatore è solitamente incline a ricorrere per

¹⁹⁶ Da ultimo la *“Legge di bilancio 2021”*, legge n. 178/2020, all'art. 1 commi 1122-1123.

soddisfare esigenze di gettito immediato, tassando plusvalenze latenti oppure riserve o fondi in sospensione d'imposta, *“la cui tassazione avrebbe richiesto la realizzazione di fatti futuri e non immancabili, quali il realizzo delle prime e la distribuzione o l'impiego dei secondi”*¹⁹⁷. Dal momento che la tassazione avviene in forza della scelta del contribuente di avvalersene, anziché attendere la realizzazione dei presupposti che determinerebbero l'imposizione ordinaria, tale imposta può essere ulteriormente inquadrata come una anticipazione facoltativa della tassazione, ovvero, in altri termini, di una *“imposta volontaria”*. L'ossimoro di tale ultima espressione appare in grado di trasmettere efficacemente l'idea di *“scambio”* su cui si fonda lo spirito di tali logiche impositive: il contribuente, infatti, si propone volontariamente a subire una tassazione certa oggi, a fronte della prospettiva di ottenere un risparmio su atti che, se ne avrà l'occasione, potrebbe compiere in futuro. Pertanto, in riferimento all'imposta sostitutiva per la rivalutazione delle partecipazioni il contribuente sosterebbe l'imposizione *“con la prospettiva di risparmiare, nei futuri atti di cessione, l'imposta ordinaria altrimenti dovuta sulle plusvalenze non affrancate”*¹⁹⁸.

È bene tuttavia puntualizzare un aspetto circa il rapporto di sostituzione tra le due imposte: l'imposta di cui si sta trattando non si sostituisce integralmente al tributo originario, ma interviene sotto il profilo applicativo dell'imposta ordinaria. In particolare, essa modifica il criterio di determinazione del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione da contrapporre al corrispettivo ai fini della determinazione della plusvalenza imponibile.

L'imposta sostituita è dunque l'IRPEF applicabile qualora si verificasse il presupposto di cui all'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR, mentre il presupposto dell'imposta sostitutiva, diversamente, è rappresentato dal possesso di partecipazioni societarie non negoziate in mercati regolamentati¹⁹⁹.

Dal momento che la base imponibile dell'imposta di cui all'art. 5 della Legge n. 448/2001 è il valore di mercato della partecipazione alla data di riferimento fissata dal legislatore, e non la plusvalenza realizzata né quella latente, a parere della dottrina tale imposta sarebbe di natura patrimoniale²⁰⁰ considerato, inoltre, che il rispettivo costo o valore di acquisto non rileva ai fini della determinazione dell'imponibile.

¹⁹⁷ SCHIAVOLIN R., voce *“Sostitutive (Imposte)”*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, XV, 1998, pag. 5

¹⁹⁸ Così STEVANATO D., *L'imposta sostitutiva sull'affrancamento dei valori dei terreni e delle partecipazioni: un'imposizione di stampo patrimoniale nel sistema delle imposte sul reddito*, in *Dialoghi Tributarî*, n. 1/2009, pag. 28

¹⁹⁹ Il fenomeno delle imposte sostitutive di essere connotate da presupposti differenti rispetto a quelli relativi alle imposte sostituite è, secondo la dottrina, una caratteristica indicativa della loro natura di tributi autonomi. Vedi SCHIAVOLIN R., *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁰ Di tale avviso STEVANATO D., *op. cit.*, p. 28.

Sulla base di tali elementi la dottrina ha riconosciuto quale *ratio legis* di questa rivalutazione a pagamento di beni plusvalenti²⁰¹ da parte di persone fisiche non imprenditori quella di “prestito d’imposta”, il quale soddisfa esigenze di gettito nell’immediato attraendo i contribuenti con consistenti risparmi d’imposta futuri grazie alle minori plusvalenze in caso di cessione²⁰².

La posizione della giurisprudenza sul punto non si discosta da quella della dottrina. In una recente ordinanza la Corte di Cassazione ha precisato che essa si tratta di una “*disciplina agevolativa introdotta dal legislatore evidentemente per esigenze di cassa*”, funzionale “*a consentire il conseguimento di vantaggi fiscali (...) in presenza di operazioni di cessione effettive e non fittizie*”²⁰³.

In considerazione di tali aspetti è evidente che la successiva cessione a titolo oneroso della partecipazione da parte della persona fisica non imprenditore a seguito dell’affrancamento ai sensi dell’art. 5 della Legge n. 448/2001 è un comportamento fisiologico del contribuente in quanto sta realizzando ciò che lo ha indotto al pagamento di un’imposta su base volontaria. Dalla lettura delle disposizioni di riferimento non emerge, inoltre, nessun riferimento ad eventuali limiti temporali entro i quali il costo rivalutato non opera ai fini della determinazione della plusvalenza imponibile in caso di cessione del bene come spesso, invece, è presente nelle leggi di rivalutazione dei beni d’impresa le quali si configurano come norme antielusive specifiche. Ne discende quindi che la rivalutazione a pagamento può essere parimenti effettuata qualora la cessione sia imminente ovvero in caso di mera ipotesi del contribuente.

Esaminando ulteriormente le disposizioni è possibile prendere atto che le uniche condizioni poste dal legislatore al fine di avvalersi di tale regime di *favor* sono il possesso del bene ad una certa data e che il relativo valore sia determinato sulla base di una perizia giurata di stima, indicando però che la sostituzione del costo fiscalmente riconosciuto con il valore rivalutato opera solamente “*agli effetti della determinazione delle plusvalenze e minusvalenze di cui all’art. 81, comma 1, lettere c) e c-bis), del T.U.I.R.*”, ovvero sia l’attuale art. 67.

La norma che ne discende è che il valore affrancato può essere utilizzato indistintamente in tutte le fattispecie in grado di generare plusvalenze ai sensi dell’art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR, e cioè in tutti i casi di cessione a titolo oneroso ed in tutte le ipotesi equiparate dell’art. 9, comma 5, del TUIR. Così facendo il campo di applicazione della norma

²⁰¹ Le legge, infatti, permette di rivalutare oltre alle partecipazioni societarie anche i terreni edificabili.

²⁰² Sul punto vedi anche LUPU R., *Disconoscimento delle rivalutazioni per tardivo versamento dell’imposta sostitutiva tra procedura e sostanza*, in *Dialoghi trib.*, 2009, 665 e ss.

²⁰³ Vedi Cass. civ., Sez. V, Ord., 6 novembre 2020, n. 24839, con nota a sentenza di BEGHIN M., in *Il Fisco*, 46, 2020, p. 4484.

comprende inevitabilmente anche tutte quelle ipotesi di cessione che, in realtà, non costituiscono un effettivo disinvestimento patrimoniale, inteso come spossessamento della partecipazione, in quanto il cessionario potrebbe essere, ad esempio, una società controllata dalla medesima persona fisica cedente, risultando, in sostanza, ancora indirettamente in suo possesso.

Ed è proprio in forza di tali aspetti che emergono i possibili profili di abuso del diritto tributario in relazione alla rivalutazione delle partecipazioni societarie su cui recentemente l'Amministrazione finanziaria si sta concentrando. La prassi amministrativa, infatti, intravede nella rivalutazione delle partecipazioni con successiva cessione delle stesse ad un veicolo societario riconducibile, direttamente o indirettamente, al medesimo cedente un'operazione abusiva ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 212/2000 in grado di eludere il regime impositivo dei dividendi in quanto la *ratio* della disciplina della rivalutazione sarebbe, a suo avviso, quella di favorire la circolazione delle partecipazioni²⁰⁴.

Tale tesi è stata criticata in dottrina rilevando che, in realtà, il riferimento alla "*circolazione delle partecipazioni*"²⁰⁵ desumibile dall'esame della relazione al disegno di legge, il quale potrebbe essere il verosimile fondamento della posizione degli Uffici, si riferisce all'effetto economico della disciplina che non deve, però, essere confuso con la funzione giuridica o scopo della disposizione. In conclusione, la *ratio* della disciplina sarebbe quindi il mero incasso di gettito immediato con una logica agevolativa per il contribuente ed abdicativa per lo Stato che "*accetta di incassare immediatamente l'imposta sostitutiva, più leggera e tuttavia certa, piuttosto che attendere l'introito dell'imposta ordinaria più pesante ma collegata ad un evento futuro ed incerto*"²⁰⁶.

Pertanto, l'eventuale cessione di partecipazioni ad un soggetto terzo effettuata all'interno del procedimento di liquidazione della quota per recesso previsto dagli artt. 2437-quater e 2473 del Codice civile, anche se previamente rivalutate ai sensi della legge n. 448/2001 non potrà mai ritenersi elusiva in quanto, innanzitutto, in riferimento al requisito dell'assenza di

²⁰⁴ Per la posizione dell'Agenzia delle Entrate vedi Principio di diritto n. 20/2019.

Per una critica della tesi amministrativa si rinvia a BEGHIN M., *La cessione di partecipazioni affrancate e il leveraged cash out tra interpretazione della legge e abuso del diritto*, in Boll. trib., 2020, pag. 1551 ss;

Per approfondimenti sull'operazione leveraged cash out e le sue varianti vedi TASSANI T., *Leverage cash out e abuso del diritto*, in Dir. e Prat. Trib., 2021, 1, 81; DELLA VALLE E., *Family buy out e abuso del diritto*, in Il Fisco, 40, 2019, p. 3807 e ss.

²⁰⁵ Nella relazione al disegno di legge n. 1984, che portò in seguito alla promulgazione della legge n. 448 del 2001, si evince, alla pagina 80, con riguardo alla disposizione sull'affrancamento delle azioni o delle quote, quanto segue: "*In questo modo si introduce un efficace incentivo alla circolazione delle partecipazioni che può concorrere alla crescita del mercato finanziario*".

²⁰⁶ Così BEGHIN M., *op. cit.*, p. 1555. Per ulteriori approfondimenti sulle tematiche GIRELLI G., *Il "buco nero" della rivalutazione di partecipazioni societarie e terreni ai fini delle imposte sui redditi*, in Rass. trib., 1/2019, 184

sostanza economica della clausola antiabuso, la cessione della quota non può che ritenersi uno strumento giuridico coerente con le finalità perseguite dal soggetto, il quale intende procedere con il disinvestimento, e dunque una operazione con piena sostanza economica. Si fa notare ulteriormente che l'eventuale operazione alternativa che avrebbe dovuto compiere il contribuente non è rinvenibile alla luce delle disposizioni civilistiche che regolano il procedimento di liquidazione della quota a seguito del recesso. In altre parole, l'Amministrazione non potrebbe contestare la cessione della partecipazione rivalutata come elusiva della riduzione di patrimonio netto in quanto è lo stesso ordinamento che impone, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, che prima debba procedersi con la cessione perseguendo il fine di limitare le cause di intaccamento del capitale della società.

Posto che la discussione ai fini della valutazione dell'abusività potrebbe limitarsi alla non sussistenza di tale primo presupposto, per completezza, si osserva che anche il secondo presupposto, il carattere indebito del vantaggio conseguito, non sussiste. La cessione a terzi, infatti, è in linea con la ratio della disciplina di rivalutazione, ed anche con quella, seppur discutibile, sostenuta dall'Amministrazione, dal momento che la circolazione della partecipazione avverrebbe nei confronti di soggetti terzi.

Nell'ambito della società per azioni, però, potrebbe avvenire una diversa fattispecie anch'essa meritevole di analisi sotto il profilo dell'elusività.

L'art. 2437-quater del Codice civile dispone chiaramente che in caso di mancato collocamento presso gli altri soci o terzi entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso *“le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357”*. La fattispecie che si intende analizzare è quindi, sulla falsariga della tematica analizzata in precedenza, la valutazione in termini di abusività del vantaggio fiscale conseguito dal socio recedente che ha venduto le proprie azioni alla stessa società da cui si sciolto, previamente rivalutate ai sensi della Legge n. 448/2001, effettuando tale operazione all'interno del procedimento di liquidazione delle azioni previsto dal Codice in caso di recesso senza, però, che la società abbia proceduto con l'annullamento delle relative azioni.

A tal fine è necessario, tuttavia, fare una premessa. Il riferimento al mancato annullamento dei titoli non è trascurabile dal momento che il trattamento fiscale per il socio recedente muta in funzione di questo. Con la circ. n. 24 del 3 settembre 1992 il Ministero delle Finanze ha precisato, infatti, che *“a diverse determinazioni si perviene nel caso in cui l'acquisto delle azioni proprie sia finalizzato all'annullamento delle stesse nell'ambito di una programmata*

*operazione di riduzione del capitale o per effetto di recesso del socio. In tal caso, l'utile conseguito dal socio possessore delle azioni annullate deve essere considerato utile azionario distribuito, da determinarsi con i criteri di cui all'art. 44, 3° comma, del t.u.i.r.*²⁰⁷, ovvero sia l'attuale art. 47, comma 7, del TUIR.

Le ragioni sottostanti sono comprensibili: l'acquisto di azioni proprie, in questi casi, è propedeutico alla successiva riduzione di capitale e pertanto non vi sono ragioni per ritenere incoerente l'applicazione, a monte dell'operazione, della norma che regola le fattispecie di ricevimento delle somme di denaro in occasione di recesso, esclusione, riscatto e riduzione del capitale esuberante o di liquidazione assimilandole a dividendi.

La presente indicazione non ha poche ricadute sul piano fiscale. Modificando la natura del reddito emergente da reddito diverso di natura finanziaria a reddito di capitale si determina, così facendo, la preclusione all'utilizzo del costo rivalutato della partecipazione ai sensi della Legge n. 448/2001 da contrapporre come costo fiscalmente riconosciuto. La preclusione avviene, infatti, in forza del dato letterale della disposizione relativa alla rivalutazione la quale circoscrive l'utilizzabilità dell'affrancamento ai soli fini della determinazione delle plusvalenze ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR.

La posizione dell'Amministrazione finanziaria sul punto è intuibile: dal momento che la disposizione prevede l'utilizzo ai soli fini del calcolo dei redditi diversi di natura finanziaria nelle fattispecie che danno luogo a redditi di capitale *“non si può tener conto del costo “rideterminato” in luogo del prezzo pagato per le partecipazioni”*²⁰⁸. Il dato letterale, secondo l'Amministrazione, è ciò che prevale.

La dottrina, per contro, ha reagito criticando duramente tale preclusione. Secondo alcuni autori nella presente fattispecie è possibile individuare, infatti, una ingiustificata disparità di trattamento da parte del legislatore per il soggetto che realizzi il valore della propria partecipazione, previamente rivalutata, attraverso la liquidazione da annullamento²⁰⁹.

Com'è noto, lo schema di giudizio che ruota intorno al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione è di tipo ternario e richiede, pertanto, un *tertium comparationis*²¹⁰. Nella presente fattispecie il *tertium comparationis* assunto è il soggetto che monetizza il valore della propria partecipazione previamente rivalutata attraverso la cessione a titolo oneroso, il quale può godere, a differenza di chi riceve la liquidazione della quota nelle fattispecie di cui all'art.

²⁰⁷ Min. Finanze, circ. 3 settembre 1992, n. 24/9/035, in Fisco, 1992, 8966, e in Dir. prat. trib., 1993, I, 1860.

²⁰⁸ Circ. Agenzia delle Entrate n. 10/E del 2005.

²⁰⁹ LUPI R., *L'interposizione come legittima difesa delle imperfezioni normative*, in Dialoghi Tributari, n. 2/2009, pag. 175; STEVANATO D., *Atti di disinvestimento patrimoniale e spendita del costo fiscale delle partecipazioni affrancate*, in Dialoghi Tributari, n. 2/2009, pag. 176.

²¹⁰ BEGHIN M., *Diritto tributario*, 2018, p. 39.

47, comma 7, del TUIR, di un regime fiscale di maggior favore. È bene ricordare che in contesti come questi, e cioè dove la legge potrebbe essere affetta da alcune imperfezioni, il punto di riferimento dell'interprete deve essere la determinazione della capacità contributiva. Considerato che il trattamento fiscale delle "eccedenze" di valore di cui all'art. 47, comma 7, del TUIR e quello dei *capital gains* tassati come "redditi diversi" è attualmente identico, non vi è alcuna ragione sul piano sistematico della capacità contributiva di ritenere giustificato un trattamento deteriore delle plusvalenze realizzate nel regime ordinario rispetto a quelle oggetto di affrancamento, solamente in ragione dell'evento realizzativo (cessione del titolo o annullamento dello stesso a seguito di una operazione sul capitale della società). Ulteriormente, nelle ipotesi di cui all'art. 47 del TUIR non può essere trascurata l'evidenza che i redditi vengono determinati su base differenziale, al pari di come avviene per la determinazione dei *capital gains*, e che conseguono ad un atto di disinvestimento patrimoniale, così come lo è la vendita di partecipazioni. Pertanto, se la materia imponibile viene determinata in modo analogo per poi essere colpita da una analoga misura impositiva non dovrebbe essere difficoltoso per l'interprete comprendere che la capacità contributiva alla base è, di conseguenza, analoga. La disparità di trattamento non appare dunque giustificata considerato, infine, che in caso di recesso quanto realizzato dal socio non corrisponde realmente ai "frutti" dell'investimento azionario, anche se così rubricati all'art. 47 del TUIR, ma alla monetizzazione delle plusvalenze e degli avviamenti insiti nella partecipazione al momento dell'atto di disinvestimento.

Secondo la dottrina questa disparità di trattamento non avrebbe pertanto alcuna valenza sistematica e sarebbe, in realtà, un mero refuso riconducibile al fatto che la rivalutazione di cui alla Legge n. 448/2001 venne introdotta in un periodo in cui la disciplina fiscale tra redditi diversi di natura finanziaria e redditi di capitale non era ancora stata uniformata dal d.lgs. n. 334/2003²¹¹. Un refuso che però determina oggi, oltre ad una ingiustificata disparità di trattamento, una doppia imposizione sul valore della partecipazione. Con la scelta di optare per la rivalutazione a pagamento delle azioni, infatti, il socio recedente ha già pagato le imposte su quel valore, motivo per il quale l'Amministrazione non sarebbe legittimata a chiedere di sottoporre a tassazione la parte di valore della partecipazione affrancata in precedenza eccedente il costo fiscalmente riconosciuto originario.

L'illegittimità della richiesta deriverebbe dal divieto di doppia imposizione di cui all'art. 163 del TUIR, il quale, infatti, non opera come fattore di correzione dei presunti errori del

²¹¹ In precedenza all'uniformizzazione sancita dal d.lgs. n. 344/2003 il sistema di tassazione dei dividendi era basato sul meccanismo del credito d'imposta, mentre per i *capital gain* era previsto, per quelli riferibili a partecipazioni qualificate, la tassazione piena.

legislatore, ma come criterio interpretativo di orientamento dell'interprete, in particolare “*nei confronti di prassi accertative sempre più discutibili, laddove cioè una doppia imposizione possa essere evitata non ostando alcuna norma espressa di segno contrario*”²¹².

Tuttavia, l'evidente uniformità della disciplina impositiva dei dividendi e dei *capital gains* affiancata all'inverosimile inerzia del legislatore sul punto nonostante le molteplici occasioni in cui avrebbe potuto correggere la disparità di trattamento, si pensi a tutte le volte in cui ha riaperto i termini per la rivalutazione modificando anche le aliquote impositive, induce a presumere che, in realtà, potremmo non trovarci di fronte ad un refuso ma, bensì, ad una scelta legislativa.

Osservando attentamente, le fattispecie di recesso, esclusione, riscatto e di riduzione di capitale esuberante o di liquidazione comportano tutte l'inevitabile riduzione di patrimonio netto della società a favore dei soci. Riduzione che potrebbe incorporare anche una distribuzione di riserve utili qualora presenti in bilancio.

Considerando tale aspetto, emerge una possibile diversa lettura delle finalità perseguite dal legislatore con la Legge n. 448/2001, e cioè quella di consentire l'utilizzo del costo rivalutato solamente nei casi in cui il pagamento del corrispettivo di cessione non comporti alcuna riduzione del patrimonio netto della società.

In queste operazioni, come potrebbe essere ad esempio una qualsiasi cessione a titolo oneroso di partecipazioni ad un soggetto terzo, la società continua a mantenere nel proprio patrimonio netto le riserve di utili la cui successiva distribuzione ai nuovi soci sarà assoggettata al regime impositivo ordinario dei dividendi.

Nei casi invece in cui la riduzione di patrimonio netto è strutturale, come ad esempio in occasione della liquidazione della quota per recesso tipico, le riserve di utili vengono ridotte uscendo definitivamente dal campo di applicazione del regime dei dividendi.

Pertanto, precludendo l'utilizzo del costo rivalutato ai casi in cui la riduzione di patrimonio netto fosse necessaria, il legislatore avrebbe determinato l'impossibilità di trasformare le riserve di utili in *capital gain*.

In forza di tali considerazioni appare quindi legittimo l'utilizzo del costo rivalutato della partecipazione ai sensi dell'art. 5 della Legge n. 448/2001 in una fattispecie di acquisto di azioni proprie, senza successivo annullamento, effettuato a seguito dell'esercizio del recesso

²¹² In tal senso, STEVANATO D., *Servizi “Intercompany”, divieto di doppia imposizione e simmetria dei flussi reddituali*, in *Dialoghi trib.*, 2011, 65 ss

ai sensi dell'art. 2437-quater del Codice civile in quanto essa realizzerebbe un reddito diverso di natura finanziaria di cui all'art. 67 del TUIR²¹³.

Sostenendo tale tesi ci si discosta, ma solo “apparentemente”, dalla posizione presa dall'Amministrazione finanziaria sul punto.

Nella Circ. n. 52/E del 2004 l'Agenzia delle Entrate, infatti, ha precisato che “*occorre tener presente che il citato articolo 47, comma 7, del TUIR fa riferimento al recesso tipico che comporta l'annullamento delle azioni o quote, compreso il caso in cui il rimborso venga effettuato previo acquisto delle azioni o quote da parte della società utilizzando gli utili e le riserve disponibili anche in deroga ai limiti previsti dall'articolo 2357, terzo comma, del codice civile, per l'acquisto di azioni proprie*”²¹⁴.

Lo scostamento “apparente” deriva dal fatto che anch'essa ritiene che per l'applicabilità dell'art. 47, comma 7, del TUIR sia necessario che avvenga il successivo annullamento delle azioni acquistate da parte della società, presupponendo indirettamente, dunque, che la qualificazione del recesso come tipico passi attraverso l'annullamento delle azioni del recedente²¹⁵.

La questione non è comunque estranea alla giurisprudenza di merito. È possibile infatti rilevare una pronuncia della Commissione Tributaria Provinciale di Napoli la quale ha confermato che in caso di recesso del socio con cessione delle azioni alla società, senza che questa abbia proceduto con l'annullamento, la natura del reddito emergente è un reddito diverso di natura finanziaria e non di capitale, precisando, inoltre, che, in generale, per aversi recesso tipico in occasione dell'acquisto di azioni proprie in esecuzione del procedimento di cui all'art. 2437-quater, l'annullamento delle azioni deve configurarsi come “*atto di una sequenza procedimentale unica, avente quale scopo la riduzione del capitale sociale*”²¹⁶.

²¹³ Sotto il profilo contabile dell'operazione l'OIC 28 (par. 37) stabilisce che, a partire dal 1° gennaio 2016, le azioni proprie devono essere iscritte in bilancio al loro costo d'acquisto, tramite l'iscrizione di una “Riserva negativa azioni proprie in portafoglio” che, ai sensi dell'art 2424 c.c., è ricompresa nella voce AX del patrimonio netto. Tale riserva è indisponibile, come sottolinea il Consiglio Notarile di Milano, con la Massima n. 145 del 17 maggio 2016 “*in presenza della riserva negativa per azioni proprie in portafoglio di cui agli artt. 2357-ter, comma 3, e 2424-bis, comma 7, c.c. (“Riserva Negativa Azioni Proprie”), gli utili distribuibili e le riserve disponibili utilizzati al momento dell'acquisto delle azioni proprie – [...] – rimangono iscritti in bilancio nel loro originario ammontare [...]. Tali riserve utilizzate [...] non sono in realtà disponibili, per la parte corrispondente all'ammontare della Riserva Negativa Azioni Proprie [...]*”.

²¹⁴ Così la circ. 10 dicembre 2004, n. 52/E, par. 2.2.1

²¹⁵ In tal senso anche lo Studio n. 74-2011/T del Consiglio Nazionale del Notariato, *Profili fiscali del recesso dalla società e dell'assegnazione di beni ai soci*.

²¹⁶ Riportiamo in seguito i passaggi della sentenza in merito al punto:

“*Una volta ritenuto che la qualificazione del recesso come “tipico” passi attraverso l'annullamento delle azioni del socio recedente, occorre stabilire se, ai fini della qualificazione tributaria, l'annullamento debba essere o meno contestuale rispetto al recesso. Come si è in precedenza evidenziato, anche su questo aspetto le parti hanno manifestato opinioni contrapposte. Ritiene il collegio che la soluzione della questione sia rinvenibile nei principi generali che regolano il possesso di azioni proprie da parte della società di capitali. Come si è accennato in precedenza, la riforma del diritto societario si è orientata nel senso di limitare i casi di riduzione*

Appurato, dunque, che nella fattispecie oggetto di analisi il recedente consegue redditi diversi ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR, al pari di una cessione ad un qualsiasi soggetto terzo, è possibile ora ragionare circa il profilo abusivo che potrebbe assumere la fattispecie di cui sopra qualora il socio recedente persona fisica non imprenditore avesse in precedenza rivalutato le proprie azioni. L'intento muove dalle notizie della recente prassi amministrativa, la quale ritiene che nella generale operazione di acquisto di azioni proprie disciplinata dall'art. 2357 del Codice civile, se previamente rivalutate dal socio cedente, ricorrano i presupposti della clausola generale antiabuso in quanto consisterebbe in un'operazione in grado di determinare il raggio del regime impositivo dei dividendi o del recesso tipico²¹⁷.

L'oggetto d'analisi in questa sede è tuttavia diverso: l'operazione di acquisto di azioni proprie non avviene sulla base di un accordo tra socio e società, ma a seguito dell'esercizio del diritto di recesso del socio azionista ai sensi dell'art. 2437 del Codice civile.

Ai fini della valutazione in termini di abusività di un'operazione ricordiamo che l'unica via a disposizione degli Uffici per rendere inopponibili gli effetti tributari della stessa e procedere con l'imposizione dell'operazione evitata è quella di dimostrare la presenza dei presupposti costitutivi dell'abuso di cui all'art. 10-bis della Legge n. 212/2000, ossia l'assenza di "sostanza economica" ed il carattere "indebito" del vantaggio conseguito.

La sostanza economica dell'operazione, come noto, si riferisce all'adeguatezza sotto il profilo oggettivo della strumentazione giuridica utilizzata rispetto al fine perseguito. Nella presente fattispecie si ritiene che la cessione delle azioni, anche se rivalutate, in esecuzione del

del capitale sociale. Di conseguenza, è vista con maggiore favore la possibilità per la società di acquistare azioni proprie in caso di recesso di uno dei soci, potendo tale operazione essere effettuata anche oltre i limiti di cui all'art. 2357 cod. civ. Ancora in linea generale, se è vero - come dedotto dall'Amministrazione - che la norma non prevede un termine per l'annullamento delle azioni del socio recedente, è altresì certo che il meccanismo dell'annullamento deve essere specificamente correlato all'impossibilità, per la società di sostenere l'onere dell'acquisto. Diversamente opinando, ovvero laddove si ritenga inesistente un limite temporale alla scelta da parte dell'assemblea, il socio recedente sarebbe esposto ad un'incertezza fiscale per un tempo non preventivamente determinabile; e, in ogni caso, il regime fiscale di un'alienazione sarebbe rimesso alla mera determinazione della società senza vincolo giuridico o temporale di alcun tipo. Peraltro, tutte le indicazioni fornite dalle circolari dell'Agenzia delle Entrate ai fini della regolamentazione dell'aspetto fiscale parlano di annullamento delle azioni come atto correlato in via diretta con il recesso. In assenza di altre indicazioni, deve ritenersi che, per aversi recesso tipico, l'annullamento delle azioni che faccia seguito all'acquisto da parte della società debba configurarsi come atto di una sequenza procedimentale unica, avente quale scopo la riduzione del capitale sociale. Peraltro, se è vero che nel caso di recesso del socio l'acquisto di azioni proprie è necessitato secondo il richiamato meccanismo di cui all'art. 2437 quater cod. civ., di talché non è necessaria l'autorizzazione di cui all'art. 2357 comma 2 cod. civ., è pur vero che, successivamente all'acquisto, l'assemblea - nell'esercizio dei propri poteri tipici - può effettuare le scelte che ritiene più opportune, decidendo di mantenere la disponibilità di azioni proprie, venderle o annullarle riducendo il capitale sociale. E, mentre l'annullamento quale conseguenza immediata del recesso appare configurabile come atto necessitato, le altre opzioni sono liberamente valutabili dall'assemblea, senza neppure il vincolo di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 2357 cod. civ."

Vedi Comm. trib. prov. di Napoli, Sez. XI, 13 marzo 2014, n. 6551. Disponibile in banca dati Leggi d'Italia.

²¹⁷ Vedi da ultimo risoluzione Agenzia delle Entrate n. 89/2021.

procedimento di liquidazione delle azioni per recesso sia un'operazione con assoluta sostanza economica dal momento che, anche in questo caso, il contribuente sta eseguendo ciò che il legislatore ha imposto attraverso l'art. 2437-quater del Codice civile nella prospettiva di tutelare l'integrità del capitale sociale. Pertanto, l'operazione non può essere ritenuta non “coerente con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme”.

Una possibile critica potrebbe essere il fatto che la società acquirente non abbia proceduto con l'annullamento delle azioni, ma la risposta sembra agevole. Innanzitutto, la società non ha nessuno obbligo a farlo sulla base delle disposizioni civilistiche di riferimento, ed, ulteriormente, potrebbe non averlo fatto in quanto potrebbe essere in attesa di trovare un socio gradito ai soci non receduti a cui cedere le azioni acquistate, facendolo così entrare a far parte della compagine sociale. Tale secondo aspetto si ritiene qualificabile come “valide ragioni extrafiscali, non marginali”, le quali sarebbero, come evidente in tale sede, rivelatrici di una sostanza economica ritenuta apparentemente assente da parte degli Uffici.

L'eventuale contestazione amministrativa alla società di non aver proceduto all'annullamento delle azioni acquistate determinerebbe, oltretutto, una violazione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione.

Con riferimento al carattere indebito del vantaggio conseguito, ossia se il contribuente ha violato o meno la *ratio* delle disposizioni fiscali di cui si è servito per il conseguimento del risparmio d'imposta, è necessario, alla luce dell'ambiguità sul punto, valutare la fattispecie in funzione della posizione assunta in merito.

Accogliendo la tesi secondo cui la *ratio* della disposizione della rivalutazione delle partecipazioni da parte di persone fisiche non imprenditori di cui all'art. 5 della Legge n. 448/2001 sarebbe quella del mero incasso di gettito erariale ovvero del “prestito d'imposta” tra contribuente e Stato, come evidente, non risulterebbe alcuna violazione una volta che il procedimento di rivalutazione è stato concluso con il corretto pagamento dell'imposta.

Accogliendo invece la contrapposta tesi sostenuta dall'Amministrazione secondo la quale la *ratio* della disciplina sarebbe rinvenibile nel favorire la circolazione delle partecipazioni tra soggetti terzi indipendenti il vantaggio fiscale potrebbe, tuttavia, essere ritenuto indebito. Attraverso la cessione delle azioni alla società da cui si recede, infatti, la circolazione non avverrebbe con un soggetto terzo, ma, questa, potrebbe benissimo realizzarsi in un momento successivo.

Pertanto, alla luce di quanto esposto e nonostante le incertezze interpretative in merito alla *ratio* della disciplina agevolativa, è possibile concludere che l'eventuale cessione di azioni previamente rivalutate alla società da cui si recede, senza che questa le abbia successivamente

annullate, non potrà mai configurare una fattispecie di abuso del diritto ai sensi dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente rispetto ad un'operazione di distribuzione di dividendi o di recesso tipico in considerazione del fatto che l'operazione realizzata segue il dettato normativo di cui all'art. 2437-quater, comma 5, del Codice civile assegnando alla stessa, indiscutibilmente, sostanza economica.

In giurisprudenza la questione nei presenti specifici termini sembra non essere stata ancora affrontata, considerata la peculiarità della fattispecie. In ogni caso, è possibile comunque prendere atto che il carattere elusivo della “più generale” operazione di parziale cessione di azioni previamente rivalutate da parte del socio di controllo alla società partecipata rispetto alla distribuzione di dividendi, in assenza dunque di recesso esercitato, è già stato oggetto di prima pronuncia da parte della Commissione Tributaria Regionale del Veneto.

I Giudici in tale occasione si sono pronunciati in favore del contribuente ritenendo che il risparmio d'imposta conseguito dal cedente non è né illecito né indebito “*in quanto esso deriva non dall'aggiramento o dalla fittizia applicazione di disposizioni normative, ma da operazioni che il legislatore fiscale pone su un piano di pari dignità*”²¹⁸.

La decisione si fonda pertanto nell'assenza del carattere indebito, differentemente dalla soluzione da noi proposta basata sulla presenza di sostanza economica, avendola ritenuta, a nostro avviso, essere una via di difesa più agevole in forza della presenza di un procedimento normato da seguire.

²¹⁸ Così Comm. trib. regionale del Veneto, Sez. V, 4 gennaio 2021, n. 30

3.2 La prospettiva della società da cui il socio recede

A differenza delle casistiche precedentemente analizzate si prosegue ora con la discussione in termini di abusività di ulteriori fattispecie in cui l'esercizio del recesso è in grado di determinare una minore imposizione del reddito realizzato non più in capo al recedente ma bensì alla società da cui si recede. Tuttavia è doverosa una precisazione: le operazioni in seguito esposte tendono tutte al conseguimento della deduzione dal reddito della "differenza da recesso", ritenuta espressamente ammissibile dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 64/E del 2008 solamente in caso di recesso del socio da società di persone.

Ciò premesso, dal momento che le società di persone sono soggetti trasparenti di cui all'art. 5 del TUIR, i risparmi d'imposta oggetto di valutazione sono, di conseguenza, imputabili ai soci non receduti.

3.2.1 La trasformazione omogenea regressiva e successivo recesso

La prima fattispecie che si intende esaminare è una operazione composta dalla realizzazione di una trasformazione societaria da società di capitali a società di persone a seguito della quale uno dei soci esercita il proprio diritto di recesso ai sensi dell'art. 2285 del Codice civile adducendo il ricorso di una giusta causa.

Al fine di fornire un'immagine più verosimile della fattispecie presentata si potrebbe ipotizzare in tale sede, ad esempio, che essa riguardi una trasformazione di una società a responsabilità limitata di dimensioni ridotte e partecipata da un ristretto numero di soci, anche legati da rapporti di parentela, in una società in nome collettivo. Le motivazioni sottostanti a tale scelta potrebbero essere, sempre su base ipotetica, quelle di modificare il progetto imprenditoriale optando, inoltre, per un modello societario meno formale e meno oneroso.

Prima di discutere degli eventuali profili elusivi di una tale operazione appare certamente opportuno richiamare l'attenzione sulla disciplina civilistica e fiscale della trasformazione societaria.

La trasformazione è l'operazione di diritto societario disciplinata agli artt. 2498 e ss. del Codice civile per mezzo della quale un ente modifica la sua natura giuridica conservando i propri diritti ed obblighi, proseguendo, inoltre, in tutti i rapporti, anche processuali, dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

Nell'assetto originario del Codice civile del 1942 tale operazione veniva tradizionalmente definita come la modifica dell'atto costitutivo avente oggetto il cambiamento del tipo di società. Invero, una delle caratteristiche peculiari di tale mutamento era ed è il suo realizzarsi prescindendo dall'estinzione della società e dalla successiva costituzione nel nuovo tipo. La

società, infatti, è la medesima, ma con una veste giuridica differente. Pertanto, l'operazione presenta evidenti vantaggi economici e fiscali in quanto essa permette il risparmio del sostenimento delle spese alternativamete dovute per il compimento del duplice passaggio nella liquidazione dell'ente originario e della costituzione di uno nuovo tra i medesimi soggetti.

Con la riforma del diritto societario del 2003 il legislatore ha affiancato alle tradizionali operazioni concernenti il cambiamento del tipo di società ulteriori fattispecie di trasformazione, c.d. "eterogenee", caratterizzate dal mutamento della forma giuridica dell'impresa²¹⁹.

Le fattispecie di trasformazione disciplinate dal Codice civile possono quindi essere distinte in omogenee ed eterogenee, nonché, all'interno di ciascuna categoria, in semplici, progressive e regressive.

In linea generale, la trasformazione è omogenea quando essa provoca il passaggio da una forma giuridica di una società lucrativa ad altra forma anch'essa di società lucrativa. Al suo interno, come anticipato, è possibile distinguere la trasformazione omogenea progressiva quando l'ente si trasforma da società di persone a società di capitali, dalla trasformazione omogenea regressiva quando, viceversa, l'ente trasformato muta da società di capitali a società di persone. Si ha, invece, una trasformazione omogenea semplice quando il cambiamento del modello societario avviene all'interno del medesimo ambito di società, che sia essa di capitali o di persone.

Per contro, la trasformazione è eterogenea quando determina il passaggio da un ente con scopo di lucro ad un altro con uno diverso. In particolare, si ha una trasformazione eterogenea regressiva nell'ipotesi di trasformazione da società lucrativa verso un ente con scopo diverso, mentre si ha una trasformazione eterogenea progressiva quando avviene l'inverso.

L'operazione presentata in apertura è dunque inquadrabile come una trasformazione omogenea regressiva la cui specifica disciplina civilistica è contenuta all'art. 2500-sexies del Codice civile.

Dal punto di vista fiscale, invece, la trasformazione è una operazione connotata, in generale, dalle seguenti caratteristiche:

²¹⁹ L'inserimento di molteplici fattispecie differenti fra loro ha determinato l'impossibilità di enucleare una definizione unica dell'operazione. Il legislatore ha pertanto ritenute di qualificare giuridicamente la trasformazione in virtù dell'effetto di continuità dei rapporti giuridici che tale operazione di mutamento dell'assetto organizzativo dell'impresa sempre assicura. In tal senso SANTAGATA, *Le trasformazioni*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, 2014, p. 734

- È una operazione neutrale ai fini delle imposte sul reddito, salvo le ipotesi di trasformazioni “fiscamente eterogenee”²²⁰;
- È una operazione esclusa dal campo di applicazione dell’I.V.A.;
- È una operazione soggetta ad imposta di registro in misura fissa.

Nel dettaglio, la specifica disciplina fiscale dell’operazione di trasformazione omogenea regressiva rappresentata è contemplata dall’art. 170 del TUIR.

Nonostante il carattere neutrale dell’operazione, discendente dal primo comma del citato articolo secondo il quale *“La trasformazione della società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento”*, la trasformazione da società di capitali a società di persone richiede, ai sensi del secondo comma, di frazionare in due il periodo di imposta in cui ha luogo la trasformazione dichiarando separatamente i relativi redditi del periodo.

I redditi realizzati fino al momento della trasformazione verranno assoggettati ad imposta in capo alla società di capitali ante trasformazione, mentre quelli realizzati successivamente verranno tassati per trasparenza in capo ai soci della società di persone post trasformazione.

Relativamente, invece, alle riserve di utili accantonati dalla società ante trasformazione il quarto comma dell’art. 170 del TUIR prevede che esse siano imputate ai soci, ai sensi dell’art. 5 del TUIR, alternativamente:

“a) nel periodo di imposta in cui vengono distribuite o utilizzate per scopi diversi dalla copertura di perdite d’esercizio, se dopo la trasformazione siano iscritte in bilancio con indicazione della loro origine;

b) nel periodo di imposta successivo alla trasformazione, se non siano iscritte in bilancio o vi siano iscritte senza la detta indicazione”.

Ai sensi del quinto comma, infine, la suddetta imputazione di riserve utili in capo ai soci ha luogo secondo le modalità previste per la tassazione dei dividendi distribuiti dai soggetti IRES, ovvero, come previsto attualmente, assoggettandoli ad imposta sostitutiva del 26%.

Chiariti dunque gli effetti fiscali dell’operazione di trasformazione presentata si ipotizzi, come già anticipato, che a seguito del regolare compimento dell’operazione uno dei soci eserciti il diritto di recesso invocando una giusta causa.

²²⁰ Il criterio tracciato dal Codice civile ai fini della distinzione fra trasformazioni omogenee ed eterogenee non opera anche in ambito fiscale. In tale sede le trasformazioni eterogenee sono quelle per cui è prevista l’applicazione dell’art. 171 del TUIR anziché dell’art. 170, le quali sono sostanzialmente quelle riconducibili alle operazioni in cui avviene il passaggio da una forma giuridica per la quale opera ai fini fiscali la presunzione di commercialità (società commerciali di persone, società di capitali lucrative, mutualistiche e consortili) ad una forma giuridica per la quale detta operazione non opera.

Come già descritto in altre parti della presente trattazione, con l'esercizio del recesso il socio ha diritto ad ottenere una somma di denaro che rappresenti il valore della quota ai sensi dell'art. 2289 del Codice civile. La valutazione secondo il valore di mercato potrebbe determinare verosimilmente il pagamento di una somma eccedente la corrispettiva parte di patrimonio netto contabile riferibile al socio. Dal punto di vista contabile la presente differenza tra valore economico e valore contabile della quota, c.d. "differenza da recesso", transita a conto economico come costo in occasione della liquidazione della stessa al socio.

Dal punto di vista fiscale, con riferimento alla deducibilità o meno di questo costo l'Agenzia delle Entrate si è espressa ritenendola una componente deducibile dal reddito della società di persone in quanto se previsto diversamente si verificherebbe una doppia imposizione su tale somma in occasione dell'imputazione del reddito ai soci.

Ciò premesso, si propone di discutere la possibile connotazione di abusività dell'operazione descritta, ovverosia la trasformazione della società di capitali in società di persone ed il successivo esercizio del recesso, rispetto all'esercizio del recesso dalla società di capitali originaria.

La contestazione amministrativa ipotizzata è, appunto, quella di considerare inopponibile la deduzione dal reddito della "differenza da recesso" in quanto, qualora il recesso venisse esercitato, come ipotizzato, in un momento strettamente ravvicinato e successivo all'efficacia della trasformazione, la complessiva operazione potrebbe apparire agli occhi dei funzionari come unica ed univoca e che l'iniziale trasformazione sia in realtà meramente strumentale a creare i presupposti per beneficiare della deduzione effettuata in occasione della fuoriuscita del socio già in qualche modo "premeditata", la quale non sarebbe stata conseguibile in caso di mantenimento della veste giuridica originaria. In altre parole, l'Amministrazione potrebbe considerare la trasformazione della società deliberata come strumentale al perseguimento del presunto fine di conseguire un vantaggio fiscale in occasione della fuoriuscita del socio.

Ai fini della valutazione del carattere abusivo o meno della presente fattispecie è necessario, come più volte ricordata, accertare la presenza o meno dei suoi presupposti costitutivi, ovverosia l'assenza di sostanza economica nell'operazione realizzata ed il carattere indebito del vantaggio conseguito.

In ordine alla sostanza economica dell'operazione nella presente fattispecie non emergono elementi tali da ritenere una loro assenza. Invero, le due operazioni, seppur poste in essere in un arco temporale ravvicinato non possono ritenersi espressione di una operazione unitaria. La trasformazione, infatti, è un'operazione straordinaria che viene deliberata dai soci per specifiche motivazioni di carattere economico nonchè sul presupposto della continuità dei

rapporti tra la compagine sociale. In occasione della delibera di cui all'art. 2500-sexies del Codice civile, disposizione disciplinante la trasformazione di società di capitali in società di capitali, il legislatore ha previsto uno specifico regime di tutela informativa circa le motivazioni alla base dell'operazione su cui i soci dovranno esprimersi prevedendo, inoltre, il diritto di recesso per i soci che non hanno acconsentiranno a tale decisione attraverso gli artt. 2437 e 2473 del Codice civile.

Pertanto, qualora anche il socio fosse dissenziente rispetto all'operazione di trasformazione in programma, il mancato esercizio del recesso in occasione della decisione finale sarebbe espressione di un consenso implicito al subire il mutamento della veste giuridica dell'ente di cui è socio e, di conseguenza, di proseguire la permanenza nella compagine sociale.

Esaminando ora la "seconda fase" dell'operazione oggetto di discussione, ossia l'esercizio del diritto di recesso nelle società di persone, si rileva, per contro, che esso è l'esercizio di un diritto insopprimibile posto a tutela del socio ed esercitabile, almeno nelle società costituite a tempo determinato, solamente in presenza di giusta causa, ovverosia al verificarsi di fatti lesivi i rapporti di fiducia reciproca fra i soci e tali da rendere non più perseguibili i rapporti sociali. Ulteriormente, non è trascurabile il fatto che il diritto del recedente a ricevere una somma di denaro che rappresenti il valore della quota confligge con l'interesse della società a mantenere e destinare le risorse economiche per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Per tali motivi si ritiene, dunque, che l'operazione di trasformazione ed il successivo recesso del socio quando l'ente ha già assunto la nuova natura giuridica non possono ritenersi compatibili all'interno di una operazione unitaria ma sono, invece, due operazioni singole ed indipendenti caratterizzate, eventualmente, da una semplice vicinanza temporale.

Chiarita dunque l'assenza di un collegamento tra le due operazioni la valutazione circa la presenza di sostanza economica è più che agevole. L'operazione di trasformazione è certamente dotata di sostanza economica in quanto essa è l'operazione specifica da porre in essere al fine di compiere le riorganizzazioni degli enti economici attraverso il cambiamento della forma giuridica e considerato, inoltre, che essa è incentivata dall'ordinamento attraverso il carattere fiscalmente neutrale.

Per quanto riguarda l'esercizio del diritto di recesso, si fa presente che esso è l'esercizio di una prerogativa prevista dall'ordinamento a tutela del socio, la quale, se esercitata nei casi previsti dalla legge, non può che ritenersi dotata di sostanza economica in quanto certamente coerente con il proprio fondamento giuridico.

Una diversa linea difensiva del contribuente di fronte ad una contestazione così come presentata potrebbe essere anche quella, molto più semplicemente, che il recesso esercitato in

assenza della trasformazione regressiva non potrebbe essere stato esercitato in quanto la causa legittimante il recesso si è verificata solamente in un momento successivo all'efficace realizzazione dell'operazione straordinaria. Dal momento, dunque, che il recesso è un diritto esercitabile solamente nei casi previsti dalla legge e dallo statuto l'operazione elusa sarebbe stata giuridicamente impraticabile. Così facendo la sostanza economica dell'operazione complessivamente realizzata emergerebbe di conseguenza.

Appurato tale aspetto si propone ora, per completezza, di indagare anche l'eventuale carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito.

Innanzitutto, è bene ricordare che quest'ultimo consiste nella deduzione dal reddito prodotto dalla società di persone della c.d. "differenza da recesso" contabilizzata come costo.

L'indagine circa il suo carattere indebito richiede tuttavia di ipotizzare che, a parere dell'Amministrazione finanziaria, tra la trasformazione deliberata dai soci capitalistici ed il successivo recesso sia presente un collegamento negoziale finalizzato a far conseguire il citato vantaggio fiscale.

Ciò premesso, ci si domanda quindi se la deduzione dal reddito conseguita sia indebita o meno e la risposta non sembra difficile. Osservando attentamente, infatti, la deduzione dal reddito del costo emerso a seguito del pagamento della quota del recedente non può ritenersi indebita in quanto è la diretta conseguenza del diverso regime fiscale a cui è soggetta la società.

A seguito della trasformazione, infatti, la società da cui il socio recede non è più un soggetto passivo IRES ai sensi dell'art. 73 del TUIR, ma bensì un soggetto trasparente IRPEF ai sensi dell'art. 5. In virtù del diverso regime fiscale è, infatti, la stessa Agenzia delle Entrate che con la risoluzione n. 64/E del 2008 si esprime nel senso di considerare tale componente negativa come deducibile onde evitare una fattispecie di doppia imposizione.

Si ritiene che la stessa Amministrazione possa pervenire ad un'analoga conclusione alla luce un suo recente intervento. Nella risoluzione n. 503/2019 gli Uffici hanno risposto ad un interpello nel quale veniva chiesto di esprimersi con una valutazione antiabuso di una cessione di immobile plusvalente a seguito di trasformazione societaria progressiva.

La fattispecie rappresentata dal contribuente riguardava, appunto, una cessione di un immobile avvenuta a seguito di una trasformazione della società proprietaria del bene da società in nome collettivo a società a responsabilità limitata con il principale e dichiarato fine di cedere l'immobile nell'ambito del regime fiscale IRES, usufruendo dell'aliquota impositiva del 24% anziché delle aliquote progressive in capo ai soci in conseguenza dell'applicazione del principio di trasparenza.

In tale sede l'Amministrazione ha risposto valutando assente il carattere indebito del vantaggio in quanto non verrebbe violata alcuna *ratio legis*. L'Amministrazione stessa motiva la sua posizione così scrivendo:

“È la scelta del regime impositivo (trasparente o opaco) che comporta, nello specifico caso in esame, un risparmio di aliquota di imposta, scelta che non appare sindacabile in ottica anti-abuso risultando posta dall'ordinamento tributario su un piano di pari dignità”.

Ai fini dell'indagine circa il carattere indebito della deduzione della “differenza da recesso” successivamente alla trasformazione regressiva si ritiene che la fattispecie di cui all'interpello menzionato presenta alcuni elementi comuni:

- In entrambe le fattispecie la trasformazione viene considerata come finalizzata al conseguimento del vantaggio fiscale. In particolare, nella fattispecie presentata nell'interpello il fine di riduzione d'imposta viene dichiarato dallo stesso contribuente; nella fattispecie da noi discussa, invece, tale fine potrebbe essere presunto dai funzionari;
- In entrambe le fattispecie il vantaggio fiscale discende direttamente dal cambiamento del regime fiscale. In particolare, dalla tassazione per trasparenza al regime fiscale opaco nell'interpello, viceversa nella fattispecie in cui successivamente è stato esercitato il recesso.

Alla luce di tali considerazioni è possibile dunque concludere che anche qualora la trasformazione omogenea regressiva ed il successivo recesso del socio dalla società di persone post trasformazione venisse considerata un insieme di operazioni in cui vi è assenza di sostanza economica l'abusività della complessiva operazione rispetto all'esercizio del recesso del socio dalla società di capitali è da considerarsi escludibile in considerazione dell'assenza del carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito.

Dall'analisi della risoluzione n. 503/2019 emerge però un ulteriore punto di riflessione parimenti applicabile alla fattispecie qui discussa.

Successivamente alle motivazioni addotte in merito alla legittimità del vantaggio fiscale conseguito, l'Amministrazione prosegue puntualizzando con:

“È appena il caso di precisare che qualora, a seguito della trasformazione da società di persone a società di capitali, fosse deliberata la ri-trasformazione da società di capitali a società di persone risulterebbe integrato il requisito dell'indebito risparmio d'imposta, risultando la momentanea trasformazione in società di capitali meramente strumentale al conseguimento dello stesso”.

La presente *ratio decidendi* applicata alla fattispecie discussa in questa sede induce a pensare, nello scenario qui ipotizzato, che qualora venisse deliberata una nuova trasformazione da società di persone a società di capitali da parte dei soci non receduti l'Amministrazione finanziaria potrebbe ritenere integrato il presupposto del vantaggio indebito.

Tale ragionamento non appare però condivisibile poiché l'eventuale operazione di ri-trasformazione non influirebbe sul carattere indebito o meno del vantaggio conseguito, ma bensì sulla sostanza economica.

Se si osserva attentamente, infatti, le due operazioni di trasformazione, l'una opposta all'altra, sono un emblematico esempio concreto dei sintomi dell'assenza di sostanza economica proposti dalla raccomandazione UE 2012/772, la quale, al punto 4.4, prevede che *“la costruzione o la serie di costruzioni comprende elementi che hanno l'effetto di compensarsi o annullarsi reciprocamente”*.

Il carattere indebito, infatti, è da individuarsi piuttosto nella violazione della *ratio* delle norme fiscali di cui il contribuente si è avvalso per conseguire il vantaggio fiscale.

Nella fattispecie presentata di trasformazione regressiva e successivo recesso del socio, anche qualora venisse successivamente deliberata da parte dei soci rimanenti la ri-trasformazione dell'ente in società di capitali, l'abuso del diritto non è configurabile per i medesimi motivi esposti in precedenza.

Invero, anche qualora l'esercizio del recesso del socio dovesse ritenersi parte integrante della complessiva operazione assente di sostanza economica, il carattere indebito del vantaggio non è individuabile dal momento che la deduzione della “differenza da recesso” avverrebbe per effetto del diverso regime fiscale temporaneamente adottato. Non appare infatti condivisibile considerare illegittima una delle dirette conseguenze determinate dal regime fiscale scelto e provocate da un evento straordinario quale la liquidazione della quota del socio uscente.

3.2.2 *Il recesso ad nutum da società di persone e successiva entrata del nuovo socio*

Si procede ora ad esaminare in termini di abusività una diversa fattispecie, in cui, anche all'interno di questa, l'esercizio del recesso da parte di un socio permette il conseguimento di un vantaggio fiscale per la società, o meglio per i soci rimasti, costituito dalla deduzione dal reddito della "differenza da recesso".

La fattispecie che si propone come oggetto di valutazione consiste nell'eventuale esercizio del diritto di recesso *ad nutum* da parte di un socio di una società in nome collettivo, avente un termine oltre le prospettive di vita di questo, a seguito del quale avvenga l'entrata in società di un nuovo socio a fronte di un conferimento del pari importo di quanto liquidato dalla società al receduto.

La contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria che potrebbe prospettarsi consiste nel ritenere tale complessiva operazione come elusiva della diretta cessione della quota al socio a lui subentrato successivamente.

Il vantaggio fiscale contestato e considerato come inopponibile sarebbe, anche in tale sede, la deduzione dal reddito della società della "differenza da recesso" emersa in occasione della liquidazione della quota a fronte di un valore eccedente la corrispettiva quota parte di patrimonio netto contabile del socio receduto.

La valutazione circa l'abusività dell'operazione richiede, come ormai noto, la valutazione della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 10-bis della legge n. 212/2000, ossia l'assenza di sostanza economica e del carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito.

In relazione alla presenza di sostanza economica è necessario valutare se l'esercizio del recesso ai sensi dell'art. 2285 del Codice civile, in particolare esercitandolo senza addurre alcuna motivazione così come concesso dal legislatore per il socio di una società costituita a tempo indeterminato o per tutta la vita del soggetto, è da ritenersi uno strumento idoneo a realizzare la fuoriuscita del socio ed all'entrata di uno nuovo al pari della cessione della quota partecipativa.

Considerato che la disciplina del recesso nelle società di persone permette il recesso *ad nutum* in virtù del principio secondo il quale sono vietati i vincoli perpetui e sul verosimile presupposto che tale via di dismissione avvenga solamente come *extrema ratio* a fronte dell'incapacità di collocare presso un soggetto diverso la propria quota partecipativa appare condivisibile ritenere che l'esercizio del recesso si ponga in una posizione subordinata rispetto alla cessione diretta della quota.

L'attuazione della dismissione della quota attraverso l'esercizio del recesso *ad nutum* da parte di un socio e la successiva nuova entrata di un nuovo soggetto con un conferimento del pari importo risulterebbe, infatti, una modalità molto più lenta e farraginosa.

Invero, il recesso *ad nutum* del socio richiederebbe, ai sensi dell'art. 2285 del Codice civile, la comunicazione della volontà di recedere con un preavviso di almeno tre mesi, venendo poi assoggettato ad un termine per il ricevimento del pagamento della quota di sei mesi dalla data in cui si verifica lo scioglimento del rapporto sociale.

In caso di cessione diretta, invece, il socio disporrebbe della possibilità di contrattare liberamente i termini di incasso del corrispettivo pattuito per il trasferimento della quota dovendo però ricevere, salvo disposto diversamente dal contratto sociale, il consenso unanime degli altri soci in relazione alla cessione che intende effettuare in quanto essa consiste in una modifica del contratto ai sensi dell'art. 2252 del Codice.

Nonostante tale ultimo aspetto, apparentemente più vincolante per il socio che intende uscire, è bene ricordare che il consenso unanime viene parimenti richiesto in occasione di una qualsiasi entrata di un nuovo socio nella compagine, e dunque, anche in occasione della qui ipotizzata entrata del nuovo socio successiva alla liquidazione della quota per recesso.

Per tali motivi la cessione a titolo oneroso della quota appare l'operazione più coerente e logica rispetto al fine perseguito dal socio recedente e dalla società stessa.

Per quanto riguarda la prospettiva della società, infatti, la liquidazione della quota ed il successivo reintegro delle somme pagate determina una situazione di indifferenza dal punto di vista finanziario tra l'operazione prospettata e l'alternativa cessione della quota da parte del socio che intende uscire.

Da tali considerazioni ne consegue un giudizio di assenza di sostanza economica nella presente operazione in quanto si intravede in essa *“la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato”*.

In relazione al carattere indebito del vantaggio conseguito, al fine di indagarne la sussistenza o meno, è necessario ragionare sulla *ratio* della deduzione della “differenza da recesso”.

Innanzitutto, l'entità della somma corrisponde, come già noto, alla differenza tra il valore economico ed il valore contabile della quota del socio recedente, la quale viene contabilizzata a conto economico come costo sul presupposto che il maggior valore liquidato non può incidere sulle rispettive parti di capitale sociale apportate dagli altri soci e le relative riserve di utili, sulle quali la compagine sociale ha già proporzionalmente pagato le imposte sul reddito attraverso l'imputazione per trasparenza.

Tale differenza si configura dunque come un costo per l'impresa ritenuto deducibile da parte dell'Amministrazione finanziaria sulla base del principio di simmetria e divieto di doppia imposizione di cui all'art. 163 del TUIR. Operando diversamente, infatti, avverrebbe una doppia imposizione su tale somma, prima in capo al socio receduto e successivamente in capo alla società erogatrice successivamente imputata per trasparenza ai soci rimasti.

Riflettendo sulla fattispecie presentata emerge però che anche qualora la società abbia sostenuto questo costo a fronte della liquidazione della quota, attraverso il conferimento del nuovo socio per il medesimo importo essa reintegrerebbe tali somme rimanendo indenne dell'evento di scioglimento unilaterale.

Dal punto di vista fiscale, dunque, la liquidazione della quota da recesso ed il successivo subentro di un nuovo socio determinerebbe l'eliminazione del rischio di doppia imposizione sulla componente riferibile alla "differenza da recesso" in quanto tale somma, venendo reintegrata, non è da considerarsi come un costo realmente sostenuto dalla società, ma bensì un costo "ribaltato" sul socio entrante.

In occasione del nuovo conferimento, infatti, la "differenza da recesso" sostenuta dalla società al momento della liquidazione verrebbe reintegrata attraverso la destinazione a "riserva sovrapprezzo" della controparte contabile di parte delle somme conferite dal nuovo socio.

Secondo tale ragionamento, pertanto, un costo, in qualche modo, "non sostenuto", non trova, giustamente, deduzione dal reddito e non può, di conseguenza, determinare una doppia imposizione.

Concludendo sul punto, la fattispecie oggetto discussione appare quindi in grado di far conseguire un vantaggio fiscale di natura indebita alla società trasparente e di conseguenza ai soci non receduti.

Così facendo, alla luce dell'integrazione di entrambi i presupposti di cui all'art. 10-bis della Legge n. 212/2000 emergerebbe la configurazione di una fattispecie di abuso del diritto tributario determinante l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria della deduzione effettuata della "differenza da recesso" da parte della società trasparente.

Il carattere abusivo potrebbe essere tuttavia rimosso attraverso la dimostrazione, da parte del contribuente, della presenza di valide ragioni extrafiscali non marginali, le quali assumo all'interno della vigente clausola generale antielusiva la funzione di esimente.

L'indagine sul punto sarebbe tuttavia da effettuare sotto un profilo soggettivo, ovverosia dimostrando i motivi per cui il contribuente ha compiuto tale operazione, la quale risulta però nella presente sede improcedibile in considerazione delle riflessioni finora svolte emarginate ad un piano ipotetico.

3.2.3 *Il recesso simulato da società di persone*

Come ultima fattispecie oggetto di discussione se ne propone una ora apparentemente simile ma capace di generare conseguenze sul piano tributario completamente diverse.

Si ipotizzi il caso di una società in nome collettivo, partecipata da una ristretta compagine sociale legata da rapporti di parentela, dalla quale uno dei soci intende sciogliersi definitivamente, per scelta propria, in quanto non più interessato a prendere parte delle vicende dell'impresa di famiglia chiedendo, a fronte della sua uscita, un'equa liquidazione della propria quota.

Nella prospettiva di soddisfare la richiesta del familiare si immagini, inoltre, che gli altri soci decidano di far ricadere l'onere della liquidazione in capo alla società, e non su di loro stessi come singoli, intravedendo nel recesso societario uno strumento idoneo a soddisfare le loro esigenze.

Si ipotizzi ulteriormente che la società in nome collettivo di cui si sta discutendo sia contratta a tempo determinato con un termine non eccessivamente duraturo, tale da poter escludere l'esercitabilità del recesso *ad nutum* considerato il disposto normativo di cui all'art. 2285 del Codice civile.

Per tali motivi i soci si accordano, nella sostanza, di consentire l'uscita del socio a fronte di un "recesso" tra loro concordato da porre in essere attraverso una notifica scritta della volontà di sciogliersi dalla società da parte del socio uscente invocando l'emersione di una giusta causa recesso, la quale, sempre ai sensi degli accordi formati tra i membri della compagine sociale, sarebbe stata successivamente accolta senza opposizione.

La somma da liquidare al socio sarebbe stata, inoltre, già concordata in una misura frutto di una valutazione in cui sono stati applicati i criteri legali di cui all'art. 2289 del Codice civile.

Così facendo i soci non recedenti realizzerebbero il loro intento nell'evitare di assumersi direttamente l'impegno finanziario di corrispondere la liquidazione del socio uscente, evitando dunque l'acquisto della quota, beneficiando, inoltre, di una deduzione dal reddito della società successivamente imputato per trasparenza a loro "rimanenti".

Il beneficio fiscale deriverebbe in quanto i soci dal punto di vista contabile avrebbero rappresentato l'operazione al pari di un ordinario recesso, e quindi, riducendo la corrispettiva quota parte di riserve e capitale sociale della società riferibile al socio uscente e facendo transitare a conto economico come costo l'eccedenza tra tali valori contabili ed il debito iscritto nei confronti del soggetto formalmente receduto.

Nota la posizione dell'Amministrazione finanziaria nel consentire la deducibilità dal reddito della c.d. "differenza da recesso" avrebbero quindi proceduto in tal senso nella successiva dichiarazione fiscale.

La fattispecie rappresentata è quindi in grado di generare una riduzione della base imponibile su cui calcolare l'imposta sui redditi dei soci, la quale però esce dal terreno dell'abuso del diritto ed entra in quello dell'evasione fiscale.

L'operazione posta in essere così come descritta, infatti, costituirebbe una ipotesi di simulazione del recesso in quanto in capo al socio intenzionato ad uscire non è presente alcun diritto potestativo in grado di determinare lo scioglimento unilaterale dal contratto sociale dal momento che la giusta causa invocata, benché non sindacata dalla società, è in realtà fittizia.

La simulazione è un istituto che attiene ai fenomeni in cui vi è l'assenza deliberata, cosciente e sussistente in entrambi i contraenti, di una coincidenza tra la volontà effettiva e la volontà manifestata²²¹. Le parti in sostanza manifestano apparentemente una loro volontà, la volontà simulata, ma effettivamente ne vogliono un'altra, la volontà dissimulata.

Nella presente fattispecie la volontà simulata è dunque la volontà di recedere a fronte dell'emersione di una giusta causa, insussistente nel concreto, mentre la volontà dissimulata è una modifica del contratto sociale per mezzo della quale i soci attuano l'uscita del socio dalla compagine sociale.

Tale operazione sarebbe pertanto quella che il Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato definisce come "recesso consensuale" da società di persone²²².

La denominazione non deve però fraintendere. Sul piano giuridico la fattispecie di recesso ricorre solamente in presenza del diritto potestativo di sciogliere unilateralmente il rapporto sociale, e non può, pertanto, essere chiamata in causa in occasione di un accordo con il quale tutti i soci convengono di sciogliere tale vincolo. Nel diritto dei contratti, infatti, l'art. 1372 del Codice civile dispone chiaramente che *"il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge"*.

²²¹ CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007, cit. p. 171.

²²² La massima n. 54 così recita:

"I soci di una società di persone possono convenire in ogni tempo la risoluzione del rapporto associativo con uno fra essi, anche qualora non si sia verificata alcuna causa legale o convenzionale di recesso.

In tal caso, qualora la liquidazione avvenga mediante le riserve, la partecipazione del socio uscente si accresce agli altri soci in proporzione alla loro quota, e la cessazione del rapporto sociale avrà efficacia immediata.

Nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice, qualora per liquidare la quota sia necessario ridurre il capitale sociale, troverà applicazione l'art. 2306 c.c., con la conseguenza che l'opposizione impedisce la liquidazione.

Nella società semplice, lo scioglimento convenzionale del rapporto sociale relativamente a un socio è sempre immediatamente efficace, non trovando applicazione l'art. 2306 c.c."

Nel comparto delle società di persone i presupposti legali che assegnano il potere di sciogliersi unilateralmente al socio sono definiti dall'art. 2285 il quale concede spazio anche all'autonomia privata nell'integrare le ipotesi. Qualora tali presupposti non vengano integrati ovvero non ricorrano le "ipotesi convenzionali di recesso" lo scioglimento del singolo rapporto sociale non può che avvenire che con il consenso negoziale di tutte le altre parti contrattuali²²³. Non avendo alcun diritto ad abbandonare la compagine sociale anche l'entità della liquidazione sarà rimessa alla libera contrattazione tra i soci, non trovando applicazione l'art. 2289 del Codice civile. Determinato il valore, il successivo rimborso, non trattandosi di un vero recesso, potrà avvenire utilizzando le riserve oppure riducendo il capitale sociale anche a discrezione dei soci stessi²²⁴.

In conclusione, nessun costo emergerebbe per la società dal momento che il debito iscritto nei confronti del socio uscente troverebbe la propria contropartita contabile interamente nel patrimonio netto.

Considerato quindi che il fatto realmente realizzato dai soci, ovvero sia una risoluzione consensuale del vincolo sociale, non genera alcun costo, dal momento che le risorse erogate devono essere attinte riducendo il capitale sociale o eventuali riserve, la deduzione effettuata dal reddito della società della "differenza da recesso" configura una ipotesi di evasione fiscale in quanto costo inesistente con possibili riflessi penali al superamento di determinate soglie.

²²³ Si veda massima n. 54/2015.

Nell'argomentare la legittimità di tale accordo il Consiglio notarile scrive:

“Che il rapporto sociale possa sciogliersi rispetto ad un solo socio è positivamente stabilito dalla disciplina del recesso, della morte e dell'esclusione di cui agli artt. 2284 ss. c.c. Ulteriormente: la legge consente all'autonomia privata di incrementare ad libitum i presupposti in presenza dei quali il singolo ha il diritto unilaterale e potestativo di provocare lo scioglimento della sua partecipazione (art. 2285 c.c.), a dimostrazione che non sussiste, sotto tale profilo, alcuna preoccupazione per l'interesse dei creditori sociali. Inoltre, è certamente ammissibile riconoscere ai soci il diritto di recesso ad nutum, già codificato nel primo comma dell'art. 2285 c.c. in caso di società contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci. Dunque, non ricorre, né sul piano sistematico, né su quello logico, alcuna ragione per la quale i soci non possano stipulare un atto di mutuo dissenso parziale, ovvero di scioglimento consensuale del rapporto associativo rispetto ad uno fra essi.

Tale essendo la natura del negozio, ne deriva la necessità del consenso unanime dei soci”.

²²⁴ Sul punto i notai fiorentini scrivono:

“A differenza di quanto previsto nella disciplina delle società di capitali, si ritiene che non vi sia alcun ordine di priorità in ordine alle poste del patrimonio netto da utilizzare allo scopo: i soci potranno decidere di ridurre il capitale sociale anche in presenza di riserve sufficienti. Infatti, il minor rigore richiesto nella formazione e nella conservazione del capitale sociale nelle società di persone (dimostrato dalla irrilevanza delle perdite sulla persistenza della società), oltre che nella redazione del bilancio, in ragione della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali che grava sui soci, non sembra rendere plausibile l'individuazione interpretativa di limiti e condizioni diverse da quelle imposte dall'art. 2306 c.c. alla disponibilità del patrimonio netto. L'eventuale opposizione dei creditori alla riduzione del capitale sociale non conduce allo scioglimento della società, ma impedisce solo l'efficacia dell'atto di mutuo dissenso parziale”.

CONCLUSIONI

Dalla complessiva analisi svolta è possibile ora riassumere i punti di riflessione più rilevanti. Nell'ambito delle società di capitali l'istituto del recesso si conferma un importante strumento a tutela del capitale investito nella società in grado di garantire, per il socio, la mobilità dell'investimento e, per la società partecipata, l'attrattività dei capitali.

Il maggior rilievo all'istituto è stato dato dal legislatore in occasione della riforma del diritto societario del 2003, la quale ha ampliato le cause legali di recesso e concesso spazio, inoltre, all'autonomia statutaria, permettendo in tal modo ai privati di prevedere, eventualmente, una maggiore ampiezza di utilizzabilità dello strumento.

Ulteriori novità introdotte dalla novella legislativa sono state date dalla previsione di un criterio legale di valutazione della quota tendente al valore di mercato, rimuovendo così il carattere disincentivante per il socio recedente, e dalla previsione di un procedimento di liquidazione della quota orientato a limitare, ove possibile, le ipotesi di intaccamento del capitale, tutelando in tal modo gli interessi dei creditori sociali. Nel dettaglio, l'art. 2437-quater ed il quarto comma dell'art. 2473 del Codice civile prevedono che prima di procedere all'annullamento della partecipazione e con la conseguente riduzione del patrimonio netto la società deve necessariamente tentare la collocazione presso i terzi o gli altri soci delle azioni o quote del recedente, delineando così il c.d. "recesso atipico".

Sul piano tributario la diversa modalità di liquidazione della quota per il socio recedente determina la diversa natura del reddito eventualmente realizzato qualora il valore di liquidazione ecceda il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione.

In caso di cessione della quota, c.d. "recesso atipico", il recedente consegue un reddito diverso di natura finanziaria imponibile ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c) e c)-bis del TUIR, mentre in caso di annullamento della partecipazione, c.d. "recesso tipico", il recedente consegue un reddito di capitale ai sensi dell'art. 47, comma 7, del TUIR.

Pur conseguendo redditi di natura diversa l'aliquota impositiva risulta uniforme: per entrambe le fattispecie, infatti, essa si attesta in misura pari al 26% dell'eccedenza del valore conseguito rispetto al costo fiscalmente riconosciuto. Nonostante questo, il realizzo di un reddito diverso ai sensi dell'art. 67 del TUIR concede la possibilità per il recedente persona fisica non imprenditore che monetizza il proprio scioglimento attraverso la cessione della partecipazione di avvalersi del costo rivalutato della stessa ai sensi dell'art. 5 della legge n. 448/2001. Tale regime, i cui termini di accesso vengono periodicamente riaperti dal legislatore da circa orma vent'anni, consente di riallineare il costo fiscale delle azioni o quote di cui si è in possesso ad

una certa data con il suo valore di mercato, determinando, in tal modo, possibili rilevanti risparmi d'imposta in caso di successiva cessione.

Considerato che il valore di mercato della partecipazione include il proporzionale valore delle riserve di utili presenti all'interno della società partecipata sorge tuttavia il rischio che i presenti risparmi d'imposta vengano qualificati da parte dell'Amministrazione finanziaria come elusivi del regime impositivo dei dividendi.

Osservando il recente passato, la prassi amministrativa era incline a contestare, ove non fosse riuscita ad attivare la clausola dell'art. 37-bis del DPR 600/1973, l'abuso del diritto, inteso come la figura di matrice giurisprudenziale concepita dalla Suprema Corte di Cassazione nelle note sentenze del 2008, invocando il principio costituzionale di capacità contributiva in assenza di valide ragioni economiche dimostrate dal contribuente.

Oggi tali incertezze nel rapporto tra contribuente ed Amministrazione sembrano essere superate grazie all'intervento del legislatore del 2015 il quale ha fornito l'ordinamento tributario di una clausola generale antielusiva, applicabile dunque a qualsiasi fattispecie, la quale prevede, tra le varie cose, garanzie procedurali basate sul principio del contraddittorio preventivo.

La clausola, collocata all'art. 10-bis della legge n. 212/2000, dispone testualmente che *“Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*.

Verificando dunque la presenza dei requisiti costitutivi dell'abuso il cui onere della prova ricade sugli Uffici, ovverosia l'assenza di sostanza economica ed il carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, nelle fattispecie di recesso atipico con previa rivalutazione della partecipazione da parte del recedente persona fisica non imprenditore è possibile osservare alcuni particolari aspetti meritevoli di attenzione.

In ordine al carattere indebito del risparmio questo risulta, secondo autorevole dottrina, non essere presente dal momento che il vantaggio fiscale deriva dal pagamento dell'imposta sostitutiva, la quale agisce secondo una logica di scambio tra immediato versamento dell'imposta e potenziale risparmio fiscale futuro. Lo spirito della legge non verrebbe pertanto violato, qualora avvenisse il corretto pagamento di questa imposta “volontaria”, né in caso di vendita a terzi della partecipazione né in caso di cessione delle azioni alla società receduta essendo, il regime dell'imposta sostitutiva di cui alla legge n. 448/2001, una disciplina emanata dal legislatore al solo fine di incassare gettito. A tale conclusione potrebbe però non giungere l'Amministrazione finanziaria in caso di cessione delle azioni alla società da parte del socio recedente dal momento che essa in più occasioni ha reso noto la sua posizione

dell'intravedere la *ratio* di tale regime fiscale agevolativo nel favorire la circolazione delle partecipazioni. Pur in presenza di tali incertezze interpretative il carattere elusivo dell'operazione può ritenersi comunque pacificamente escludibile in questa seconda fattispecie in forza di quanto è possibile osservare circa la sostanza economica dell'operazione. Il minuzioso ed inderogabile procedimento di liquidazione delle azioni recedute di cui all'art. 2437-quater del Codice civile, all'interno del quale è prevista appunto la cessione delle azioni alla società, a parere di chi scrive, non può che ritenersi una indiscutibile garanzia di coerenza della, riprendendo il tenore dell'art. 10-bis, "*qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme*".

Piuttosto che profili di elusività in riferimento a tale fattispecie emerge, invece, una evidente disparità di trattamento da parte del legislatore in relazione all'utilizzabilità del costo rivalutato tra chi realizza la partecipazione attraverso la cessione e chi attraverso l'annullamento della stessa. Tale differente trattamento sarebbe ingiustificato, nel dettaglio, alla luce della medesima capacità contributiva in grado di emergere dalle due fattispecie, ricavabile indirettamente dalla circostanza che il metodo di determinazione dell'imponibile per entrambe le fattispecie è il medesimo, e cioè la base differenziale, e dal fatto che, inoltre, il successivo trattamento fiscale previsto dal legislatore è, parimenti, il medesimo, e cioè l'applicazione di un'imposta sostitutiva del 26%.

Nell'ambito delle società di persone, invece, per quanto attiene agli aspetti civilistici, la riforma del diritto societario non è intervenuta a modificare la disciplina allora vigente. L'istituto del recesso nei modelli personalistici, pertanto, rimane regolato da una normativa evidentemente scarna e disinteressata agli effetti dell'operazione sul capitale. In particolare, nessuna forma di "recesso atipico" è prevista per la presente famiglia di società, dovendo necessariamente procedersi, in caso di comunicazione della volontà di sciogliersi da parte di un socio, all'annullamento della quota di partecipazione ed alla riduzione delle poste di patrimonio netto.

Tuttavia, la valutazione della quota di liquidazione al suo valore di mercato determina l'emersione in capo alla società liquidante l'emersione di un costo dato dalla differenza tra il valore di liquidazione ed il valore di patrimonio netto contabile di pertinenza del socio.

Questo differenziale, c.d. "differenza da recesso", è stato qualificato da parte dell'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 64/E del 2008 come un costo deducibile dal reddito della società erogatrice, in quanto, se previsto diversamente, si verificherebbe una doppia imposizione su tale somma, prima in capo al socio receduto e successivamente in capo ai soci rimasti, in occasione dell'imputazione del reddito per trasparenza.

Considerati tali aspetti e che la liquidazione del socio per recesso nelle società di capitali non determina l'emersione di alcun costo secondo l'opinione prevalente, in quanto secondo la disciplina codicistica essa deve attingere le risorse interamente nel patrimonio netto della società, i profili di elusività potrebbero emergere non più in capo al recedente, ma bensì in capo alla società da cui il socio si è sciolto.

Tale punto di diversità tra società di persone e società di capitali induce a riflettere circa se un'eventuale operazione di trasformazione da società di capitali a società di persone può configurare abuso del diritto tributario in quanto, così facendo, si conseguirebbe la deduzione dal reddito della "differenza da recesso" non conseguibile nell'ambito dei modelli capitalistici.

Per risolvere la questione è tuttavia sufficiente ragionare in termini di legittimità del risparmio d'imposta conseguito. Procedendo in tal senso, il carattere indebito del vantaggio fiscale, a parere di chi scrive, appare escludibile considerato che esso consiste in una conseguenza del diverso regime di tassazione del reddito d'impresa scelto, il quale non può che ritenersi di pari dignità. Chiarito tale aspetto, di conseguenza, anche in caso di eventuale successiva ritrasformazione inversa l'abuso del diritto non è configurabile dal momento che l'eventuale "doppia" operazione sarebbe sì assente di sostanza economica ma realizzante un vantaggio fiscale ugualmente legittimo.

Osservando il quadro normativo sia civilistico che fiscale un effettivo abuso del diritto è ravvisabile, invece, nell'operazione di recesso del socio *ad nutum*, esercitabile nelle società di persone contratte a tempo indeterminato, con successiva entrata di un nuovo socio effettuante un conferimento del pari importo di quanto liquidato dalla società. La presente operazione, infatti, appare elusiva della cessione della partecipazione del socio recedente al nuovo soggetto, il cui vantaggio fiscale indebitamente conseguibile sarebbe la deduzione della "differenza da recesso" dal reddito della società liquidante.

Infine, per rimarcare il carattere unilaterale del recesso nonché l'estraneità della figura della simulazione rispetto all'elusione fiscale è possibile affermare che l'eventuale accordo tra i soci di liquidare la quota di un socio disinteressato a proseguire la partecipazione nella compagine sociale consiste in una riduzione del capitale sociale, irrilevante, pertanto, ai fini dell'imposta sui redditi per il soggetto trasparente. L'eventuale occultamento della presente fattispecie figurandola come un recesso, al fine di conseguire la deduzione dal reddito della differenza tra quanto liquidato ed il rispettivo patrimonio netto contabile, determinerebbe un'ipotesi di evasione fiscale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ANNUNZIATA F., *Recesso del socio*, in Società a responsabilità limitata, a cura di L.A. BIANCHI, in Commentario alla riforma delle società, a cura di MARCHETTI P.G., GHEZZI F., NOTARI M., Milano, EGEA, 2008, p. 521 e ss.

ANNUNZIATA F., *art. 2497-quater*, in G. SBISÀ (a cura di), Direzione e coordinamento di società. Commentario alla riforma delle società, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, EGEA, 2012, pp. 276 e ss

ASSONIME, Circolare n. 32 del 14 luglio del 2004

ASSONIME, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016

BEGHIN M., *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione ed "abuso del diritto"*, in Corr. trib., 22, 2008, pp. 1786-1787

BEGHIN M., *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in MAISTO, Elusione ed abuso del diritto tributario, Milano, Giuffrè, 2009, p. 23 e ss

BEGHIN M., *Il dividend stripping tra clausole generali antielusive, disposizioni ordinarie con funzione antielusiva e abnorme impiego di strumentazione civilistica*, in BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, Cedam, 2013, pp. 165 e ss.

BEGHIN M., *La clausola generale antiabuso tra certezza e profili sanzionatori*, in Il fisco, 2015, 23, pp. 2207 e ss.

BEGHIN M., *La non opponibilità al fisco delle operazioni elusive tra disconoscimento dei vantaggi tributari e rimborso delle imposte versate*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, Abuso del diritto ed elusione fiscale, Torino, Giappichelli, 2016, p. 75 e ss.

BEGHIN M., *Diritto Tributario*, Padova, Cedam, 2018

BEGHIN M., *La residualità dell'abuso del diritto tra motivazione "ordinaria" e motivazione "rafforzata"*, in Boll. trib., 2019, 21, pp. 1527-1529

BEGHIN M., *La cessione di partecipazioni affrancate e il leveraged cash out tra interpretazione della legge e abuso del diritto*, in Boll. trib., 2020, pp. 1551 ss

BUONOCORE V., *Società in nome collettivo*, in Comm. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1995, p. 394 e ss.

BUSANI A., *Operazioni straordinarie: la fusione*, in Le Società, fasc. 3, 2018, pp. 370-371

CALANDRA BUONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in Giur. comm. 2005, pp. 302 e ss.

CALIFANO G.V., *Il recesso nelle società di capitali*, Padova, Cedam, 2010

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, Diritto delle società, II, Torino, Utet Giuridica, 1992, p. 486 e ss.

CAPPIELLO S., *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, in Riv. dir. comm., 2001, I, p. 247

CARESTIA A., *Sub Art. 2473 c.c.*, in CARESTIA A., DI DAMATO S., IANNELLO G., LO CASCIO G., MANZO G., PIETRAFORTE T., *Società a responsabilità limitata*, in La riforma del diritto societario, Milano, Giuffrè, 2003, p. 146 e ss.

CARINCI A., *La riscossione delle imposte nelle ipotesi di recupero fondate sull'abuso del diritto*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 159-171

CARMIGNANI S., *art. 2437*, in Commentario Sandulli-Santoro, II, 2, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 869 e ss.

CAVALAGLIO L., *artt. 2437-2437-sexies*, in Commentario del codice civile, a cura di GABRIELLI, *Delle società - Dell'azienda. Della concorrenza*, artt. 22379-2451, a cura di SANTOSUOSSO, Torino, Utet Giuridica, 2015, pp. 1174 e ss.

CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, Cedam, 2007

CIAN M., *La liquidazione della quota del socio recedente al valore nominale (in margine ad una clausola statutaria in deroga ai criteri legali di valutazione delle azioni)*, in Riv. dir. soc., fasc. 2, 2010, pp. 301-311

CIAN M., *La s.r.l.: la struttura finanziaria*, in Diritto commerciale, vol. II, a cura di M. CIAN, Torino, Giappichelli, 2014, p. 575 e ss.

CIPOLLINA S., *La legge civile e la legge fiscale. Il problema della elusione fiscale*, Padova, Cedam, 1992

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 74-2011/T. Profili fiscali del recesso dalla società e dell'assegnazione di beni ai soci*, approvato dalla Commissione studi tributari il 23 settembre 2011.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 188-2011/I. Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 1° marzo 2012.

CONTRINO A., *I confini dell'abuso*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 21 e ss.

CONTRINO A., MARCHESELLI A., *Art. 10-bis, legge 212/2000. Disciplina dell'abuso del diritto e elusione fiscale*, in *Abuso del diritto e novità sul processo tributario. Commento al d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156*, a cura di C. GLENDI, C. CONSOLO E A. CONTRINO, Milano, IPSOA, 2016, pp. 3 e ss.

COPPOLA P., *Il regime tributario delle poste di patrimonio netto tra norme civilistiche e fiscali*, in *Rass. Trib.*, 2007, fasc. 1, p. 78 e ss

DACCÒ A., *“Diritti particolari” e recesso dalla s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2004

DACCÒ A., *La società a responsabilità limitata*, in *Diritto commerciale*, vol. II, a cura di Marco Cian, Torino, Giappichelli, 2014, p. 564 e ss

DELLA VALLE E., *Family buy out e abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 40, 2019, pp. 3807 e ss

DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, III, Torino, Utet Giuridica, 2006, p. 228 e ss.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, Cedam, 2008

FALSITTA G., *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, 4/1, pp. 333-350

FANTOZZI A., *Il diritto tributario*, Parte generale, Torino, Giappichelli, 2003

FORTUNATO N., *Profili tributari delle assegnazioni di beni ai soci*, Torino, Giappichelli, 2012

FRANSONI G., *Spunti in tema di abuso e “intenzionalità” dell'azione*, in *Rass. trib.*, 2014, fasc. 3, pp. 403-415

FRANSONI G., *La “multiforme” efficacia nel tempo dell’art. 10-bis dello Statuto su abuso ed elusione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2015, fasc. 44, pp. 4362-4369

GALGANO F., SBISA’ G., *Direzione e coordinamento di società*, Art. 2497-2497 septies, 2014, Bologna, Zanichelli, p. 284 e ss.

GALLETTI D., *art. 2437*, in *Codice commentato delle società*, a cura di ABRIANI N., STELLA RICHTER M., Torino, Utet Giuridica, 2010, p. 1549 e ss.

GALLO F., *Abuso del diritto*, in banca dati *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè

GALLO F., *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, fasc. 6, pp. 1315-1339

GALLO F., *L’abuso del diritto nell’art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nell’art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente: confronto fra le due nozioni*, in *Rass. trib.*, 2018, 2, pp. 271-277

GINEVRA E., *La partecipazione azionaria*, in *Diritto commerciale*, vol II, a cura di Marco Cian, Torino, Giappichelli, 2014, p. 275 e ss.

GIRELLI G., *Il “buco nero” della rivalutazione di partecipazioni societarie e terreni ai fini delle imposte sui redditi*, in *Rass. trib.*, 1/2019, fasc. 1, pp. 172-187

GRANELLI C., *Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2013, pp. 862 e ss.

LUPI R., *Elusione fiscale: aspetti concettuali e casi pratici. L’elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, fasc. 2, pp. 225-232

LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario. Principi generali e questioni di diritto positivo.*, Milano, IPSOA, 2001

LUPI R., *Disconoscimento delle rivalutazioni per tardivo versamento dell’imposta sostitutiva tra procedura e sostanza*, in *Dialoghi trib.*, 2009, pp. 665 e ss

LUPI R., *Elusione fiscale e carenze teoriche*, in *Dialoghi trib.*, 1/2009, 37

LUPI R., *L’interposizione come legittima difesa delle imperfezioni normative*, in *Dialoghi trib.*, n. 2/2009, pp. 175 e ss.

MARCHESELLI A., *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale dell’ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. trib.* 3/2009, p. 203

- MERONE A., *Abuso ed elusione del diritto*, 2016, Enciclopedia Treccani online
- MOTTI C., *sub art. 2290*, in Commentario del codice civile, a cura di Gabrielli E., Delle società - Dell'azienda. Della concorrenza, artt. 2247-2378, a cura di SANTOSUOSSO D., Torino, Utet Giudica, 2015, p. 419.
- NOBILI R., *La riduzione del capitale*, in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA, Portale, III, Torino, Utet Giuridica, 2006, pp. 441 e ss.
- OLIVIERI G., *artt. 2342-2345*, in Commentario D'Alessandro, II, 1, Padova, 2011, p. 176
- PISANI L., *Le società di persone*, in Diritto commerciale, vol II, a cura di Marco Cian, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 67 e ss.
- PISTOLESI F., *L'interpello "anti abuso"*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, Abuso del diritto ed elusione fiscale, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 145 e ss.
- PISTONE P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in MAISTO, Elusione ed abuso del diritto tributario, Milano, Giuffrè, 2009 p. 311 e ss
- PROCOPIO M., *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in Dir. e Prat. Trib., 2019, 4/1, pp. 1445-1483
- REVIGLIONO P., *Il recesso nelle società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2008
- SAMMARTINO S., *Il diritto di interpello*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, Abuso del diritto ed elusione fiscale, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 131 e ss.
- SANTAGATA R., *Le trasformazioni*, in Diritto commerciale, vol. II., a cura di Marco Cian, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 733 e ss.
- SCHIAVOLIN R., voce "Sostitutive (Imposte)", in Digesto Discipline Privatistiche, XV, Torino, Utet Giuridica, 1998, p. 5
- SPERANZIN M., *L'aumento del capitale sociale*, in La nuova società a responsabilità limitata, a cura di M. BIONE-R. GUIDOTTI-E. PEDERZINI, Padova, Cedam, 2012, pp. 473 e ss.

SPERANZIN M., BORTOLUZ F., *sub art. 2469*, in Gabrielli (diretto da) Commentario del codice civile, Delle società- dell'azienda-della concorrenza, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 344 e ss.

SPERANZIN M., *Criteri di liquidazione della partecipazione nel caso di recesso da S.r.l. e autonomia statutaria*, in Riv. dir. civ., fasc. 3, 2016, pp. 878-900

STANGHELLINI L., *art. 2355-bis*, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, EGEA, 2008, p. 368

STASSANO G., STASSANO M., *Il recesso e l'esclusione del socio nella s.r.l. e nella s.p.a. La nuova disciplina civilistica*, Torino, Giappichelli, 2005

STELLA RICHTER M., *Diritto di recesso ed autonomia statutaria*, in Riv. dir. comm., 2004, fasc. 4-6, pt. 1, pp. 389-416

STEVANATO D., *L'imposta sostitutiva sull'affrancamento dei valori dei terreni e delle partecipazioni: un'imposizione di stampo patrimoniale nel sistema delle imposte sul reddito*, in Dialoghi trib., n. 1/2009, pp. 25-29

STEVANATO D., *Atti di disinvestimento patrimoniale e spendita del costo fiscale delle partecipazioni affrancate*, in Dialoghi trib., n. 2/2009, pp. 176 e ss.

STEVANATO D., VARESANO M., *Il recesso tipico del socio da Srl: profili fiscali e problematiche nella sua corretta rappresentazione contabile*, in Riv. operaz. straord., novembre 2010, pag. 18

STEVANATO D., *Servizi "Intercompany", divieto di doppia imposizione e simmetria dei flussi reddituali*, in Dialoghi trib., 2011, pp. 65 e ss

STEVANATO D., *La norma antielusiva è conforme alla Direttiva ATAD?*, in Corr. trib., 2019, 7, pp. 623-628

TABELLINI P. M., *Elusione fiscale*, in Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, 1999

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

TASSANI T., *Leverage cash out e abuso del diritto*, in Dir. e Prat. Trib., 2021, 1, pp. 81 e ss.

TASSINARI F., *artt. 2342, 2343-bis, 2344*, in Comm. Maffei Alberti, I, Padova, Cedam, 2005, p. 144

TASSINARI F., *Della società in nome collettivo*, in *Delle società - Dell'azienda. Della concorrenza*, artt. 2247-2378, a cura di SANTOSUOSSO D., in *Commentario del codice civile*, a cura di Gabrielli E., Torino, Utet Giuridica, 2015, pp. 427 e ss.

TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 4/2012, p. 687

TRADII E., *Le operazioni sul capitale sociale: casi pratici e tecniche di redazione del verbale notarile* ne I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008

VENTORUZZO M., *Recesso da società a responsabilità limitata e valutazione della partecipazione del socio recedente*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, fasc. 6, pt. 2, pp. 434-472

VENTORUZZO M., *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2012

ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2010

ZANARONE G., *Introduzioni alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 58-111

ZIZZO G., *L'abuso del diritto tra incertezze della delega e raccomandazioni europee*, in *Corr. trib.*, 2014, fasc. 39, pp. 2997-3000

ZIZZO G., *La nozione di abuso nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in DELLA VALLE, MARINI, FICARI, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 1 e ss.

ZIZZO G., *I profili processuali dell'abuso del diritto*, in *Rass. trib.*, 2020, 1, p. 224

MASSIME CONSIGLI NOTARILI

COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO,
Massima I.H.5. Termini di efficacia del recesso, 1° pubbl. 9/05.

COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO,
Massima I.H.11. Recesso parziale, 1° pubbl. 9/05.

COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO,
Massima I.H.13. Limiti alle clausole statutarie volte a determinare il valore della partecipazione in caso di recesso per cause legali, 1° pubbl. 9/05 – modif. 9/20.

COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO,
Massima L.A.9. Recesso in caso di fusione o scissione di S.p.A., 1° pubbl. 9/05.

CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO,
Massima n. 8/2009. Recesso del socio e riduzione del capitale sociale, del 13 luglio 2009.

CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO,
Massima n. 54/2015. “Recesso consensuale” da società di persone.

CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 145. Riserva negativa azioni proprie: indisponibilità delle riserve disponibili utilizzate per l’acquisto (artt. 2357-ter, 2424 e 2424-bis c.c.)*, del 17 maggio 2016.

PRINCIPI CONTABILI

ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITÀ, *Patrimonio netto OIC 28*, Gennaio 2019

PRASSI

Circolare del Ministero delle Finanze del 3 settembre 1992, n. 24/9/035, in *Fisco*, 1992, 8966, e in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, 1860

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 3 maggio 1996, n. 108/E

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 5 febbraio 1997, n. 23/E

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 16 giugno 2004, n. 26/E

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2004, n. 36/E

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 10 dicembre 2004, n. 52/E

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 16 marzo 2005, n. 10/E

Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 16 settembre 2016, n. 37/E

Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate, DRE Emilia Romagna, del 6 marzo 2007, n. 11489

Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 25 febbraio 2008, n. 64/E

Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 25 luglio 2017, n. 97/E
Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 26 luglio 2017, n. 98/E
Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 27 luglio 2017, n. 99/E
Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 28 novembre 2019, n. 503
Principio di diritto dell’Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2019, n. 20
Risposta dell’Agenzia delle Entrate del 8 febbraio 2021, n. 89

GIURISPRUDENZA

Cass. Civ., 19 agosto 1950, sentenza n. 2480
Cass. Civ., Sez. I, 28 ottobre 1980, n. 5790, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 8 agosto 1990, n. 8001, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 10 luglio 1993, n. 7595, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2000, n. 960, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1602, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. Un., 26 aprile 2000, n. 291, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 14 marzo 2001, n. 3671, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 8 novembre 2005, n. 21641, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 29 settembre 2006, n. 21221, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 16 gennaio 2008, n. 10257, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 28 novembre 2008, n. 28225, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30056, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30057, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 21 gennaio 2009, n. 1465, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 2009, n. 1036, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 24 settembre 2009, n. 20544, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 9 ottobre 2009, n. 21446, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 30 novembre 2009, n. 25197, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 30 novembre 2011, n. 25537, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 11 maggio 2012, n. 7393, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 8 marzo 2013, n. 5836, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 22 aprile 2013, n. 9662, in Banca dati DeJure

Cass. Pen., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19100, in Banca dati DeJure
Cass. Pen., Sez. III, 31 luglio 2013, n. 33187, in Banca dati DeJure
Cass. Pen., Sez. III, 24 febbraio 2014, n. 8797, in Banca dati DeJure
Cass. Pen., Sez. III, 3 aprile 2014, n. 15186, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 15 luglio 2014, n. 16168, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 19667, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 14 gennaio 2015, n. 405, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 28 giugno 2016, n. 13331, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 15 ottobre 2018, n. 25652, in Banca dati in DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 28 novembre 2018, n. 30770, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 16 gennaio 2019, n. 868, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 22 maggio 2019, n. 13783, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 7 novembre 2019, n. 28683, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. trib., 31 dicembre 2019, n. 34750, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2020, n. 4260, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. I, 21 febbraio 2020, n. 4716, in Banca dati DeJure
Cass. Civ., Sez. V, Ord., 6 novembre 2020, n. 24839, con nota a sentenza di BEGHIN M., in Il Fisco, 46, 2020, p. 4484
Corte App. Bologna, 5 aprile 1997, in Soc., 1997, 1032
Corte App. Napoli, 17 gennaio 1997, in Dir. e Giur., 1998, 601
Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione), 21 febbraio 2006, C-255/02, Halifax, in Fisconline
Comm. trib. prov. di Roma, Sez. XXVI, 13 novembre 2017, n. 24020, in Banca dati Leggi d'Italia
Comm. trib. prov. di Napoli, Sez. XI, 13 marzo 2014, n. 6551, in Banca dati Leggi d'Italia
Comm. trib. reg. del Veneto, Sez. V, 4 gennaio 2021, n. 30, in Banca dati Leggi d'Italia
Trib. Roma, 11 maggio 2005, in Vita not., 2006, p. 323
Trib. Milano, 24 maggio 2007, in G. it., 2008, p. 1433
Trib. Milano, 31 marzo 2008, in Le società, 2008, pp. 1373 ss.
Trib. Roma, 11 giugno 2012, in Rivista di diritto societario, 2012, p. 687
Trib. Roma, sez. III, 20 aprile 2015, n. 8422, in Banca dati DeJure
Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 21 luglio 2015, n. 8902, in Banca dati DeJure
Trib. Roma, Sez. III, 17 gennaio 2017, in Banca dati DeJure